



Roj: **STS 3516/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3516**

Id Cendoj: **28079140012017100644**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/09/2017**

Nº de Recurso: **3554/2015**

Nº de Resolución: **684/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 10178/2015,**
STS 3516/2017,
ATS 6608/2018

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 9 de septiembre de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 155/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid, en autos núm. 1395/2012, seguidos a instancia de D. Raimundo y 55 más contra Construcciones y Montaje de Canalizaciones Industriales, S.A.U. y sus Administradores Concursales Doña Visitación, D. Carlos Francisco y D. Ángel y contra el FOGASA sobre reclamación de cantidad. Ha comparecido como parte recurrida D. Raimundo y 55 más, representados y defendidos por la Letrada D^a. Teresa Lourdes Aguirre García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de abril de 2014 el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º.- Los actores venían prestando sus servicios en la empresa demandada CONSTRUCCIONES Y MONTAJE CANALIZACIÓN SAU con la antigüedad, categoría profesional y salario que se recogen en los hechos 1º, 2º y 3º respectivamente, de su demanda.

2º.- En las fechas que se recogen en el hecho cuarto de la demanda se extinguió la relación laboral de los actores con las empresas en virtud de ERE.

3º.- En los distintos eres se acordó una indemnización por el despido de 27 días por año de servicio en los importes que se reflejan en el cuadro del hecho quinto de la demanda. Habiéndose abonado por la empresa el pago parcial de esa indemnización en los importes que se recogen en el hecho quinto de la demanda.

4º.- Solicitado el pago del resto de la indemnización al FOGASA, previo reconocimiento por la empresa y habiéndose emitido certificado de deuda por la administración concursal, se dictó resolución de fecha por la que se acuerda el abono de las prestaciones de garantía salarial, si bien en cantidad inferior a la solicitada y reconocida por la empresa, al descontar la cantidad pagada por la empresa del importe de la indemnización de 20 días. Abonándose las indemnizaciones que se recogen en el cuadro que se adjunta».



En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «En las presentes actuaciones a instancia de D. Justino y 55 más frente a FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo DESESTIMAR la demanda absolviendo a la parte demandada de las pretensiones en su contra deducidas».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Raimundo y 55 más, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 9 de septiembre de 2015 en la que consta el siguiente fallo: «Que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por los actores contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 37 de los de Madrid de fecha 30.4.2014, dictada en virtud de demanda presentada en reclamación de CANTIDAD, debemos revocar y revocamos dicha resolución, condenando al Fondo de Garantía Salarial a abonar las cantidades que en euros y para cada uno de ellos se indican a continuación:

APELLIDOS NOMBRE PENDIENTE FOGASA

- 1 Justino 5.454,74
- 2 Urbano 8.000,00
- 3 Modesta 4.521,58
- 4 Edemiro 5.087,70
- 5 Hilario 5.326,54
- 6 Narciso 7.207,15
- 7 Victorino 4.812,15
- 8 Ángel Daniel 4.255,28
- 9 Cesar 6.444,55
- 10 Felisa 3.913,28
- 11 Imanol 5.996,42
- 12 Onesimo 2.973,46
- 13 Jose Miguel 4.125,05
- 14 Alejandro 4.236,12
- 15 Cristobal 1.917,62
- 16 Zulima 2.167,63
- 17 Indalecio 5.922,57
- 18 Consuelo 6.496,08
- 19 Prudencio 5.261,99
- 20 Luis Alberto 2.464,91
- 21 Raimundo 3.124,36
- 22 Benjamín 6.653,51
- 23 Fulgencio 2.905,18
- 24 Marcos 13.659,04
- 25 Sixto 4.550,94
- 26 Pedro Miguel 7.473,36
- 27 Casiano 6.306,68
- 28 Fructuoso 6.219,62
- 29 Marcelino 3.789,66
- 30 Teodoro 23.865,50
- 31 Ángel Jesús 3.445,62
- 32 Cornelio 2.971,90



