



Roj: **STS 4357/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4357**

Id Cendoj: **28079149912015100049**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **15/06/2015**

Nº de Recurso: **1519/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 1338/2013,**  
**STS 4357/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 5 de abril de 2013, dictada en el recurso de suplicación número 408/2013 formulado por el Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Gijón de fecha 11 de diciembre de 2012 dictada en virtud de demanda formulada por D<sup>a</sup> Bibiana , frente al Fondo de Garantía Salarial en reclamación de cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D<sup>a</sup> Bibiana , representada por la letrada D<sup>a</sup> Marta Rodil Díaz.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de diciembre de 2012, el Juzgado de lo Social número 1 de Gijón, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimar íntegramente la demanda interpuesta por Doña Bibiana contra el Fondo de Garantía Salarial, condenando al organismo a abonar a la actora la cantidad de 2.842,53 euros".

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: La demandante, Doña Bibiana , con DNI nº NUM000 , prestó servicios para ASTURIANA DE ASFALTOS, S.L., desde el 24 de mayo de 2007 con la categoría profesional de auxiliar administrativo, en virtud de contrato de trabajo a tiempo parcial (50% de la jornada, 20 horas a la semana) para obra o servicio determinado. Disciplinaba la relación el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias para 2007-2011, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 12 de diciembre de 2007. SEGUNDO: El contrato se extinguió, por fin de obra, el 23 de mayo de 2010. TERCERO: La empleadora fue declarada en concurso voluntario de acreedores siguiéndose ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo los autos 191/2008. El 10 de febrero de 2011 los administradores concursales certificaron los siguientes créditos a favor de la demandante: Atrasos de convenio 2007: 233,73 euros. 6 días de mayo 2010: 213,42 euros. Indemnización fin contrato: 3.505,48 euros. Prorrata extra verano 2012: 643,57 euros. 6 días de vacaciones: 183,88 euros. Con carácter de crédito concursal con privilegio artículo 91.1 de la Ley Concursal : 4.546,35 euros. Masa de crédito concursal: 233,73 euros. CUARTO: La actora solicitó prestaciones ante el fondo de Garantía Salarial prestaciones recayendo resolución de 29 de junio de 2011 en la que se le reconocía el derecho a percibir la cantidad de 1.274,60 euros en concepto de salarios y 662,95 euros en concepto de indemnización por fin de



contrato. En el Fundamento Segundo de la resolución se justificaba que según lo establecido en el artículo 49.1 c) del ET se reconoce la indemnización por fin de obra o terminación de contrato a razón de tope de ocho días por año de servicio. SEXTO: El artículo 9 del convenio de aplicación dispone: Los trabajadores que formalicen contratos de duración determinada, por circunstancias de la producción o por interinidad, tendrán derecho, una vez finalizado el contrato correspondiente por expiración del tiempo convenido, a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7 por cien calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio devengados durante la vigencia del contrato. Esta indemnización tendrá la consideración establecida por la normativa específica de aplicación, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 49.1.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores .

**TERCERO.**- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Fondo de Garantía Salarial, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, sentencia con fecha 5 de abril de 2013 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTIA SALARIAL contra la sentencia del Juzgado de lo social nº 1 de Gijón, dictada en los autos seguidos a instancia de Bibiana contra la entidad recurrente, sobre Reclamación de Cantidad, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada".

**CUARTO.**- El Abogado del Estado en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial, mediante escrito presentado el 15 de mayo de 2013, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de junio de 2008 (recurso nº 1551/08 ). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 33.2 y 49.1c) del ET .

