



Roj: **STS 2484/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2484**

Id Cendoj: **28079140012017100460**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/06/2017**

Nº de Recurso: **3987/2015**

Nº de Resolución: **483/2017**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 9363/2015,**
STS 2484/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial representado por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 13 de octubre de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de suplicación nº 3582/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 19 de Barcelona , en autos núm. 856/2014, seguidos a instancias de D. Fermín contra el Fondo de Garantía Salarial sobre reclamación de cantidad. Ha comparecido como parte recurrida D. Fermín representado y asistido por el letrado D.Jordi-Isaac Berruezo Gutiérrez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de febrero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 19 de Barcelona dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« **1º.-** D. Fermín , prestó servicios para la empresa MAIFRIDIS, S.L. con las condiciones personales y laborales que a continuación se detallan:

2º.- En fecha 5-08-2009 la empresa MAFRIDIS,S.L. presentó expediente de regulación de empleo (ERE NUM000) que fue aprobado por la Delegació Territorial de Barcelona del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, por el cual se extinguían 13 contratos de trabajo de la plantilla de la empresa, con derecho a las indemnizaciones legales.

3º.- Solicitó a FOGASA el 40% de la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo por ERE, que le fue reconocida en expediente NUM001 , por resolución de 14-06-2010 (folios 18 a 30).

4º.- Ante el impago por la empresa del 60% de la indemnización, interpuso demanda que correspondió conocer a este Juzgado, que en sentencia nº 211/2012 de fecha 9-05-2012, aclarada por Auto de 26-07-2012, estimaba la demanda condenando ala empresa al abono de 12.061,37 euros de indemnización y 983,31 euros por salarios. La parte demandante instó la ejecución de la sentencia, tramitándose la misma en el Juzgado de lo Social nº 30 de Barcelona, que por Decreto de 21-11-2012 declaró insolvente a MAFRIDIS, S.L. (folios 31 a 36).

5º.- El demandante presentó ante FOGASA expediente para el reconocimiento de la indemnización y salarios fijados en la sentencia, tramitándose el expte. NUM002 . Por resolución dictada el 18-06-2014 reconoció el importe correspondiente a salarios en importe de 626,96 euros (12,59 días x 49,79 euros) y en concepto de indemnización la cantidad de 5.388,76 euros (folios 26-27).



6º.- Interpuso el demandante reclamación previa frente a la resolución dictada en fecha 3-09-2014 que no ha sido resuelta (folios 37 a 40).

7º.- Reclama el demandante el reconocimiento de una indemnización de 7.767,24 euros (49,79 euros x 12 días x 13 años) y las diferencias respecto a la reconocida, que ascienden al importe de 2 378,48 euros.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «ESTIMO la demanda interpuesta por D. Fermín (DNI NUM003 frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN RECLAMACIÓN POR CANTIDAD, a quién reconozco su derecho a percibir la cantidad que reclama, en importe de DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON CUARENTA Y OCHO CÉNTIMOS (2.378,48 EUROS) y CONDENO al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL a su abono.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Fondo de Garantía Salarial ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 13 de octubre de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 19 de Barcelona, en fecha de 5 de febrero de 2015, que recayó en los autos 856/2014, en virtud de demanda interpuesta por D. Fermín contra dicho organismo, en reclamación de cantidad y, por lo tanto, debemos ratificar y ratificamos la mencionada resolución.».

TERCERO.- Por la representación del Fondo de Garantía Salarial se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 23 de noviembre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón en fecha 16 de octubre de 2013.

CUARTO.- Con fecha 7 de septiembre 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 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 considerar el recurso improcedente e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de junio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si de la indemnización que tiene que abonar el FOGASA en concepto de responsabilidad subsidiaria debe descontarse la cantidad efectivamente abonada en concepto del 40% con arreglo al art. 33.8 ET en su redacción anterior al RD-L 20/2012 (triple SMI), o la cantidad inferior que habría abonado el FOGASA de acuerdo con lo establecido en la nueva redacción dada al precepto por dicha norma que estaba vigente en la fecha de la insolvencia de la empresa.

2. La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador que vió extinguido su contrato en agosto de 2009, a raíz de expediente de regulación de empleo (ERE) que aprobó la autoridad laboral. Por resolución del FOGASA de 14 de junio de 2010 se le reconoció y abonó el 40% de la indemnización debida por fin de contrato, calculada, conforme a la redacción entonces vigente del art. 33 del ET, con arreglo a un salario equivalente al triple del salario mínimo interprofesional (SMI). Como la empresa no le abonó el 60 por 100 de la indemnización a su cargo, el trabajador presentó demanda judicial contra ella obteniendo el 9 de mayo de 2012 sentencia, aclarada por Auto de 26-7-12, favorable reconociéndole el derecho a una indemnización de 12.061'73 euros que, al no serle pagada, dió lugar a que en ejecución de la misma, se dictara resolución declarando la insolvencia empresarial. Reclamó entonces al FOGASA el pago y esta entidad le reconoció una indemnización de 5.388'76 euros, descontado lo que ya le había pagado por ese concepto antes, resolución contra la que se alzó el actor reclamando, judicialmente, 2.378'48 euros, cantidad equivalente a la diferencia entre lo que el FOGASA le debía haber pagado de no haberse producido la reforma operada por el RDL 20/2012 y lo que le había pagado. La sentencia recurrida confirma la que en la instancia estimó la demanda, al entender que no cabe descontar íntegramente la cantidad que se abonó antes por el concepto del 40 por 100 de la indemnización, calculada con el tope de un salario equivalente a tres veces el SMI, por cuanto la misma se reconoció con arreglo a la anterior normativa, vigente al tiempo de extinguirse el contrato, y no cabe la aplicación retroactiva de la nueva norma que entró en vigor después de aquél pago, máxime cuando se trata de dos responsabilidades diferenciadas, directa una y subsidiaria la otra.

