



Roj: **STS 4402/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4402**

Id Cendoj: **28079140012017100848**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2017**

Nº de Recurso: **2808/2015**

Nº de Resolución: **957/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 1528/2015,**  
**STS 4402/2017**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2808/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 957/2017**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 29 de noviembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Constantino , representado y defendido por la letrada D.<sup>a</sup> Ana María Díaz Malanda, contra la sentencia dictada el 5 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 889/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo, de fecha 6 de marzo de 2015 , recaída en autos núm. 580/2014, seguidos a instancia del ahora recurrente frente al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre reclamación de cantidad.

Ha sido parte recurrida el Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por el abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de marzo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« **1º** ) Constantino , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, prestó servicios como titulado superior, con la categoría profesional de director comercial, desde el día 1 de octubre de



1974, para la empresa Contenemar Galicia SA, percibiendo un salario bruto diario de 47,41 euros. Desde el 11 de junio de 2009 percibe una pensión de jubilación parcial, en cuantía del 85% de la base reguladora. Al mismo tiempo, en esa fecha, formalizó un contrato temporal con la empresa, con una jornada semanal de 6 horas, que representa el 15% de su jornada, con duración prevista hasta el día 3 de enero de 2014, suscribiendo la empresa, simultáneamente, contrato de relevo con otro trabajador.

2º) El día 19 de septiembre de 2009 la empresa le entrega comunicación por la que procede a su despido con efectos desde el día 18 de octubre de 2009. Impugnada judicialmente aquella resolución, recayó sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés, de fecha 24 de mayo de 2010, firme en el momento actual, en la que se declara procedente la extinción del contrato de trabajo del actor con efectos del 18 de octubre de 2009 y se condena a la empresa a abonarle una indemnización de 17.304,65 euros, copia de la sentencia obra unida al ramo de prueba de la parte actora dándose su contenido por íntegramente reproducido.

3º) La empresa fue declarada en concurso de acreedores dando lugar a los autos 542/2009, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, nombrándose administradores a D. Marino y D. Virgilio, quienes en fecha 8 de marzo de 2011 certificaron que el actor era titular de un crédito por importe de 17.304,65 euros, con privilegio general, por indemnización de la sentencia referida en el hecho anterior.

4º) El día 11 de junio de 2012 presentó ante el Fondo de Garantía Salarial solicitud de prestaciones, recayendo resolución de 7 de abril de 2014, en la que se le reconoce el derecho a percibir la cantidad de 4.036,90 euros en concepto de indemnización».

En dicha sentencia aparece el siguiente fallo: «Que estimando la demanda formulada por D. Constantino contra el Fondo de Garantía Salarial debo condenar y condeno al Fondo de Garantía Salarial a abonar al actor la cantidad de trece mil doscientos sesenta y siete euros con setenta y cinco céntimos (13.267,75 euros) en concepto de diferencia de indemnización».

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de FOGASA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 5 de junio de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Estimando el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada el 6 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo en el proceso sustanciado a instancias de Clemente contra el organismo recurrente. Y desestimando la demanda, absolvemos al FOGASA de la pretensión formulada».

**TERCERO.-** Por la representación procesal de D. Constantino se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 13 de noviembre de 2014 (RSU 1364/2013). El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 19 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, de Organización y Funcionamiento de FOGASA.

**CUARTO.-** Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**QUINTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de noviembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora reside en determinar el límite de la responsabilidad que tiene el FOGASA, conforme al art. 33.1 ET, a la hora de abonar los salarios e indemnizaciones a su cargo por insolvencia empresarial en el supuesto de trabajadores con contrato a tiempo parcial, y en orden a establecer si el tope legal- del doble o el triple del salario mínimo interprofesional, según la fecha de aplicación-, debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada que realiza en comparación con la ordinaria de un trabajador a tiempo completo de la misma actividad.

**2.-** Sobre la que ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en la STS 20/6/2017, rcud. 2667/2015, recaída en un supuesto absolutamente idéntico al presente, en el que se invocaba incluso la misma sentencia de contraste y a cuyo criterio vamos a atenernos.

Al igual que en aquel otro caso, y a efectos de determinar la existencia de contradicción doctrinal que conforme al art. 219 LRJS viabiliza el recurso de casación unificadora, las sentencias en comparación han llegado a un resultado diferente al pronunciarse sobre una misma problemática estrictamente jurídica que es idéntica en ambos supuestos.