**QUINTO.**- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de diciembre de 2014. Dada su trascendencia, se señaló posteriormente para el Pleno del 10 de Junio de 2015, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La sentencia que se recurre, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 5 de abril de 2013 , ha recaído en un procedimiento por cantidad seguido frente al Fondo de Garantía Salarial. La cuestión a dilucidar ha girado, principalmente, sobre la determinación de si el Organismo demandado ha de hacer frente a la indemnización por fin de contrato de obra a la que, en aplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de la Construcción, fue condenada la empleadora del actor. En el caso, la actora solicitó prestaciones ante el FOGASA recayendo resolución de 29-6-2011 en la que se le reconocía el derecho a percibir la cantidad de 1.274,60 euros en concepto de salarios y 662,95 euros en concepto de indemnización por fin de contrato. En el fundamento segundo de la resolución se justifica que según lo establecido en el art. 49.1.c) ET se reconoce la indemnización por fin de obra o terminación de contrato a razón del tope de 8 días por año de servicio. El art. 9 del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias 2007 -2011, dispone que una vez finalizado el contrato, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7 por cien calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio devengados durante la vigencia del contrato. La sentencia de instancia ha condenado al FONDO a abonar a la actora la cantidad de 2.842,53 euros, siendo dicho parecer compartido por la sala de suplicación. Razona al respecto que el art. 49.1 c) del ET contempla dos módulos legales para el calculo de la indemnización por finalización de contrato: el de 8 días de salario por año de servicio, o el establecido en su caso, en la normativa de aplicación, que, en el presente supuesto, es el Convenio de la Construcción, por lo que, salvo que la indemnización resultante supere los límites fijados en el art. 33.2 del ET , el FOGASA está obligado a abonarla.

Disconforme el FOGASA con la solución alcanzada por la Sala de segundo grado se alza ahora en casación para la unificación de doctrina señalando que la cuestión casacional que se plantea queda ceñida a determinar si el Fondo puede ser declarado responsable de abonar una cantidad por encima del límite legalmente establecido, en concreto el límite máximo de 8 días de salario por año de servicio conforme el art. 33.2 en relación con el art. 49.1, c) ET , o si, por el contrario, debe abonar la indemnización que reconozca el Convenio Colectivo aplicable, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala homónima de Madrid de 30 de junio de 2008 (rec. 1551/08 ). Dicha resolución estima el recurso formulado por el FOGASA y reduce las cantidades que el Organismo ha de abonar a los trabajadores. Se trata de un supuesto en el que los demandantes obtuvieron sentencia que condenaba a la empresa a determinados importes, y al no ser satisfechos por su situación de insolvencia legal, solicitaron al FOGASA la prestación correspondiente por indemnización y salarios pendientes. El Organismo denegó el pago de las cantidades relativas a indemnización del 7% del



Convenio de la Construcción por fin de contrato, al considerar que no tenían naturaleza salarial de acuerdo con los artículos 33.1 y 26.2 del ET . La Sala, remitiéndose a las SSTs de 26/12/01 (R 4042/00 ) y de 11/03/02 (R. 2492/01 ), acoge la tesis del FOGASA de que el límite de la indemnización sería de 8 días por año, que es el legalmente establecido por terminación de los contratos temporales de los actores.

Concurre la contradicción en sentido legal. En efecto, en ambos casos se trata de trabajadores que prestaron servicios en el sector de la construcción, reclamaron contra la empresa y obtuvieron sentencia condenatoria; en uno y otro supuesto, declarada la insolvencia de la empleadora, interpusieron demanda contra el FOGASA solicitando prestaciones correspondientes a la indemnización del 7% del Convenio de la Construcción por fin de contrato, que habían sido denegadas por superar el límite legal de 8 días de salario por año de servicio, y pese a la similitud de supuestos fácticos y de pretensiones, las sentencias comparadas llegan a fallos distintos, pues en tanto la recurrida considera que el FOGASA está obligado al abono salvo que supere los límites del art. 33.2 del ET , la decisión de contraste afirma que el límite de la indemnización sería de 8 días por año, que es el legalmente establecido por terminación de los contratos temporales.

