



Roj: **STS 3962/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3962**

Id Cendoj: **28079140012019100749**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2019**

Nº de Recurso: **2062/2017**

Nº de Resolución: **788/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3962/2019,**  
**STSJ CV 9148/2017**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2062/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

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

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

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

##### **Sentencia núm. 788/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

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

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 19 de noviembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Social (FOGASA), representado por el abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 21 de febrero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 794/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante, de fecha 20 de octubre de 2015, recaída en autos núm. 774/2014, seguidos a instancia de D. Luis Angel frente al FOGASA, sobre reclamación de cantidad.

Ha sido parte recurrida D. Luis Angel, representado y defendido por el letrado D. Bruno Medina García.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de octubre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 5 de Alicante dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **1º.-** En fecha 28-9-2012 se dicta sentencia por el juzgado de lo social nº 7 en autos de despido nº 235/2012 instados por Luis Angel, mayor de edad, con NIF nº NUM000 y otros, frente a Adicional -logistic España



SL y administración concursal Forest Partners Estrada y Asociados SLP con FOGASA y cuyo hecho probado primero indicaba que el actor había prestado servicios para las demandadas "con la categoría profesional de mensajero, antigüedad de 26/07/00. y con un salario a efectos de despido de 2.287,57 euros mensuales de promedio salarial en los últimos doce meses. de septiembre-10 a agosto-11 al percibir retribuciones variables" acordando la improcedencia del despido con fecha 31-1-2012 y la extinción de la relación laboral por cierre empresarial a fecha de sentencia o 28-9-2012, existiendo dejándose constancia del concurso voluntario ante el juzgado de lo mercantil nº 5 de Madrid declarado en auto de 27-6-2012.

2º.- Incoado expediente de prestaciones de garantía salarial a instancias del actor, se dicta resolución del FOGASA de fecha 7-7-2014 y notificado el 23-7-2014 por la que se reconoce la cantidad de 52.020,75 euros por créditos laborales por salarios y/o indemnización devengados tras la declaración de concurso de los cuales pertenecen al actor 18.173,35 euros, ya abonados, utilizando como módulo el duplo del SMI o 49,79 euros/día".

En dicha sentencia aparece el siguiente fallo: "Que DESESTIMANDO la demanda instada por Luis Angel frente a FOGASA, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la citada entidad de las pretensiones deducidas en la demanda".

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el actor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 21 de febrero de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don Luis Angel contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Alicante de 20 de mayo de 2015 en proceso sobre reclamación de cantidad contra el FOGASA, y en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida y condenamos al mencionado organismo a que abone al actor la cantidad de 8.711, 45 euros. Notifíquese la presente resolución".

**TERCERO.-** Por la representación del Fondo de Garantía Salarial 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 Extremadura, en fecha 7 de julio de 2015 (RSU. 270/2015). El recurso se interpone al amparo de lo establecido en los artículos 224.1 y 2, en relación con el art. 2017 e) de la LRJS, y se funda en un único motivo, por la infracción de los artículos 33.3 del ET y 64 de la Ley Concursal, en relación con el RD-Ley 20/2012 y con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y con la jurisprudencia.

**CUARTO.-** Habiendo transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación del recurso sin haberlo verificado, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso formalizado debe ser estimado.

**QUINTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de noviembre de 2019, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión objeto del recurso es la de interpretar la regulación aplicable al alcance de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). En concreto, si, en caso de concurso de acreedores de la empresa esa responsabilidad nace cuando se declara el concurso, o en el momento en el que se produce la extinción de la relación laboral de la que dimana la reclamación del trabajador, de lo que depende la aplicación de los nuevos topes legales de tal responsabilidad impuestos por el RDL 20/2012, de 13 de julio, que entró en vigor el 15 de julio de 2012.

En el caso de autos la declaración de concurso es de 27-6-2012. En fecha 13-2-2012 la empresa había despedido al trabajador demandante y el 28-9-2012 se dicta la sentencia del juzgado de lo social, que declara la improcedencia del despido y da por extinguida la relación laboral en esa misma fecha por resultar imposible la readmisión.