La recurrida ha estimado que, cuando se trabaja a tiempo parcial, el triple del SMI computable como máximo debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada ordinaria.

La sentencia de contraste, dictada por el TSJ de Galicia el 13 de noviembre de 2014 (RS 1364/2013) ha resuelto lo contrario, esto es, que se computa el salario realmente percibido, siempre que no se supere el límite legal, sin que el alcance de la responsabilidad el FOGASA haya de verse afectado por la menor jornada realizada, que no cabe reducir en proporción a la inferior jornada de trabajo que se pacte en los contratos a tiempo parcial.

**3.-** La contradicción existe, porque la recurrida estima que el salario máximo computable para el cálculo se reduce en el mismo porcentaje que la jornada laboral, mientras que la sentencia de contraste entiende que el salario máximo computable no se minora por tal motivo, en tanto que la ley no establece expresamente esa reducción y solo limita el SMI computable y el número de días a pagar.

Y como bien señala nuestra precitada sentencia, sería en todo caso irrelevante a estos efectos que las sentencias comparadas pudieran haber recaído en supuestos en los que estaban vigentes distintos topes legales, pues, lo trascendente "no es si el límite es del doble o del triple del SMI, sino si cabe la reducción del SMI computable en el mismo porcentaje que la jornada realiza", cuando se trata de trabajadores a tiempo parcial.

**SEGUNDO. 1.-** El recurso denuncia la infracción del artículo 33, números 1 y 2, del ET, para sostener que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, que se atiene al límite legal de la responsabilidad del FOGASA con independencia de la mayor o menor duración de la jornada de trabajo, y sin tener en consideración que pudiere tratarse de un trabajador a tiempo parcial.

**2.-** Tal y como decimos en nuestra anterior sentencia, esta cuestión "no ha sido abordada directamente por esta Sala, sino indirectamente, como "obiter dicta" en sus sentencias de 28 de mayo de 1998 (R. 3462/1997) y de 29 de septiembre de 2011 (R. 586/2011). En estas sentencias se empieza, al igual que en la de 31 de mayo de 2011 (R. 3581/2010), afirmando que la regla de interpretación literal y lógica es la de que se computa el salario real siempre que no exceda del límite fijado al mismo, doble del SMI, sin que, cuando el salario real sea inferior al duplo del SMI quepa incrementar el salario computable hasta el tope máximo, pues se quebraría la garantía reconocida y se daría más de lo garantizado "convirtiéndose la insolvencia de la empresa en un premio o plus a favor del trabajador. Seguidamente, las dos primeras sentencias citadas añaden «Y aun cabría añadir otro argumento de resistencia a las soluciones contrarias a la lógica, como se daría respecto del trabajador con contrato a tiempo parcial, con la consiguiente reducción del salario, que vería favorecida su situación sobre el trabajador a tiempo completo.», argumento que se formula para robustecer la conclusión de que debe computarse el salario realmente percibido.

**3. -** Este criterio interpretativo es definitivamente elevado a la categoría de doctrina jurisprudencial en la antedicha STS 20/6/2017, que ahora reiteramos.

Tal y como la misma concluye, " los Reales Decretos que anualmente fijan el importe del SMI para cada año vienen señalando en el párrafo tercero de su artículo 1 que el SMI "si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata", pudiéndose citar en tal sentido el RD 1717/2012, vigente cuando se declaró la insolvencia, así como los anteriores (RD 1888/2011) y los posteriores, como el RD 1171/2015 y el RD 742/2016. Por ello, una interpretación lógico sistemática de esos Reales Decretos y del art. 33 del ET nos muestra que cuando el legislador dice SMI se está refiriendo al que corresponde a una jornada completa y que cuando se trabaja a tiempo parcial el SMI que corresponde con arreglo a la norma debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada de trabajo".

**TERCERO.-** Las razones expuestas nos llevan a concluir que la doctrina correcta es la que contiene en el presente caso la sentencia recurrida, lo que obliga a su confirmación, cual ha informado el Ministerio Fiscal. Sin costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Constantino, contra la sentencia dictada el 5 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 889/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo, de fecha 6 de marzo de 2015, recaída en autos núm. 580/2014, seguidos a instancia del ahora recurrente frente al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre reclamación de cantidad. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección 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. Sebastian Moralo Gallego hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