**SEGUNDO.-** La cuestión debatida había sido ya resuelta en casación unificadora por esta Sala, entre otras, en sentencia de 16 de octubre de 2013 (rcud. 102/01 y 4042/00 ) y de 11 de marzo de 2002 (rcud. 2492/01), ambas dictadas en el marco normativo anterior a la nueva redacción del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET ) -redacción dada por la Ley 5/2006, luego Ley 43/2006-. La más reciente (de 16 de octubre de 2013, recurso 203/13) -dictada ya en el nuevo marco normativo del art. 33.2 ET - se remite a la misma doctrina, citando la de 31 de octubre de 2001, y transcribe literalmente:

*"... de la parte II del Convenio, [173 de la OIT] dedicada a determinar los créditos laborales que deben quedar protegidos por un privilegio, el art. 6. d) incluye, "las indemnizaciones por fin de servicio adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo". Y en la III -- que es la que aquí interesa -- al enumerar las obligaciones de la institución de garantía, se vuelve a reiterar, art. 12. d), que la institución deberá cubrir, "al menos , las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo".*

*Por su parte, el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores que determina las obligaciones que asume la institución de garantía española, dispone que "el Fondo de Garantía Salarial (...) abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50 , 51 y 52 c) de esta ley ". Solo garantiza pues, el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a decisiones unilaterales del empresario. Y es obvio que la conclusión de la obra objeto del contrato, no puede calificarse de decisión unilateral del empresario, pues constituye, ex. art. 49.c) ET , una causa de extinción inherente a la propia naturaleza del contrato.*

*(...) Una primera lectura comparada de ambos preceptos, podría inducir a pensar que no se trata de regulaciones homogéneas, que el art. 33. ET es más restrictivo que el Convenio 173 de la OIT y, por consiguiente, que deben prevalecer las prescripciones de este último. Sin embargo, esta Sala llega a la conclusión de que no es así, porque los términos utilizados por ambas normas, siendo literalmente distintos, se refieren a los mismos créditos, de modo que el actual art. 33 ET se ajusta plenamente a las prevenciones del Convenio 173 y no precisa de más acomodación a la norma internacional. Claro indicio de que el legislador español también lo entiende así es que Ley 60/1997 de 19 de diciembre, pese a ser posterior a la fecha de ratificación del Convenio por España, no ha introducido más garantía, al reformar el art. 33 ET , que la referida a los despidos -- el Estatuto los denomina "extinciones por causas objetivas" -- objetivos del art. 52.c). Son precisamente dos instrumentos emanados de la propia OIT los que nos permiten afirmar la correcta adecuación de la norma española a las exigencias del Convenio*

**I.** El primero es el Convenio 158, de 2 de junio de 1.982 "sobre la terminación de la relación del trabajo por iniciativa del empleador", ratificado también por España el 16 de febrero de 1.985 (B.O.E. de 29 de junio). Aclara en su art. 3 que "a los efectos del presente Convenio, las expresiones [terminación] y [terminación de la relación de trabajo] -- que es literalmente la misma expresión que utiliza el Convenio 173 -- significan terminación de la relación de trabajo *por iniciativa del empleador*". Cierto que se trata de una norma válida, como tal, solo en el seno del propio Convenio. Pero también constituye un elemento interpretativo de primer orden para el Convenio 173. En términos generales, por emanar ambos de la misma OIT de la que cabe presumir que, para evitar riesgos interpretativos -- así lo aconseja el amplio abanico de miembros, idiomas y culturas que acoge --, atribuye siempre, en la medida de lo posible, el mismo alcance y significado a los términos y conceptos que utiliza. Y más específicamente en este caso, por la íntima conexión que existe entre ambos Convenios, dado que el 158 regula los despidos y extinciones contractuales producidos a iniciativa del empleador, y el 173, en la parte que ahora interesa, determina las garantías que deben acompañar a las indemnizaciones legales que se derivan de "la terminación de la relación de trabajo".



No es pues aventurado afirmar, vista la identidad de los términos utilizados en ambos Convenios, que cuando el 173 habla de las indemnizaciones por fin de servicio adeudadas al trabajador con motivo de la "terminación de la relación de trabajo" se está refiriendo exclusivamente, y en concordancia con el Convenio 158, a las debidas cuando la terminación se produce "a iniciativa del empleador". Es decir, a los mismos supuestos, despidos, considerados estos con la amplitud que entiende la jurisprudencia, y extinciones previstas en los artículos 50 , 51 y 52.c) ET ., que garantiza del art. 33 ET . Supuestos que comprenden todas las decisiones extintivas de las relaciones de trabajo a iniciativa del empresario que en nuestro ordenamiento pueden generar derecho a una indemnización a su cargo, pues también las acordadas a instancia del trabajador vía art. 50 obedecen a causas que tienen origen en una decisión del empresario, y de ahí que el número 2 de dicho precepto las equipare a efectos indemnizatorios al despido improcedente.