3. Como sentencia de contraste, a efectos de viabilizar este recurso extraordinario, cual requiere el artículo 219 de la LJS se trae la dictada por el TSJ de Aragón el 16 de octubre de 2013 (RS 418/2013). En ella se desestima la demanda interpuesta dos trabajadores en reclamación de cantidad contra el FOGASA, en



concepto de deferencias de indemnización no percibidas. Los datos básicos esenciales a tener en cuenta son los siguientes: **a)** ; Los demandantes, despedidos por causas objetivas con fecha de efectos del 31/12/2011, percibieron del FOGASA el 40% de la indemnización correspondiente por tener la empresa menos de 25 trabajadores, de acuerdo con el art. 33.8 ET a la sazón vigente, en su versión dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que calculaba la indemnización con el límite del triple del salario mínimo interprofesional. La empresa no abonó el 60% restante, por lo que los trabajadores reclamaron su pago judicialmente; **b)** La empresa reconoció la deuda por el indicado concepto en conciliación judicial (12/03/2012), acordándose que el abono se realizaría el 20/03/2012.; y, **c)** En ejecución la empresa fue declarada en insolvencia total el 25/07/2012, y el FOGASA satisfizo las indemnizaciones del art. 33.2 ET deduciendo la cantidad abonada anteriormente en concepto de responsabilidad directa del 33.8 del ET.

La sentencia de contraste entendió, dado que, a la fecha de la insolvencia empresarial el art. 33.2 ET había sido reformado por el RD-L 20/2012, de 13 de julio, que estableció la responsabilidad con el límite del doble del SMI, que debía descontarse la cantidad realmente abonada por el Fondo y no la calculada hipotéticamente con el doble del SMI. Razona la Sala que cuando el FOGASA abonó el 40% de la indemnización con arreglo a la ley anterior, los trabajadores no tenían ningún derecho adquirido respecto al eventual importe que pudieran percibir si se declaraba la insolvencia empresarial, ya que de acuerdo con la jurisprudencia del TS., especialmente Sentencia de esta Sala de 26-12-2007 (rcud. 507/2006), la fecha de declaración de dicha insolvencia es la que determina el nacimiento de la responsabilidad subsidiaria del art. 33.2 ET , y en su consecuencia, la indemnización debe alcanzar un máximo del doble SMI, porque ese es el límite establecido por la ley aplicable en la fecha de la declaración de insolvencia empresarial.

4. Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el art. 219 de la LJS, cual ha informado el Ministerio Fiscal. En efecto, en ambos casos se trata de despidos objetivos acordados antes de la reforma operada por el RDL 20/2012 , en ambos supuestos el FOGASA pagó el 40 por 100 de la indemnización por despido calculándola con arreglo al triple del SMI y, posteriormente, tras la vigencia del citado RDL 20/2012, se declaró la insolvencia de las dos empresas que no habían pagado la indemnización a su cargo, lo que dió lugar a que se reclamara del FOGASA el resto de la indemnización. Pese a esa igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones han recaído sentencias contrapuestas. la recurrida ha estimado que no procedía el descuento íntegro del 40 por 100 de la indemnización ya pagada usando para su cálculo el triple del SMI, la de contraste ha entendido que la indemnización máxima a pagar por el FOGASA debía hacerse calculándola con el doble del SMI y descontando del resultado total lo ya pagado en concepto de responsabilidad directa. La contradicción existe y procede entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar las doctrinas contrapuestas señaladas.

SEGUNDO.- La cuestión planteada, consistente en determinar el límite de la obligación del FOGASA en orden al pago de las indemnizaciones por despido o extinciones de contratos que le impone el artículo 33-2 del ET , ya han sido resueltas por esta Sala en diferentes sentencias con base en el principio de que nos encontramos ante una prestación de garantía, lo que comporta que el derecho a ella no nazca cuando se extingue el contrato, sino cuando se declara la insolvencia del deudor, conclusión de la que deriva que la norma aplicables sea la vigente al tiempo de declararse la insolvencia (SSTS de 31 de enero de 2007 (R. 3797/2005 , 12 de febrero de 2007 (R. 3951/2005) , 27 de junio de 2007 (R. 2624/2006) y 26 de diciembre de 2007 (R. 507/2006) . En la última de las mencionadas con cita de las anteriores se dice: «Pero aquí no se trata del régimen jurídico de una extinción del contrato de trabajo, sino del régimen aplicable a una prestación de garantía y ésta se rige por el principio general de Derecho intertemporal, que es el que deriva del artículo 2 del Código Civil en relación con la disposición transitoria 1ª de dicho Código y de la propia disposición final 1ª.2 de la Ley 45/2002 ; principio en virtud del cual las leyes no tienen efectos retroactivos y así se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos según ella de hechos realizados bajo su régimen y por la nueva ley los que surgen tras su entrada en vigor.