**2.-** La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Valencia de 21 de febrero de 2016, rec. 794/2016, acoge íntegramente la pretensión del actor dirigida contra el FOGASA y considera que ha de estarse a la normativa legal vigente en la fecha de declaración del concurso que es el momento que se constata su insolvencia y se inicia el proceso de saneamiento financiero. Entiende que ese es el punto de conexión temporal que fija la regulación aplicable tanto al concurso cuanto a las garantías salariales de los artículos 32 y 33 ET, siendo inocuas en orden a las responsabilidades subsidiarias del Fondo las posteriores modificaciones.

El FOGASA se alza en casación para unificación de doctrina y aporta, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura el 7 julio 2015, rec. 347/2015.

**3.-** En orden al requisito de contradicción que exige el art. 219.1 LRJS, entendemos que concurre la necesaria similitud de los supuestos en cuanto de las pretensiones que deducidas en los respectivos procedimientos.



Es seguro que existe contradicción doctrinal entre las sentencias a la hora de determinar cuál sea el punto de conexión que sirve para anclar la regulación aplicable, en particular acerca del tope máximo de las prestaciones que deba satisfacer el Fondo: la recurrida atiende a la legislación vigente a la fecha de declaración del concurso, la referencial a la redacción dada por el RD Ley 20/2012 dado que el auto extintivo es posterior.

Por otra parte, señalaremos que el plano extintivo como punto de conexión, acaece en la de contraste mediante auto del juzgado de lo mercantil, mientras que en la recurrida tiene lugar con la propia sentencia del Juzgado de lo Social que declara la improcedencia del despido y la extinción de la relación laboral por resulta imposible la readmisión al haber cesado la empresa en su actividad.

En consecuencia, estamos en presencia de pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, tal como requiere el art. 219 LJS como presupuesto de admisibilidad del recurso para la unidad de la doctrina.

**SEGUNDO. 1.-** El recurso se fundamenta en la infracción de los arts. 33.3 ET y 64 de la Ley Concursal, en relación con el RD-Ley 20/2012 y con la Ley 38/2011 de 10 de octubre, y de la jurisprudencia. Cita al efecto la doctrina de la STS de 24 abril 2001 (rec. 2102/2000).

**2.-** Como decimos en STS 20/3/2018, rcud. 2824/2016, "La cuestión controvertida ha sido ya analizada por esta Sala IV del Tribunal Supremo. Para alcanzar una respuesta hemos recordado nuestra doctrina según la cual el derecho a la prestación de garantía de la que es acreedor el FOGASA no nace únicamente de la extinción del contrato de trabajo sino de la situación de la ulterior insolvencia del empresario deudor pues se trata de una sucesión de hechos ( STS/4ª de 31 enero 2007 -rcud. 3797/2005-, 12 febrero 2007 -rcud. 3951/2005-, 27 junio 2007 -rcud. 2624/2006- y 26 diciembre 2007 -rcud. 507/2006-).

Ahora bien, en relación con los supuestos en que la empresa se halla en situación de concurso con anterioridad a la extinción de las relaciones laborales -y precisamente en relación a la entrada en vigor de las disposiciones legales invocadas que supusieron una rebaja del tope de las prestaciones del art. 33 ET- hemos puesto de relieve que la fecha de declaración del concurso no puede ser la determinante para fijar el momento del nacimiento de la obligación del FOGASA porque, en tales casos, la extinción del contrato de trabajo sobreviene después de dicha declaración. De ahí que en el momento de la constatación de la insolvencia no hubiera nacido todavía el derecho a la indemnización frente a la empresa y, por consiguiente, tampoco frente al FOGASA".

**3.-** Doctrina que hemos aplicado en las STS/4ª de 6 (2) y 7 junio 2017 ( rcud. 3987/2015, 1849/2016 y 1538/2016, respectivamente) así como en las más recientes de 17-mayo-2018 (rcud. 2822/2016); 22-enero-2019 (rcud. 921/2017) y 12- abril 2019 (rcud. 2894/2017); en otras muchas, a las que hemos de atenernos también en este caso.