II. El segundo instrumento lo constituye la Recomendación de la O.I.T. nº 180, de igual título que el Convenio 173, suscrita el 23 de junio de 1.992, y adoptada con la finalidad expresa de "complementar" dicho Convenio. No se trata, al contrario de lo que ocurre con este, de una norma de carácter vinculante para los Estados que lo ratifican, sino de una simple propuesta sin fuerza de obligar, a tenor de lo dispuesto en el art.19.6 d) de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 28 de junio de 1.919 (BOE 21-9-1982). No obstante, dada su complementariedad con el Convenio 173. La Recomendación opera a modo de una interpretación auténtica de aquél e ilustra plenamente sobre su contenido real.

La Recomendación enumera, en sus arts. 3.1.e), inserto en la parte II que examina la protección privilegiada de los créditos, y 9.1.f), sito ya en la parte III dedicada a su cobertura por la institución de garantía, todos créditos que la protección privilegiada "debería cubrir" y la institución de garantía "debería proteger". La diferencia de redacción respecto del Convenio es pues ostensible. Este, como corresponde a su carácter de regulación vinculante -- de mínimos, dada su vocación multiestatal -- enumera los créditos laborales que está obligada a asegurar la institución de garantía, únicos que debe salvaguardar todo Estado miembro que lo ratifica. La Recomendación, como un "desideratum" que es y no compromete a los Estados que suscriben el Convenio, invita a ir mas allá de lo que este obliga, y a tal fin ofrece un listado mucho más amplio que comprende todos los créditos que la Conferencia General de la OIT considera que "debería cubrir" la institución de garantía. Así, además de reiterar los créditos que ya enumera el Convenio, añade todos aquellos otros que también podrían ser objeto de garantía.

En concreto, el apartado f) del art. 9.1 alude, como es lógico, a las "indemnizaciones por despido injustificado" y "otras sumas adeudadas al trabajador con motivo la terminación de la relación de trabajo". Se refiere con ello la Recomendación, utilizando conceptos algo mas afines a los nuestros, a la cobertura que ya dispensa el Convenio a la "terminación de la relación de trabajo", si bien distinguiendo, lo que no hacía el Convenio, entre las indemnizaciones que derivan de los despidos injustificados, o improcedentes en nuestro derecho, y otras sumas adeudadas -- aquí introduce además una evidente ampliación porque el concepto de indemnización es mas restrictivo que el de deuda -- por la terminación del trabajo. Pero en todo caso, por lo ya dicho al comentar el Convenio 158, hay que seguir entendiendo que se refiere exclusivamente a las terminaciones o extinciones contractuales debidas a la iniciativa del empleador. A las anteriores añade las "indemnizaciones por fin de servicio", que menciona por primera vez, sin duda por tratarse de créditos sobre los que no se alcanzó el consenso suficiente para que quedaran incorporados al Convenio. Lo que permite concluir que si la Recomendación aconseja ampliar la garantía a las indemnizaciones "por fin de servicio" -- entre las que ha de incardinarse, como ya hemos dicho, la aquí discutida de fin de obra --, se debe a que el Convenio la limita solo a las derivadas de su terminación por iniciativa del empleador; justamente las que, en nuestro ordenamiento, cubre el Fogasa según lo dispuesto en el art. 33.2 ET .

(...) Un argumento más cabría añadir si, por hipótesis, atribuyéramos carácter vinculante a una Recomendación que no lo tiene o interpretáramos que el Convenio 173 engloba la indemnización de fin de obra, cuando no es así. Ni aun en tal caso, vendría obligado el Fogasa a abonar la que se reclama, dada la fecha en que surgió el derecho a la misma.

