



Roj: **STS 394/2018 - ECLI:ES:TS:2018:394**

Id Cendoj: **28079140012018100046**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2018**

Nº de Recurso: **2622/2016**

Nº de Resolución: **68/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 5304/2016,**  
**STS 394/2018**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2622/2016

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

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

##### **Sentencia núm. 68/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

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

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 25 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), representado y defendido por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 21 de abril de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en recurso de suplicación nº 2802/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Almería, en autos nº 470/2014, seguidos a instancia de D. Isaac contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) sobre reclamación de cantidad, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Isaac, representado y defendido por la letrada D.<sup>a</sup>. Rosa María López Maldonado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 25 de mayo de 2015, el Juzgado de lo Social nº 4 de Almería, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Isaac frente



a Fondo de Garantía Salarial, debo condenar y condeno a la demanda a que abone al actor la suma de 1.548,15 euros (677,39 en concepto de salarios y 870,76 de indemnización)».

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «1º.- El actor, Isaac , mayor de edad y con DNI NUM000 , prestó sus inversiones para la empresa Inversiones plásticas TPM agrícola SA, que iras expediente de regulación de empleo, fue declarada en concurso de acreedores.

2º.- Dicha empresa no ha abonado al actor la indemnización por extinción de contrato a través de ERE, ni los salarios impagados.

3º.- El salario diario del trabajador es de 81,39 euros (Triple SMI 74,68 euros).

Por la Administración concursal se certificó una deuda neta en favor del actor de 8216,54 euros.

El límite a abonar por el FOGASA es de 9591 euros en concepto de salarios (128,43 días a pagar x Triple SMI).

Fogasa le ha abonado la suma de 7539,15 euros.

Le adeuda por tal concepto la suma de 677,39 euros (diferencia entre lo abonado y la certificación de deuda neta de la Administración concursal); y en concepto de indemnización la suma de 870,76 euros (conformidad).

4º.- Interesada de FOGASA la prestación correspondiente, mediante resolución de 20 de marzo de 2014 le fue reconocida la suma de 28.947,67 euros».

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, por la representación legal de D. Isaac , se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía, sede de Granada, dictó sentencia en fecha 21 de abril de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Que **estimando** el recurso de suplicación interpuesto por Isaac , contra Sentencia dictada el día 25 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Social número 4 de Almería , en los Autos número 470/14 seguidos a instancia de Isaac contra FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en reclamación sobre CANTIDAD, debemos revocar y revocamos parcialmente la citada resolución, y, con estimación de la demanda, declaramos el derecho del actor a percibir, además de 870,76 euros en concepto de indemnización, la cantidad por salarios que resulte, teniendo en cuenta que éstos deben ser brutos.

No se realiza condena en costas por el presente recurso».

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, 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 Aragón, de fecha 29 de octubre de 2014 (rec. 588/2014 ).

**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 estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 25 de enero de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - 1.- La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Granada, de 21 de abril de 2016, dictada en el recurso de suplicación 2802/2015 , ha estimado el interpuesto por el demandante y, con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Almería, el 25 de mayo de 2015 , en los autos 470/2014, ha estimado la demanda, condenando al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), al pago de 870,76 euros en concepto de indemnización y otra cantidad por salarios que resulte, teniendo en cuenta que estos deben ser brutos.

Los hechos sobre los que se emite el pronunciamiento recogen que el demandante, que venía prestando servicios para la empresa Inversiones Plásticas TPM Agrícola SA., vio extinguido su contrato de trabajo en virtud de ERE. La empresa no ha abonado al trabajador la indemnización por extinción de contrato ni salarios, certificándose por la Administración Concursal una deuda neta a favor del demandante en concepto de salarios e indemnización. El trabajador acudió a FOGASA en reclamación de las prestaciones que debía garantizar, como responsable subsidiario, siendo reconocidas unas cuantías por salarios tomando como referencia el salario neto certificado. Disconforme con tal decisión, el trabajador presentó demanda.

La Sala de suplicación, en lo que aquí interesa, revoca la sentencia de instancia y estima el recurso porque considera que la responsabilidad del organismo demandado debe obtenerse con base en el salario bruto que corresponde al trabajador cuando resulta que las cantidades por las que responden, en general, están exentas de retención, como sucede en determinados importes de la indemnización y en los salarios cuando el límite sobre los que existen aquella retención es inferior a las cantidades máximas que puede abonar el FOGASA.



Además, considera que el citado organismo se reembolsa de las cantidades garantizadas subrogándose en la posición del trabajador frente al empresario deudor.

