



Roj: **STS 1667/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1667**

Id Cendoj: **28079140012019100316**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2019**

Nº de Recurso: **2894/2017**

Nº de Resolución: **316/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **2894/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 316/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Dª. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 12 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (**FOGASA**), representado y asistido por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación nº 1942/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de enero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Castellón, en autos nº 54/2014, seguidos a instancia de Don Nicolas contra el Fondo de Garantía Salarial (**FOGASA**).

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Nicolas, representado y asistido por la letrada Doña Judith Ventura Ríos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de enero de 2016, el Juzgado de lo Social nº 4 de Castellón, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por Sindicato UGT-P.V., representado por la letrada Dª Judith Ventura Rios, actuando en nombre e interés de su afiliado D. Nicolas contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo condenar y condeno al organismo demandado a que abone al trabajador la cantidad de 3.671,81 €".

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- El trabajador en cuyo nombre e interés se formula la demanda, D. Nicolas, con D.N.I. N° NUM004, prestó



servicios laborales por cuenta y orden de la empresa MILMUEBLE S.A., desde el 9.11.1983, con la categoría profesional de Oficial de 1ª y percibiendo un salario diario de 67,39 €.

SEGUNDO.- La empresa MILMUEBLE S.A., acordó la extinción del contrato de trabajo del demandante, entre otros trabajadores, con efectos del día 6.5.2012, en proceso de despido colectivo.

Impugnada la extinción del contrato ante la Jurisdicción Social, recayó Sentencia nº 397/12 de doce de Noviembre, de este Juzgado de lo Social, que declaró la Nulidad del citado despido y acordó la extinción del contrato del demandante en dicha fecha, condenando a la empresa al abono de 82.653,83 € en concepto de indemnización.

TERCERO.- La empresa MILMUEBLE S.A. fue declarada en situación de concurso voluntario mediante Auto-de-11.4.2012, del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Castellón ; La Administración concursal expidió certificado reconociendo adeudar al trabajador la cantidad de 82.653,83 € en concepto de indemnización, y 9.986 en concepto de salarios pendientes.

CUARTO.- El trabajador solicitó al organismo demandado las prestaciones de garantía en fecha 13.3.2013 y mediante Resolución de 23.10.2013 el **FOGASA** reconoció al demandante la prestación en los siguientes términos: salario modulo: 49,79 €; 18.173,35 € en concepto de indemnización, 5.974,80 € por salarios.

El trabajador presentó la demanda en el Decanato de los Juzgados de Castellón el día 9.1.2014, cuyo conocimiento correspondió por reparto a este Juzgado de lo Social.

QUINTO.- El organismo demandado se allanó parcialmente a la demanda, reconociendo adeudar la cantidad de 3.671,81 € en concepto de diferencias entre lo debido abonar y lo abonado por salarios".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, por la representación legal de D. Nicolas , se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia, dictó sentencia en fecha 9 de mayo de 2017 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don Nicolas , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Castellón de fecha 13 de enero de 2016 ; y en consecuencia revocamos en parte la sentencia recurrida extendiendo la condena del **FOGASA** a las diferencias que por indemnización se reclaman que se cifran en 6.424 € a cuyo pago condenamos al **FOGASA**. Sin costas".

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia, por la representación legal del Fondo de Garantía Salarial (**FOGASA**), se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 7 de julio de 2015 (rec. 271/2015 ).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso procedente. Se señaló para la votación y fallo el día 11 de abril de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la regulación aplicable al alcance de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (**FOGASA**). En concreto, si, en caso de concurso de acreedores de la empresa, esa responsabilidad nace cuando se declara el concurso o, cuando se produjeron los despidos, o, por el contrario, cuando (posteriormente) se declara la nulidad del despido de los trabajadores.

**2.-** La sentencia de instancia (SJS/Castellón nº 4 de fecha 13-01-2016 -autos 54/2014) estimó en parte la demanda formulada en representación del trabajador, interpretando que << si bien la empresa había sido declarada en concurso el 11.4.2012, no es menos cierto que el título a favor del trabajador no nace sino con la sentencia de fecha 12-11-12, momento en que sí concurrían ambos requisitos, pero no antes, por lo que la legislación aplicable es la vigente en dicho momento ...>>.

**3.-** Impugnada en suplicación por la parte demandante, la Sala del Tribunal Superior de Justicia (STSJ/ Comunidad Valenciana 09-05-2017 -recurso 1942/2016 ), reiterando el criterio acogido en anteriores ocasiones en asuntos relativos a la misma empleadora, estima el recurso de suplicación, entendiendo que debe aplicarse la legislación vigente en la fecha de la declaración del concurso, que es el momento en el que se constata su insolvencia y se inicia el proceso de saneamiento financiero, añadiendo que ese es el punto de conexión



temporal que fija la regulación aplicable tanto al concurso cuanto a las garantías salariales de los arts. 32 y 33 ET, siendo inocuas en orden a las responsabilidades subsidiarias del Fondo las posteriores modificaciones.