Cuando el Convenio de la OIT enumera las indemnización garantizar, se está refiriendo exclusivamente, como es lógico, a aquellas establecidas o determinadas por la legislación del Estado que lo ratifica, no a las que tienen un origen puramente convencional. Entender lo contrario y suponer que la obligación del Fogasa alcanza también a las indemnizaciones que, sin respaldo legal, tengan a bien pactar voluntariamente los negociadores en el convenio colectivo, equivaldría a dejar la institución de garantía, su patrimonio, su financiación y, por reflejo, el porcentaje de cotización que corresponde a los empresarios, a disposición de la autonomía colectiva. Y se estaría desconociendo su naturaleza de Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, sometido a los mandatos y límites fijados por el legislador en los artículos 33 ET y 1.1 y 2 del Real Decreto 505/1985 que regula su organización y funcionamiento".

**TERCERO.-** El cambio normativo operado en el art. 33.2 ET no permite ya sostener la afirmación de que el FOGASA solo garantiza el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a



decisiones unilaterales del empresario, puesto que ahora el art. 33.2 se refiere ya, como objeto de su garantía, a "las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada..."; pero permite suscitar dudas -y esa es la cuestión que se plantea en este pleito- sobre si la cuantía de la indemnización garantizada por el FOGASA debe limitarse al máximo de doce días de salario por cada año de servicio, que se fija legalmente en el art. 49.1 c) ET en caso de extinción "por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato" -supuesto de contrato temporal al que se remite el repetido art. 33.2 ET -, o también debe comprender las indemnizaciones eventualmente superiores que se fijen en un convenio colectivo.

La Sala entiende que en la referida garantía debe limitarse al importe máximo previsto legalmente en el art. 49.1 c), y ello por las siguientes razones:

1.- La regulación del art. 49.1 c) establece el supuesto de contrato temporal en el que el trabajador debe ser también indemnizado a su extinción: cuando ésta obedece a la "expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato", y a tal supuesto anuda "una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio", añadiendo "o la establecida en su caso en la normativa específica que sea de aplicación. Es evidente que este mandato del legislador obliga al empresario, que será el deudor de la indemnización legal establecida, o en su caso -y esto aunque el precepto no lo mencionase -también la establecida en la normativa específica que sea de aplicación, fundamentalmente el convenio colectivo- sin que en este precepto se haga referencia alguna, como es lógico, a una eventual responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

2.- La garantía de pago subsidiario -por insolvencia del empresario- de la indemnización a que nos referimos viene establecida en el art. 33.2 ET, al comprender ahora las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada "en los casos que legalmente procedan". Ahora bien, esta remisión se refiere a "los casos", lo cual, en nuestro ordenamiento se concreta en el supuesto previsto en el art. 49.1 c), a cuyo supuesto se anuda, también legalmente, una determinada indemnización.

3.- Que el empresario pueda pactar y responsabilizarse de cualquier "supuesto" e "importe indemnizatorio" es evidente, aunque el referido artículo no tuviera referencia concreta a "la normativa específica que sea de aplicación"; pero ello no quiere decir que el FOGASA haya de garantizar cualquier indemnización voluntariamente pactada por el empresario, si así no se establece claramente en la norma de garantía, y la redacción de ésta "en los casos que legalmente procedan" -cuando pudo perfectamente fijar la obligación de garantía hablando de los casos en que procediera legal **o convencionalmente**- no permite la ampliación a otros supuestos y cuantías pactadas al margen de la ley, pues la obligación garantizadora a cargo de un fondo público obliga a una interpretación estricta de las normas que la regulan.

4.- Esta interpretación se refuerza si tenemos en cuenta que fuera del límite máximo del importe de una anualidad, y de no exceder del doble del salario mínimo interprofesional como base de cálculo del salario diario, el art. 33.2 no señala para estos casos ningún tope de número de días por año de servicio para calcular el importe de la indemnización a los solos efectos de su abono por el FOGASA, como así lo establece expresamente -30 días por año de servicio- "para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al art. 50 de esta Ley". No siendo admisible, bajo cualquier criterio pausable de interpretación, que el legislador haya omitido la fijación de este tope precisamente en estos supuestos del art. 49.1 c), al que, como hemos visto, se remite en el mismo número 2 del art. 33, hemos de colegir que no lo hizo porque dicho tope ya venía legalmente fijado de forma específica en el repetido art. 49.1 c) con la referencia a un máximo de 12 días por año de servicio.