| | | |
|---------|--------------|------------|
| 33 | Gumersindo | 9.951,89 |
| 34 | Obdulio | 3.823,26 |
| 35 | Jose Antonio | 5.904,62 |
| 36 | Alfredo | 5.411,16 |
| 37 | Doroteo | 7360,26 |
| 38 | Ismael | 3.614,45 |
| 39 | Candelaria | 5.161,44 |
| 40 | Roman | 6.411,24 |
| 41 | Juan Alberto | 5.785,81 |
| 42 | Carlos | 13.390,26 |
| 43 | Genaro | 2.529,67 |
| 44 | Pedro | 5.223,42 |
| 45 | Luis María | 2.771,47 |
| 46 | Aureliano | 1.816,27 |
| 47 | Ezequias | 6.036,86 |
| 48 | Luis | 4.363,68 |
| 49 | Víctor | 2.767,63 |
| 50 | Andrés | 7.215,55 |
| 51 | Epifanio | 4.634,96 |
| 52 | Lázaro | 3.168,77 |
| 53 | Severino | 12.854,23 |
| 54 | Miguel Ángel | 7.958,05 |
| 55 | Damaso | 4.239,86 |
| 56 | RAJ LUP | 2.672,41 |
| TOTALES | | 316.617,40 |

TERCERO.- Por el Abogado del Estado en nombre y representación del FOGASA, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 22 de octubre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 2 de junio de 2014 (RS 1934/2013).

CUARTO.- Con fecha 21 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida personada para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de interesar que se declare la procedencia del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de septiembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Es objeto del presente recurso determinar los límites de la obligación de pago de indemnizaciones que tiene el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y, más concretamente, el alcance de ese deber cuando se ha pactado entre trabajadores y empresa una indemnización superior a la de veinte días por año de servicio y la empleadora ha pagado una parte de la misma.

2. La sentencia recurrida contempla el caso de unos trabajadores que vieron extinguidos sus contratos en un ERE en el que se pactó una indemnización de 27 días por año de servicio, cuantía de la que se pagó parte por la empresa que, posteriormente, fue declarada en concurso de acreedores voluntario por auto de 24 de enero de 2011. Reclamado al FOGASA el pago de su obligación de garantía, por este se dictó resolución acordando el



mismo con el límite de 20 días por año de servicio para cada trabajador y con el descuento de las cantidades ya abonadas por la empresa, resolución contra la que se presentó la demanda origen de estas actuaciones para que se declarara indebido el descuento de las cantidades ya abonadas por la empresa. Esa pretensión fue desestimada en la instancia, pero estimada en suplicación por la sentencia objeto del presente recurso de casación unificadora, al entender que no cabía la aplicación retroactiva de la redacción que al artículo 33-3 del ET dio la Ley 38/2011.

3. Como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la LJS, se trae por la entidad recurrente la dictada por la misma Sala del TSJ de Madrid el 2 de junio de 2014 (RS 1934/2013). Se contempla en ella el caso de una empresa que había reconocido a unos trabajadores una indemnización superior a los veinte días de salario por año de servicio y que con posterioridad, el 30 de junio de 2011, fue declarada en concurso voluntario de acreedores, tras haber hecho efectivo el primer pago de la indemnización pactada a cada trabajador. En noviembre de 2011 reclamaron el pago de lo que les adeudaba la empresa del FOGASA quien calculó el importe a pagar a cada uno con arreglo a veinte días por año de servicio descontando del resultado la parte ya abonada por la empresa. Suscitada en vía judicial la procedencia de ese descuento, la sentencia de suplicación traída de contraste, entendió que el mismo era ajustado a derecho y lo dispuesto en el art. 33 del ET en su redacción anterior a la Ley 38/2011, pues su responsabilidad es subsidiaria y viene tasada legalmente por los topes que la Ley garantiza.

4. Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el artículo 219 de la LJS, por cuanto en supuestos de hecho similares, indemnización superior a veinte días pactada antes del concurso de acreedores y reclamada, han efectuado una interpretación diferente del art. 33 del ET en su redacción anterior a la Ley 38/2011, lo que ha supuesto que una, la de contraste, estime procedente descontar del tope legal a cargo del FOGASA lo ya pagado por la empresa, mientras que la recurrida rechaza ese descuento por ser inaplicable la nueva redacción del art. 33-3 del ET .

Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar la disparidad doctrinal existente.