4.- Disconforme con el criterio de suplicación, el Abogado del Estado interpone recurso de casación para la unificación de doctrina en el que sostiene que la responsabilidad del **FOGASA** no nace en la fecha de declaración de concurso sino cuando se declara la extinción de la relación laboral. Identifica como contradictoria la STSJ/Extremadura 07-07- 2015 (recurso 376/2014), en la que se consideraba que debía aplicarse la legislación vigente en la fecha de extinción de los contratos.

5.- El Ministerio Fiscal informa que concurre el requisito de contradicción entre las sentencias opuestas y que, en cuanto al fondo, debe prevalecer el criterio de la sentencia de contraste, sosteniendo la procedencia del recurso, puesto que la obligación del **FOGASA** no nace hasta que se dicte auto, conforme al art. 64 de la Ley Concursal, de extinción de las relaciones laborales colectivas y como el auto se dictó con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, debe ser aplicado éste.

6.- En orden al requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, entendemos que concurre la necesaria similitud de los supuestos en cuanto de las pretensiones deducidas en los respectivos procedimientos. Es seguro que existe contradicción doctrinal entre las sentencias a la hora de determinar cuál sea el punto de conexión que sirve para anclar la regulación aplicable, en particular acerca del tope máximo de las prestaciones que deba satisfacer el Fondo: la recurrida atiende a la legislación vigente a la fecha de declaración del concurso, la referencial en la fecha de extinción de los contratos.

**SEGUNDO.- 1.** El recurso se fundamenta en la infracción de los arts. 33.3ET y 64 de la Ley Concursal (LC), en relación con el RD-Ley 20/2012 y con la Ley 38/2011 de 10 de octubre, y de la jurisprudencia. Cita al efecto la doctrina de la STS/4ª de 24 abril 2001 (rcud. 2102/2000).

2. - La cuestión suscitada ha sido ya analizada por esta Sala en las STS/IV de 6 y 7 de junio de 2017 (rcud 1849/2016, 1538/2016 y 3987/2015, respectivamente), 12- diciembre-2017 (rcud 3015/2016) y 22- enero-2019 (rcud 921/2017). En ellas señalábamos que el RDL 20/2012 articuló "medidas encaminadas a preservar la viabilidad financiera del Fondo de Garantía Salarial, en la línea de las funciones para las que fue concebido". Su art. 19 modificó la regla del art. 33.3 ET que aquí interesa, de modo que las indemnizaciones a abonar a cargo del **FOGASA**, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Por otro lado, el artículo 64 de la LC viene regulando los principales aspectos laborales del concurso. La Ley 38/2011, reformando la Ley Concursal, incorpora la regulación expresa en sede concursal de la subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial en los créditos salariales e indemnizaciones cuyo pago anticipe a los trabajadores por cuenta del empresario en el marco de lo dispuesto en el citado art. 33 ET.

3.- Hemos de poner de relieve que la STS/4ª de 24 abril 2001 (rcud. 2102/2000), mencionada en el recurso, examina un problema de prescripción que no tiene mucho que ver con el presente.

4.- La STS/IV 23-marzo-2006 (rcud 1264/2005) sí aborda una cuestión bastante similar a la que nos ocupa. Examina la responsabilidad del **FOGASA** por salarios de tramitación. En concreto, un problema de transitoriedad o aplicación cronológica de las normas que regulan los efectos del despido improcedente (el devengo de salarios de tramitación). El RDL 5/2002 los suprimió en determinados casos, que consiguientemente desaparecieron de la mención que hace el art. 33.1 ET al alcance de aquella, si bien con una vigencia muy limitada, pues la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, restableció los salarios de trámite y en consecuencia volvió a introducir la alusión expresa a los mismos en el citado art. 33.1 ET.

En el caso que allí se enjuiciaba, los despidos se produjeron durante la vigencia del RDL 5/2002, lo mismo que la sentencia que los calificó como improcedentes (6 de noviembre de 2002). "Y al no haber ejercitado la empresa la opción entre la indemnización o la readmisión, y siendo ésta imposible, por Auto de 19 de diciembre se declaró extinguida la relación laboral. Con posterioridad, el 6 de junio de 2003, se dictó Auto declarando la insolvencia empresarial. Descartada esta última fecha, que claramente no es en la que se extingue la relación, la Sala afirma que, en el caso, la extinción no se produce hasta tanto se dicta el Auto de 19 de diciembre, que es el que, ante la imposibilidad de proceder a la readmisión, declara definitivamente extinguida la relación, y acontecida pues la extinción bajo la vigencia de nuevo de la responsabilidad del Fondo, debe hacer frente a los citados salarios de trámite".

Y, aunque esta Sala ha dicho en múltiples ocasiones que "la acción que se dirige contra el **FOGASA** no es directa, sino que tiene un carácter subsidiario, de modo que la obligación de pago no nace hasta que se produce



la declaración de insolvencia, desde cuyo momento el trabajador tiene la posibilidad de ejercitar contra **FOGASA** las reclamaciones y acciones encaminadas al reconocimiento de sus derechos, de modo que es la fecha de la tal declaración judicial de insolvencia la que acarrea la responsabilidad sustitutoria del Fondo ", también añadíamos " una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito o el momento en que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo ".