**CUARTO.-** De acuerdo con las anteriores consideraciones la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste, y se concluye que la responsabilidad subsidiaria del FOGASA no comprende el importe indemnizatorio por fin de obra que haya podido pactarse en convenio colectivo, viniendo tal responsabilidad limitada al máximo legalmente establecido -en este caso, y dada la fecha de extinción, de 8 días por año de servicio- y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida procede, oído el Ministerio Fiscal, estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida, resolviendo el debate de suplicación en términos acordes con lo anteriormente expuesto.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 5 de abril de 2013, dictada en el recurso de suplicación número



408/2013 . Casamos y anulamos la referida sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto en su día por el Fondo de Garantía Salarial, revocando la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón de 11 de diciembre de 2012 , para desestimar la demanda, absolviendo a la entidad demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesus Gullon Rodriguez Fernando Salinas Molina Maria Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Jordi Agusti Julia Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol Maria Lourdes Arastey Sahun Miguel Angel Luelmo Millan Antonio V. Sempere Navarro Jesus Souto Prieto

### Voto Particular

**VOTO PARTICULAR** que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Jordi Agusti Julia, al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres/as Don Fernando Salinas Molina, Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga y Doña Rosa Maria Viroles Piñol al recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1519/2013.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 1519/2013, al discrepar -siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en el sentido de estimar el recurso interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), y consiguiente casación y anulación de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias recurrida, **cuando en mi parecer, el citado recurso debió ser rechazado, y por ende, la sentencia de la Sala de suplicación, confirmada.**

Fundo el presente voto particular en los siguientes antecedentes y consideraciones jurídicas:

**PRIMERA.-1** . No existe discrepancia en cuanto a los hechos, siendo relevantes a efectos de la cuestión controvertida, los siguientes :

"CUARTO: La actora solicitó prestaciones ante el fondo de Garantía Salarial prestaciones recayendo resolución de 29 de junio de 2011 en la que se le reconocía el derecho a percibir la cantidad de 1.274,60 euros en concepto de salarios y 662,95 euros en concepto de indemnización por fin de contrato. En el Fundamento Segundo de la resolución se justificaba que según lo establecido en el artículo 49.1 c) del ET se reconoce la indemnización por fin de obra o terminación de contrato a razón de tope de ocho días por año de servicio. SEXTO: El artículo 9 del convenio de aplicación dispone: Los trabajadores que formalicen contratos de duración determinada, por circunstancias de la producción o por interinidad, tendrán derecho, una vez finalizado el contrato correspondiente por expiración del tiempo convenido, a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7 por cien calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio devengados durante la vigencia del contrato. Esta indemnización tendrá la consideración establecida por la normativa específica de aplicación, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 49.1.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ."

**2.** A tenor de estos indiscutidos hechos, y manifestando la conformidad con el criterio mayoritario de la Sala, en el sentido de estimar acreditado el requisito de la contradicción y, por ende, de viabilidad del recurso, la cuestión controvertida es estrictamente jurídica, se trata de determinar, como se señala en el fundamento de derecho primero de la sentencia mayoritaria, "si el Organismo demandado ha de hacer frente a la indemnización por fin de contrato de obra a la que, en aplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de la Construcción, fue condenada la empleadora del actor. En el caso, la actora solicitó prestaciones ante el FOGASA recayendo resolución de 29-6-2011 en la que se le reconocía el derecho a percibir la cantidad de 1.274,60 euros en concepto de salarios y 662,95 euros en concepto de indemnización por fin de contrato. En el fundamento segundo de la resolución se justifica que según lo establecido en el art. 49.1.c) ET se reconoce la indemnización por fin de obra o terminación de contrato a razón del tope de 8 días por año de servicio. El art. 9 del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias 2007 -2011, dispone que una vez finalizado el contrato, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7 por cien calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio devengados durante la vigencia del contrato. La sentencia de instancia ha condenado al FONDO a abonar a la actora la cantidad de 2.842,53 euros, siendo dicho parecer compartido por la sala de suplicación. Razona al respecto que el art. 49.1 c) del ET contempla dos módulos legales para el calculo de la indemnización por finalización de contrato: el



de 8 días de salario por año de servicio, o el establecido en su caso, en la normativa de aplicación, que, en el presente supuesto, es el Convenio de la Construcción, por lo que, salvo que la indemnización resultante supere los límites fijados en el art. 33.2 del ET , el FOGASA está obligado a abonarla".