2.- Frente a la citada sentencia se ha interpuesto por la parte demandada recurso de casación para la unificación de doctrina en el que, como sentencia de contraste, se cita la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, de 29 de octubre de 2014, recurso 588/2014, invocando como preceptos legales infringidos los artículos 26.1 y 4 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 91 de la Ley Concursal, en relación con la Ley 38/2011.

La sentencia de contraste resuelve un supuesto en el que se reclama del FOGASA el pago de las cantidades salariales no abonadas por la empresa concursada, habiendo presentado como documentación en vía administrativa un certificado de la Administración concursal en el que se reflejan las cantidades a favor de los demandantes, relacionadas en bruto y neto. El FOGASA, al resolver la solicitud de los demandantes, calcula las cantidades a garantizar sobre el salario neto certificado. La Sala de suplicación considera que el cálculo realizado por FOGASA es ajustado a derecho en tanto que viene a corresponderse con las retenciones ya practicadas por la Administración Concursal y por las que no procedería hacer ninguna otra, sin perjuicio de lo que pueda acontecer en caso de que, finalmente, no se abonasen por las respectivas Administraciones esas retenciones o deducciones, en cuyo caso operaría el principio de automaticidad.

3.- Entre ambas resoluciones concurren la contradicción que exige el art. 219 de la LRJS al resolver en ambos casos similar cuestión y debate, llegando a pronunciamientos opuestos, en tanto que la sentencia recurrida considera que las cantidades a cargo de FOGASA deben obtenerse del salario bruto mientras que la sentencia de contraste considera que deben establecerse sobre el salario neto, siendo que en los dos supuestos se ha emitido certificado por la Administración Concursal con especificación del importe de salarios netos no abonados al trabajador.

**SEGUNDO.-** 1.- El motivo de infracción de norma, como ya se adelantó anteriormente, denuncia como preceptos legales vulnerados los artículos 26.1 y 4 del ET y artículo 91 de la Ley Concursal, en relación con la Ley 38/2011.

El motivo debe ser rechazado porque la doctrina correcta es la que se recoge en la sentencia recurrida por las razones que pasamos a exponer.

Debemos recordar que el salario que debe percibir el trabajador como contraprestación por los servicios laborales prestados a su empleador es la totalidad de las percepciones económicas que le correspondan ( art. 26 ET ). Y ello lo ha entendido la jurisprudencia como "salario bruto y sobre él se determinan los conceptos retributivos o indemnizatorios que tengan como base el mismo" ( como se desprende de la STS de 1 de octubre de 2007, rcud 3794/2006 ).

El FOGASA, en casos de procedimientos concursales, asume las obligaciones del art. 33 ET siempre y cuando haya sido citado en el proceso, siendo su personación como responsable legal subsidiario del pago de los créditos laborales ( art. 33.3 ET ), para lo cual es necesario que éstos aparezcan incluidos en la lista de acreedores o, en su caso, reconocidos como deudas de la masa en cuantía igual o superior a la que se solicita del Fondo ( art. 33.3 primera ET ). Y, más concretamente y en orden a su responsabilidad, también se indica que el Fondo abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago, tal y como dispone el art. 33 ET, considerándose salario los reconocidos en título idóneo "por todos los conceptos a que se refiere el art. 26.1 ET" ( art. 33.1, párrafo segundo ET ).

Con esa determinación de lo que es salario, no es posible considerar que la deuda salarial que deba tomarse para determinar la responsabilidad de FOGASA sea en neto y no en bruto ya que, como dice la jurisprudencia, lo que el art. 33 del ET pone a cargo del Fondo de Garantía son las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por un empresario insolvente, en materia de salarios y de indemnizaciones por cese.

2.- Por otro lado, el salario neto, producto de descontar las retenciones fiscales y las deducciones por cuotas a la Seguridad Social, surge cuando se ha hecho efectivo a los trabajadores el pago de las pertinentes cantidades que debe garantizar FOGASA, ya que su abono es lo que permite llevar a cabo aquellas deducciones.

Pues bien, siendo ello así, la emisión de un certificado por la Administración Concursal de los créditos a favor de los trabajadores, con especificación de cantidades netas, tan solo sirve como documento acreditativo de la deuda que se mantiene con los trabajadores y para justificar el importe a tener en consideración a la hora de fijar los límites cuantitativos de responsabilidad del FOGASA. Dicho certificado, en consecuencia, no implica que la resolución de FOGASA deba establecer las prestaciones que debe garantizar sobre las cuantías netas que en él se puedan indicar, excluyendo las retenciones o deducciones que operen sobre los conceptos salariales o indemnizatorios. Y ello porque la obligación de retener nace en el momento en que se satisfacen o abonan las rentas, tal y como dispone el art. 78.1 del Reglamento del Impuesto, aprobado por el Real Decreto 439/2007,