5.- Finalmente, la STS/IV 26-julio-2006 (rcud 2843/2005 ) aborda un asunto prácticamente idéntico al anterior y reitera la doctrina expuesta en relación con el momento en que ha de entenderse extinguida la relación laboral, a los efectos de imputar responsabilidad al **FOGASA** por los salarios de tramitación adeudados como consecuencia de un despido improcedente. El momento clave, a los efectos de determinar, en cada caso, la normativa aplicable, es aquél en el que se produce la extinción del contrato de trabajo; en el caso, el de la fecha del auto que puso fin al incidente de no readmisión tramitado después de que la sentencia de despido hubo ganado firmeza y, precisamente, en ejecución de lo ordenado en tal sentencia para otros trabajadores de la misma empresa.

6.- Como hemos señalado en la STS/IV 18-enero-2018 (rcud 449/2017 ), el supuesto ahora enjuiciado, cuando se declara el concurso está en vigor la redacción del art. 33 ET (y preceptos concordantes) que establece un tope a sus prestaciones equivalente al triple del salario mínimo interprofesional (SMI), mientras que a la fecha de la declaración extintiva ya ha tenido lugar la modificación normativa por mor del RD Ley 20/2012.

Y, con arreglo a la doctrina antes expuesta, "lo decisivo para determinar el momento en que ha de fijarse la regulación aplicable, salvo previsión legal expresa, radica en identificar el instante en que nace la obligación que acaba asumiendo el Fondo, en cuanto responsable legal subsidiario.

De este modo, si la declaración del concurso (o la solicitud, como llegaba a plantear el recurso de suplicación entablado por el trabajador en nuestro caso) fuera la causa de que existieran prestaciones a cargo del ente público, a ello habría de estarse.

Sin embargo, es claro que la declaración de concurso resulta algo bien distinto a la extinción de los contratos de trabajo. Basta recordar que la norma " *procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa* " (Exposición de Motivos, VII), de modo que " *La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor* " (art. 44.1).

Por lo tanto, nada impide que los contratos de trabajo de la empresa declarada en concurso prosigan su desarrollo, lo que obviamente implica que ni se extinguen ni nace derecho indemnizatorio alguno a favor de los trabajadores. Para que entre en juego la responsabilidad del Fondo, no basta con que exista declaración de concurso, sino que debe mediar asimismo la extinción de los contratos."

Seguimos señalando que si no existe la falta de pago de salarios o de indemnización, el Fondo tampoco tiene obligación alguna ni el trabajador ningún derecho contra él, por mucho que la empresa esté en concurso. " *La fecha de declaración de concurso no puede determinar la aplicación de la norma vigente en materia de prestaciones del **FOGASA** ya que, en su caso, el derecho al cobro de indemnización por despido solo surge, en el momento en que se declara la extinción de su relación laboral con la empresa. A partir de ahí, no antes, es cuando debe responder el Fondo en la forma y con los límites establecidos en el art. 33 ET , de las obligaciones no satisfechas por aquella* " .

7.- Por tanto, el régimen jurídico de la responsabilidad legal del **FOGASA** impide imponerle una obligación de pago más allá de los supuestos tasados, dado su posición jurídica de fiador legal y, sobre todo, a la vista del momento en que nace la obligación que viene a asumir.

8.- En consecuencia, debe mantenerse el mismo criterio seguido por la sentencia de contraste porque si cuando se declaró el concurso aún no se había producido la extinción de los contratos de trabajo que determinó los salarios de tramitación reclamados, en realidad no había nacido dicho derecho, ni frente a la empresa ni frente al Fondo.

Dicha solución, como acaeció en otros supuestos, no solo es compatible, sino armónica con la acogida en aquéllos en que hemos señalado el momento de declaración del concurso como el relevante. Así, por ejemplo, en la STS/IV 12-febrero-2007 (rcud 3951/2005 ) se resuelve un supuesto en que el crédito salarial o la indemnización ya habían nacido cuando se declaró la insolvencia y por eso se sienta la regla general de que " *debe ser la fecha de la declaración de insolvencia, y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo la determinante del momento en que nace para el trabajador la facultad de ejercer sus derechos frente al*



Fondo "; ello es así porque la declaración de insolvencia se produce en el procedimiento de ejecución (actual art. 276 LRJS).

Como en ésta y otras ocasiones hemos advertido, " una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito o precisar el momento en que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo ".

**TERCERO.**- La sentencia recurrida se separa del enfoque que esta Sala viene adoptando. Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación unificadora interpuesto por el **FOGASA**, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el de tal clase formulado por el trabajador confirmando la sentencia de instancia. Sin especial pronunciamiento en costas ( art. 235.1 LRJS).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (**FOGASA**), contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación nº 1942/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de enero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Castellón , en autos nº 54/2014, seguidos a instancia de Don Nicolas contra el Fondo de Garantía Salarial (**FOGASA**).
- 2.- Casar y anular la sentencia ahora impugnada, y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de dicha clase interpuesto por el trabajador y confirmamos la sentencia de instancia.
- 3.- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.