3. La sentencia votada mayoritariamente en el Pleno de la Sala, tras hacer referencia a en el fundamento de derecho segundo a que, "La cuestión debatida había sido ya resuelta en casación unificadora por esta Sala, entre otras, en sentencia de 16 de octubre de 2013 (rcud. 102/01 y 4042/00) y de 11 de marzo de 2002 (rcud. 2492/01), ambas dictadas en el marco normativo anterior a la nueva redacción del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) -redacción dada por la Ley 5/2006, luego Ley 43/2006-. La más reciente (de 16 de octubre de 2013, recurso 203/13) -dictada ya en el nuevo marco normativo del art. 33.2 ET - se remite a la misma doctrina, citando la de 31 de octubre de 2001, que transcribe literalmente.....", en su fundamento jurídico tercero, señala que, "El cambio normativo operado en el art. 33.2 ET no permite ya sostener la afirmación de que el FOGASA solo garantiza el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a decisiones unilaterales del empresario, puesto que ahora el art. 33.2 se refiere ya, como objeto de su garantía, a "las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada..."; pero permite suscitar dudas -y esa es la cuestión que se plantea en este pleito- sobre si la cuantía de la indemnización garantizada por el FOGASA debe limitarse al máximo de doce días de salario por cada año de servicio, que se fija legalmente en el art. 49.1 c) ET en caso de extinción "por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato" -supuesto de contrato temporal al que se remite el repetido art. 33.2 ET -, o también debe comprender las indemnizaciones eventualmente superiores que se fijen en un convenio colectivo", para a continuación afirmar que la "La Sala entiende que en la referida garantía debe limitarse al importe máximo previsto legalmente en el art. 49.1 c)...", lo que razona a continuación en los apartados 1, 2, 3 y 4, de dicho fundamento de derecho, para terminar señalando, en el cuarto y último de los fundamentos, que "De acuerdo con las anteriores consideraciones la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste, y se concluye que la responsabilidad subsidiaria del FOGASA no comprende el importe indemnizatorio por fin de obra que haya podido pactarse en convenio colectivo, viniendo tal responsabilidad limitada al máximo legalmente establecido -en este caso, y dada la fecha de extinción, de 8 días por año de servicio- y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida procede, oído el Ministerio Fiscal, estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida, resolviendo el debate de suplicación en términos acordes con lo anteriormente expuesto.

**SEGUNDA.-1** . Con el debido respeto, discrepo profundamente de la posición mantenida por la mayoría de la Sala, discrepancia que se fundamenta en las siguientes consideraciones : En primer lugar, conviene especificar, que si bien es cierto -como expone el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia mayoritaria y hemos señalado-, que la cuestión controvertida fue ya resuelta en distintas sentencias de esta Sala, dictadas en el marco normativo anterior a la nueva redacción del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) -redacción dada por la Ley 5/2006, luego Ley 43/2006, y la más reciente (de 16 de octubre de 2013, recurso 203/13), fue dictada ya en el nuevo marco normativo del art. 33.2 ET , no es menos cierto, que esta última sentencia, para nada hacía referencia a la modificación normativa, transcribiendo, literalmente, la argumentación de la sentencia 31 de octubre de 2001, " *Por su parte, el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores que determina las obligaciones que asume la institución de garantía española, dispone que "el Fondo de Garantía Salarial (...) abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50 , 51 y 52 c) de esta ley "* . Solo garantiza pues, el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a decisiones unilaterales del empresario. Y es obvio que la conclusión de la obra objeto del contrato, no puede calificarse de decisión unilateral del empresario, pues constituye, ex. art. 49.c) ET , una causa de extinción inherente a la propia naturaleza del contrato".