Por otra parte, tratándose de una prestación pública de garantía habría que tener en cuenta también la norma común en materia de régimen transitorio de la Seguridad Social que, en virtud de la disposición transitoria 1ª de la Ley General de la Seguridad Social , atiende para delimitar la norma aplicable a la fecha en que se entiende causada la prestación y es evidente que la prestación de garantía nace a partir de una sucesión de hechos -- por una parte, los que delimitan la existencia de la deuda garantizada, pero, por otra, el hecho que establece el juego de la garantía -- que termina con la declaración de insolvencia y a esta última hay que atenerse para seleccionar la norma que rige la prestación desde la única perspectiva que puede abordarse en este recurso que, dado el ámbito de la contradicción y de la infracción denunciadas, no es la de la procedencia de la deuda, sino la de la regulación de la garantía del Fondo.».

La aplicación de la anterior doctrina nos lleva a estimar el recurso, al ser de aplicación el artículo 33 del ET en la redacción dada por el RDL 20/2012, cuyo número 2 limita el importe de la indemnización pagada por el



FOGASA a la que resulte de hacer los cálculos allí previstos con un salario que no pueda exceder del doble del SMI, incluidas pagas extras, con el límite máximo de una anualidad. Estos dos límites son de aplicar en todo caso, lo que supone por ministerio legal que en ningún caso pueden sobrepasarse, cual corrobora la regla Tercera nº 3 del artículo estudiado para el supuesto análogo de empresas deudoras en situación de concurso de acreedores. Así lo ha venido entendiendo esta Sala en supuestos como el de autos acaecidos durante la vigencia de normas que se han seguido en esta materia. Así, en sus sentencias de 18 de noviembre de 2005 (R. 3472/2004), en la de 12 de noviembre de 2014 (R. 188/2014), como "obiter dictum", y en la más reciente de 23 de noviembre de 2016 (R. 3842/2014) ha declarado:

« Esta Sala, si bien no ha abordado ni decidido de forma directa el problema aquí debatido, si lo ha hecho indirectamente en sus sentencias de 23-7-93 (R. 2859/92) y 15-3-99 (R. 403/98), ambas referidas a empresas de menos de 25 trabajadores en relación a la aplicación de los topes máximos previstos en el artículo 33-2 del E.T. al 40% de la indemnización, pagada directamente por Fogasa, cuando los contratos de los trabajadores se han extinguido directamente por la vía del artículo 52 c) del E.T., señalando en contra de lo que entendía el allí reclamante, que no se trataba de dos indemnizaciones separadas e independientes, una de ocho días por año de servicio con cargo al Fondo y otra de 12 días por la empresa, cada una con el límite de una anualidad, sino de una indemnización única de 20 días por año de servicio con el límite máximo de doce mensualidades, de las que excepcionalmente se libra al empresario del pago de un 40% que pasa a correr a cargo de Fogasa, con la particularidad de que en el cálculo de dicha pensión única han de respetarse los límites del apartado 2 del artículo 33 del E.T. »

... De acuerdo con dicha doctrina, si no existen dos indemnizaciones separadas, sino una única, que se hace efectiva, una de forma directa y otra subsidiariamente, sin que en ningún caso puedan la suma de ambas superar los topes máximos previstos en el artículo 33-2 del ET, la conclusión a la que llega la sentencia recurrida es errónea; el artículo 33-2 del E.T., representa el límite de la responsabilidad total del Fondo, es decir la directa y subsidiaria; por ello debe casarse y anularse la sentencia recurrida, y al resolver el debate de suplicación debe estimarse el recurso de Fogasa, revocando la sentencia de instancia, estimando la demanda en el sentido de condenar a Fogasa al pago del 60% de la indemnización legal determinada de acuerdo con la forma y topes previstos en el artículo 33-2 del E.T., descontando del referido tope máximo lo ya percibido del 40% directamente".»

TERCERO.- Los anteriores razonamientos, oído el Ministerio Fiscal, nos obligan a estimar el recurso, a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de esa clase que interpuso el FOGASA y de revocar la sentencia de instancia y de desestimar la demanda. 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 el Fondo de Garantía Salarial representado por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 13 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de suplicación nº 3582/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 19 de Barcelona, en autos núm. 856/2014. 2. Casar y anular la sentencia recurrida. 3. Revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda origen de estas actuaciones. 4. 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. 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.