de 30 de marzo -BOE de 31 de marzo y STS, Sala 1ª, de 20 de septiembre de 2009 . Igualmente, según el art. 22.4 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, en el momento de hacer efectivas las retribuciones se procederá a descontar al trabajador la aportación que corresponda a empresario y trabajador. Por tanto, cuando el trabajador acude ante el citado Organismo lo realiza ante el incumplimiento empresarial y en atención a la garantía legal que, con cargo al Fondo, permite que se perciban los salarios no abonados, en los casos y cuantías fijadas legalmente. Y si no ha percibido del empresario el salario, como sucede en este caso, no procede que éste lleve a cabo retención o deducción alguna sobre un concepto no abonado. Como se desprende de aquellos preceptos, las retenciones o deducciones solo operan cuando se abonan las cantidades en cuestión.

En los supuestos del art. 33 ET , el FOGASA es el pagador del salario y, por ende, es el sujeto obligado a realizar las retenciones o deducciones oportunas. Y cuando paga, además, pasa a subrogarse en los derechos de los trabajadores pudiendo acudir ante la empresa, en este caso concursada, para hacerse cobro de las cantidades satisfechas en sustitución del acreedor principal. Y es sujeto obligado a practicar retenciones o ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en cuanto satisface rentas sometidas a esta obligación, conforme dispone el art. 99.2 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), de forma que los salarios que abone, en cuanto son rendimientos del trabajo, según lo dispuesto en el art. 75.1 a) del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo , ya citado y del artículo 17.1 de la LIRPF , pueden estar sometidos a la retención fiscal, en cuyo caso será el Organismo recurrente el que debe proceder en tal sentido.

3.- Y desde esta perspectiva, no cabe justificar el cálculo de las prestaciones de garantía sobre un salario neto con base en que el trabajador va a percibir mayor cantidad de la que le hubiera correspondido de no estar la empresa en concurso por cuanto que, salvo las rentas exentas de retención y/o cotización -que no es el caso presente-, no puede considerarse a la Administración Concursal pagador de las mismas con obligación de retención cuando el trabajador ha percibido el salario de un tercero, legalmente obligado, como es FOGASA.

Tampoco se puede justificar la determinación de los salarios con base en el salario neto por el hecho de que, cumplida la obligación por el Fondo, éste pueda subrogarse frente a la empresa en el crédito de trabajador ya que, deberá reintegrarse, en la medida en que proceda, de todo lo que era a cargo del empleador que, como venimos diciendo, no podía hacer retención de aquello que, en su momento, no abonó, cuando la retención procede en el momento del pago y no en el que se devenga.

Del mismo modo no es relevante el hecho de que la Administración Concursal haya diferenciado entre créditos por salarios y cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social, ya que ello lo es a los efectos de clasificación de créditos respecto de deudas vencidas o generadas por esos conceptos pero no en relación con deudas que, en principio, han sido anticipadas por otro sujeto, como aquí sucede, que se ha subrogado en el crédito del trabajador, con el alcance antes dicho, en materia de retenciones y cotizaciones. El Fondo podrá figurar en la lista de acreedores por sustitución ( art. 97.4 LC ) pero sin que lo abonado en concepto de retención o cuota de la Seguridad Social sea, en el concurso, ya un concepto puro en sí mismo al estar cubierto por el Fondo.

La falta de pago por FOGASA de sus obligaciones fiscales o en materia de cotización, consecuencia de su prestación de garantía, no traen mayor consecuencia que la que pudiera tener el incumplimiento del empresario, en orden a que el trabajador pueda afectar su cuota con las deducciones o retenciones no realizadas.

4.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, como ya se adelantó, procede la desestimación del recurso formulado ya que las cuantías sobre las que operan las prestaciones de garantía de las que debe responder FOGASA lo son en bruto y no en neto, por lo que al haberlo entendido así la sentencia impugnada, ha aplicado la doctrina correcta.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada del FONDO DE GARANTIA SALARIAL frente a la sentencia dictada el 21 de abril de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso de suplicación número 2802/2015 , formalizado por el citado recurrente frente a la sentencia dictada por el



Juzgado de lo Social número 4 de Almería, el 25 de mayo de 2015 , en los autos número 470/2014, seguidos a instancia de D. Isaac contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en reclamación de cantidad.

Se confirma la sentencia recurrida con imposición de costas al recurrente, incluyendo los honorarios del letrado de la recurrida que impugnó el recurso con el límite cuantitativo legalmente establecido.

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 la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga 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 CENDO