SEGUNDO.- El motivo del recurso dedicado al examen del derecho aplicado, denuncia la infracción del artículo 33, números 2 y 3, del Estatuto de los Trabajadores , al entender la entidad recurrente que su responsabilidad viene tasada legalmente en esos preceptos que se limitan a garantizar al trabajador el cobro de la indemnización legal mínima establecida para los conceptos indemnizatorios que contempla.

Una interpretación lógico-sistemática de esos preceptos en relación con los artículos 51 , 52 y 53 del ET a los que se remite para los casos de extinciones contractuales por causas objetivas nos lleva a concluir que lo garantizado por el FOGASA es una indemnización de veinte días por año de servicio con los límites que el artículo 33-2 establece para su cálculo, solución interpretativa que no cambió con la entrada en vigor de la nueva redacción que al artículo 33-3 del ET dio la Ley 38/2011, al establecer las reglas de aplicación en los casos de procedimiento concursal. No se puede entender, cual hace la sentencia recurrida, que a partir de enero de 2012 si se descuentan del monto a pagar por el FOGASA las cantidades a cuenta por la empresa en situación de concurso de acreedores y antes no porque no lo establecía el art. 33-3 del ET expresamente, por cuanto ese precepto se limitaba a regular la citación del FOGASA y su personación en el concurso de acreedores, pero no el contenido de su responsabilidad legal subsidiaria que venía establecida en el nº 2 del citado artículo, precepto que sobre el particular que nos ocupa no experimentó variación alguna. De prosperar lo resuelto por la sentencia recurrida llegaríamos al absurdo de estimar que los trabajadores de empresa en concurso de acreedores a partir de enero de 2012 reciben menor indemnización a cargo del FOGASA, al descontárseles lo ya pagado por la concursada, que los trabajadores de empresas insolventes pero no en situación de concurso, dado que el número 2 del artículo 33 del ET no contiene previsión expresa al respecto.

La realidad es que la responsabilidad del FOGASA consiste en una prestación de garantía en virtud de la que esa entidad garantiza el cobro de la indemnización legal mínima. La remisión que el art. 33-2 del ET hace y hacía antes de 2012 a los supuestos de extinción contractual de los artículos 51 y 52 de esa norma legal nos muestra que lo que se garantiza es la indemnización legal mínima de veinte días por año de servicio que en ellos se establece con las demás limitaciones que el precepto estudiado establece, lo que es corroborado por el art. 19 del Real Decreto 505/1985 , a la hora de concretar la "prestación indemnizatoria" de las extinciones contractuales por causas objetivas a cargo de la recurrente. Si ello es así, el FOGASA garantiza el cobro de esa indemnización mínima legal caso de que el obligado principal no la pague, lo que supone, al tratarse de una responsabilidad subsidiaria, que los pagos efectuados por el deudor principal aprovechen al deudor subsidiario, por cuanto, al tratarse de una única deuda, el pago parcial beneficia a quien garantiza un cobro mínimo, cual es el caso del FOGASA, entidad pública cuya responsabilidad no puede ser modificada por un pacto individual o colectivo que mejore el importe de la indemnización a pagar en perjuicio del deudor subsidiario, cual ha señalado esta Sala en sus sentencias de 15 de junio de 2015 (R. 1519/2013) y 29 de junio de 2015 (R. 2082/2015).



TERCERO.- Como causa de inadmisión del recurso, no como motivo, se alega por la parte recurrida que el FOGASA tardó más de tres meses en resolver el expediente administrativo, lo que supondría con arreglo a la doctrina del silencio administrativo positivo la estimación de su pretensión y la desestimación del recurso.

Tal pretensión, constituye una cuestión nueva que es inadmisibles en esta alzada, máxime cuando se ha formulado sin observancia de las formalidades requeridas por el art. 211-1 en relación con el 226-2, ambos de la LJS siguiendo los mismos requisitos exigidos para formalizar un recurso. En efecto, la imposibilidad de plantear en un recurso extraordinario como el presente, cuestiones nuevas viene siendo declarada por esta Sala con reiteración. Así en nuestra reciente sentencia de 25 de abril de 2017 (R. 2570/2015) se dice: «Segunda. Porque lo señalado anteriormente nos muestra que el recurso debió inadmitirse en el trámite previsto en el artículo 225 de la LJS porque plantea cuestiones nuevas, Y porque ese planteamiento hace que no haya contradicción, al no haber sido analizados y resueltos esos temas por la sentencia recurrida.»