2. En definitiva, es necesario precisar, que es en el presente caso y por vez primera, que esta Sala examina e interpreta el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada al mismo, por el artículo 12.4 del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio , para la mejora del crecimiento y de empleo, convertida posteriormente, en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, redactado, y que es el siguiente :

"2. El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50 , 51 y 52 de esta Ley , y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , **así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan**. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía



*Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta Ley, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior."*

La sentencia mayoritaria efectúa -en mi parecer y con el debido respeto- lleva a cabo una interpretación **restrictiva y regresiva**, del nuevo redactado del precepto, en cuanto éste incluye, expresamente, como indemnizaciones a abonar por el FOGASA, en los supuestos de insolvencia empresarial, **las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan**; indemnizaciones, éstas, que en el redactado anterior del precepto, al no estar, incluidas expresamente, no eran pagadas por el FOGASA.

3. La interpretación es restrictiva, porque la sentencia mayoritaria, excluye las indemnizaciones establecidas por la extinción de contratos temporales o de duración determinada en los Convenios Colectivos, reduciendo la amplia expresión de "los casos que legalmente procedan", únicamente a la " *indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio*" a que hace referencia el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, cuando es evidente, que dentro de la expresión *casos que legalmente procedan*, caben perfectamente las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada establecidas en los Convenios Colectivos, dado que, de no entenderse así, podría pensarse que sin más, se pone en cuestión la "legalidad" de las indemnizaciones establecidas en los Convenios Colectivos, lo que, por absurdo, debe rechazarse. Pero, es que además a la "indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio", el propio artículo 49.1.c) adiciona la expresión "**o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación**", normativa específica, que no vigentes las antiguas Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales, sólo puede referirse a los Convenios Colectivos, y permite expresamente una interpretación como la que se efectúa en este voto.

4. Y sostenemos también, que la interpretación que del artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores efectúa la mayoría de Sala es regresiva, porque la modificación de su redactado se produjo -como ya se ha señalado- por Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y de empleo, convertida posteriormente, en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, norma a través de la cual el Legislador pretendió mejorar aspectos que inciden en el crecimiento del empleo, la mejora de estabilidad laboral y la utilización adecuada de la contratación temporal, mejorando las condiciones de trabajo de los contratados temporales. En este sentido, y en lo que aquí interesa, la exposición de motivos de la Ley, destaca, que, "*Dentro de las modificaciones del Estatuto de los Trabajadores, se mejora la protección de los trabajadores dispensada por el Fondo de Garantía Salarial en caso de insolvencia empresarial. Para ello, se modifican los límites y topes de cálculo actualmente aplicados (cuantía del salario mínimo, consideración de las pagas extraordinarias, número de días de salario e indemnización adeudados), y se incluyen entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA algunas que no figuran en la actual redacción del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (indemnizaciones por determinadas extinciones de contratos por causas objetivas o en el marco de un procedimiento concursal, así como las debidas por finalización de contratos temporales)*". No deja de resultar paradójico, que la mayoría de la Sala interprete restrictivamente una medida del Legislador que pretende mejorar las condiciones laborales y de calidad de vida de los trabajadores temporales en la línea de equiparar dichas condiciones a las que tienen los trabajadores fijos, como se vienen produciendo a través de distintas modificaciones del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, secundada por la conocida doctrina jurisprudencial de esta Sala al respecto, ahora lamentablemente truncada por la sentencia mayoritaria de la que discrepo, respetuosa, pero firmemente.

**CUARTA.-1**. Todas las consideraciones precedentes, me llevan a afirmar que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en fecha 5 de abril de 2013 (recurso suplicación 408/2013)-, por lo que, previa desestimación del recurso, la sentencia recurrida debería ser confirmada.

Madrid a 15 de junio de 2015

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto y el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia, al que se adhieren los/las Excmos/as Sres/as Magistrados/as Don Fernando Salinas Molina, Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga y Doña Rosa Maria Viroles Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.