En el supuesto ahora enjuiciado, cuando se declara el concurso está en vigor la redacción del artículo 33 ET (y preceptos concordantes) que establece un tope a sus prestaciones equivalente al triple del salario mínimo interprofesional (SMI), mientras que a la fecha de la declaración extintiva ya ha tenido lugar la modificación normativa por mor del RD Ley 20/2012.

Con arreglo a la doctrina expuesta, "lo decisivo para determinar el momento en que ha de fijarse la regulación aplicable, salvo previsión legal expresa, radica en identificar el instante en que nace la obligación que acaba asumiendo el Fondo, en cuanto responsable legal subsidiario.

De este modo, si la declaración del concurso (o la solicitud, como llegaba a plantear el recurso de suplicación entablado por el trabajador en nuestro caso) fuera le causa de que existieran prestaciones a cargo del ente público, a ello habría de estarse.

Sin embargo, es claro que la declaración de concurso resulta algo bien distinto a la extinción de los contratos de trabajo. Basta recordar que la norma "procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa" (Exposición de Motivos, VII), de modo que "La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor" (art. 44.1).

Por lo tanto, nada impide que los contratos de trabajo de la empresa declarada en concurso prosigan su desarrollo, lo que obviamente implica que ni se extinguen ni nace derecho indemnizatorio alguno a favor de los trabajadores. Para que entre en juego la responsabilidad del Fondo, no basta con que exista declaración de concurso, sino que debe mediar asimismo la extinción de los contratos."

Seguimos señalando que si no existe la falta de pago de salarios o de indemnización, el Fondo tampoco tiene obligación alguna ni el trabajador ningún derecho contra él, por mucho que la empresa esté en concurso.



"La fecha de declaración de concurso no puede determinar la aplicación de la norma vigente en materia de prestaciones del FOGASA ya que, en su caso, el derecho al cobro de indemnización por despido solo surge, en el momento en que se declara la extinción de su relación laboral con la empresa. A partir de ahí, no antes, es cuando debe responder el Fondo en la forma y con los límites establecidos en el art. 33 ET, de las obligaciones no satisfechas por aquella."

Por tanto, como conclusión, el régimen jurídico de la responsabilidad legal del FOGASA es el establecido en dicha norma, sin que sea posible imponerle una obligación de pago más allá de los supuestos tasados, dado su posición jurídica de fiador legal y, sobre todo, a la vista del momento en que nace la obligación que viene a asumir.

4.- En definitiva, hasta que se dicta la resolución judicial de extinción de los contratos de trabajo no puede exigirse la responsabilidad del FOGASA, y, por ello, será la norma vigente en ese momento la que determine el alcance de dicha responsabilidad. lo que en el presente asunto tiene lugar con la propia sentencia que declara el despido improcedente de 28-9.2012.

Ello nos conduce a declarar que es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina ajustada a derecho, respetuosa, además, con la jurisprudencia que hemos resumido.

**TERCERO.** Consecuentemente, tal y como también propone el Ministerio Fiscal, el recurso debe ser acogido favorablemente y, por ello, casamos y anulamos la sentencia recurrida, lo cual nos obliga a resolver el debate suscitado en suplicación. Desestimamos, el recurso de dicha clase interpuesto por el trabajador y confirmamos en sus términos la sentencia del Juzgado de instancia. De conformidad con lo establecido en el art. 235.1 LRJS, no procede imposición de costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por FOGASA contra la sentencia dictada el 21 de febrero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recurso de suplicación nº 794/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Alicante, en autos núm. 774/2014, seguidos a instancias de D. Luis Angel contra la entidad recurrente.

2º) Casar y anular la citada sentencia y, resolver el debate suscitado en suplicación en el sentido de desestimar el recurso de dicha clase y confirmar en sus términos la sentencia de instancia. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.