«Tercera. Porque debe salirse al paso de las afirmaciones relativas a que la existencia de fraude de ley debe apreciarse de oficio, ya que, en otro caso pudiera entenderse que con nuestro silencio aceptamos esas alegaciones como acertadas. Nada más lejano de la realidad, como muestra la sentencia del Pleno de esta Sala de 19 de octubre de 2015 (RO 99/2015) en la que se anuló una sentencia de la misma Sala de Sevilla que había estimado de oficio la existencia de fraude de ley en un supuesto de hecho muy parecido al presente. En esta sentencia a cuyos argumentos damos aquí por reproducidos en aras a la brevedad dijimos que existe incongruencia "extra-petita" cuando se cambian los términos del debate planteado por las partes, como ocurre cuando el Tribunal se pronuncia sobre una cuestión no debatida y se accede a una pretensión no formulada dejando indefensa a la parte que se vió privada de la posibilidad de hacer alegaciones en defensa de sus intereses sobre esa cuestión que es resuelta sin haberse suscitado por las partes, sin que el principio "iura novit curia" permita al juez apartarse del principio "iuxta allegata y probata" y basarse en hechos y fundamentos diferentes a los alegados, por cuanto dejaría indefensa a la parte que no pudo rebatir los argumentos que creó "ex novo". Por ello, en aquella sentencia del Pleno concluimos que existe incongruencia "extra-petita" cuando la sentencia declara la existencia de un fraude de ley que nunca se alegó, ni razonó como fundamento de la pretensión ejercitada, lo que equivale a decir que no cabe estimar de oficio la existencia de fraude de ley, so pena de incurrir en incongruencia y de violar el art. 24 de la Constitución , máxime cuando nos encontramos ante un recurso extraordinario que se da para unificar doctrinas contrapuestas, disparidad doctrinal que no se da cuando las sentencias comparadas no abordan las mismas cuestiones.»

La aplicación de esta doctrina obliga a rechazar la causa de inadmisión examinada por tratarse de introducir con ella una cuestión nueva que no se planteó en la demanda, ni en el acto del juicio, ni fue abordada por la sentencia de instancia, ni por la sentencia de suplicación objeto del presente recurso. Es cierto que en el recurso de suplicación se hizo alusión a esta cuestión, pero no lo es menos que el escrito de interposición del recurso no contenía ningún motivo planteando esa cuestión, sino un simple comentario incidental al respecto, contenido en un simple párrafo de un largo motivo dedicado al examen de la norma aplicable, esto es del art. 33 del ET en la redacción vigente hasta enero de 2012. No planteó, pues, la cuestión que ahora suscita alegando las infracciones cometidas, mediante el oportuno motivo, cual requiere el art. 196-2 de la LJS. Tampoco ahora en casación unificadora plantea un motivo de impugnación, o de apoyo a los argumentos de la sentencia recurrida, impetrando la aplicación analógica del párrafo segundo, art. 211-1 de la LJS, con observancia de los mismos requisitos exigidos para formalizar el recurso: ni tacha de incongruencia omisiva a la sentencia recurrida por no resolver esa cuestión, ni cita las normas y doctrina jurisprudencial que fundamentan la aplicación de los efectos del silencio positivo que alega. Resumiendo, plantea una cuestión nueva y no la fundamenta en forma y con cita de las normas legales infringidas, omisión que no puede suplir este Tribunal sin violar el principio de igualdad de partes.

Por lo expuesto, procede desestimar la causa de inadmisión examinada, al igual que las otras dos que plantea: que el FOGASA no impugnó el recurso de suplicación que formuló y que dejó que ganara firmeza otra sentencia similar, por cuanto ninguna de estas acciones revela la existencia de un allanamiento a las pretensiones de la demanda.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones obligan a estimar el recurso, cual ha informado el Ministerio Fiscal, casar y anular la sentencia recurrida y confirmar la sentencia de instancia. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido : 1. Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal del Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia dictada el 9 de septiembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 155/2015 , interpuesto contra la sentencia



de fecha 30 de abril de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid , en autos núm. 1395/2012.
2. Casar y anular la sentencia recurrida y confirmar la sentencia de instancia. 3. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