



Roj: **STS 6319/2008 - ECLI:ES:TS:2008:6319**

Id Cendoj: **28079140012008100739**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2008**

Nº de Recurso: **3465/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 7875/2007,**  
**STS 6319/2008**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, representado y defendido por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de junio de 2.007, en el recurso de suplicación nº 1292/07, interpuesto frente a la sentencia dictada el 27 de junio de 2.007 por el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid, en los autos nº 500/06, seguidos a instancia de D. Jesús contra dicho recurrente, sobre cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D. Jesús representado y defendido por el Letrado Sr. Saez Carbo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. AURELIO DESDENTADO BONETE

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El 27 de junio de 2.007 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid, en los autos nº 500/06 , seguidos a instancia de D. Jesús contra dicho recurrente, sobre cantidad. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es del tenor literal siguiente: "Que en virtud de cuanto antecede, procede la desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y confirmar la sentencia de instancia en todos sus términos. Y ello, sin hacer especial pronunciamiento de costas, ni en materia de depósitos y consignaciones, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 233 y 227.4 del RDL 2/1995, de 7 de abril , al gozar el citado organismo recurrente del beneficio de justicia gratuita".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 11 de octubre de 2.006, dictada por el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- El demandante D. Jesús prestó servicios por cuenta de la empresa Ofitecsi SL hasta el 1-3-02 en que fue despedido. ---2º.- Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC se celebró el oportuno acto el 25-3-02 en cuyo seno se llegó a un acuerdo con la empresa OFITECSI, SL por el que ofrecía al trabajador la suma de 14.665,30 euros netos en concepto de indemnización, saldo y finiquito pagaderos en 19 pagos, el primero de ellos por importe de 3.847,08 euros abonados en ese acto mediante cheque nominativo y el resto -10.818,22 euros- en 18 plazos a razón de 601,01 euros cada uno de ellos entre los días 1 a 5 de cada mes comenzando en mayo de 2002. Se pactó igualmente, que el incumplimiento de cualquiera de los plazos daría opción a la ejecución del total de la deuda pendiente. ---3º.- La empresa únicamente procedió al pago del primero de los plazos, correspondiente al mes de mayo de 2002. La



empresa, pese a los requerimientos efectuados dejó de abonar los plazos de los meses siguientes, quedando por abonar importe de 10.217,21 euros por lo que se presentó escrito instando la ejecución de dicha resolución en fecha 9 de julio de 2002. El procedimiento se siguió bajo número de autos ejecución 137/2002, ante el Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, instándose la ejecución por importe de 10.217,21 euros de principal, más otros 1.736,72 euros previstos para intereses y costas. ---4º.- Por Auto de fecha 22 de julio de 2002 se despachó por el Juzgado de lo Social núm. 20 ejecución por importe de 10.217,21 euros de principal más 1.021,72 euros de intereses y costas que se fijaban provisionalmente, procediéndose además al embargo de los bienes y derechos de la demandada que se detallaban y demás que se pudieran encontrar. ---5º.- Por auto de fecha 2 de septiembre de 2005 se declaró la insolvencia total de la demandada Ofitecsi, SL por importe de 10.217,21 euros. Mediante solicitud presentada en fecha 20 de diciembre de 2005 se solicitó iniciación del expediente administrativo ante el Fondo de Garantía Salarial, a fin de que por el Fondo se procediera al abono correspondiente teniendo en cuenta la indemnización fijada. ---6º.- Por resolución de fecha 23 de marzo de 2006, el Fondo de Garantía Salarial procedió a denegar dicha solicitud de pago de indemnización basando su decisión en que el importe fue pactado en conciliación administrativa y no ante un órgano jurisdiccional".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por D. Jesús frente a FONDO DE GARANTIA SALARIAL debo condenar y condeno al Organismo demandado a abonar el importe de la suma fijada en el Auto de insolvencia dictado por el Juzgado de lo Social núm. 20 de fecha 2 de septiembre de 2005, ascendente a 10.217,71 euros y correspondiente al acta de conciliación ante el SMAC de 25-03-02, con los límites legales fijados como responsabilidad del FOGASA".

TERCERO.- El Abogado del Estado, en representación del FONDO DE GARANTIA SALARIAL, mediante escrito de 1 de octubre de 2.007, 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 Supremo de 23 de abril de 2.004. SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 8 de enero de 2.008 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 7 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se debate en el presente recurso consiste en determinar si el Fondo de Garantía Salarial ha de hacerse cargo de una indemnización por despido, saldo y finiquito que la empresa reconoció al actor en conciliación ante el SMAC. Consta que la cantidad global que la empresa se comprometió a pagar fue de 14.665 €, de la que se abonaron 3.847,08 € en el propio acto de conciliación y un primer pago de 601,01€. En relación con esta deuda se despachó ejecución por importe de 10.217,21€ en el auto de 22 de julio de 2002, declarándose la insolvencia de la empresa por auto de 2 de septiembre de 2005. El Fondo de Garantía Salarial denegó la solicitud por haberse pactado el abono de la cantidad en conciliación administrativa. Presentada demanda por el trabajador, la misma fue estimada por la sentencia de instancia, que ha condenado al Fondo a pagar la cantidad ya mencionada; pronunciamiento que ha sido confirmado por la sentencia recurrida, que, partiendo de la doctrina establecida por las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de febrero de 2002 (sic) y 16 de diciembre de 2004, argumenta que no es admisible la diferencia de trato a efectos de la garantía frente a la insolvencia empresarial entre los créditos reconocidos por sentencia y resolución administrativa, de una parte, y los créditos reconocidos en conciliación, de otra.

El recurso aporta como sentencia contradictoria la de esta Sala de 23 de abril de 2004, que en una solicitud de la prestación de garantía para el abono de una indemnización por despido pactada en conciliación administrativa en 1993 y que no se abonó por la empresa, que fue declarada insolvente en 1998, estimó el recurso del Fondo de Garantía Salarial y declaró que dicha prestación no era exigible, al estar reconocida por conciliación administrativa. La sentencia de contraste descarta la aplicación de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 2002, señalando que la misma se refiere a los créditos reconocidos por conciliación judicial, pero no a los que lo han sido por conciliación administrativa, que han de entenderse excluidos por el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, conforme tiene declarado una reiterada doctrina de esta Sala. Niega la contradicción la parte recurrida, señalando, como diferencias, que en el caso de la sentencia de contraste era aplicable la Directiva 80/987, mientras que ahora lo es la Directiva 2002/74 y que la sentencia de contraste no ha podido tener en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contenida en las sentencias de 13 de diciembre de 2005 y 7 de septiembre de 2006.



La contradicción ha de apreciarse, sin que puedan aceptarse estas objeciones. La evolución de la doctrina jurisprudencial no afecta a ninguno de los elementos de identidad del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, aparte de que no se indica en qué podrían ser relevantes las nuevas decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se citan. Tampoco lo son los cambios introducidos en la Directiva 80/987 por la Directiva 2002/74, porque España contaba con un plazo hasta el 8 de octubre de 2005 para transponer la Directiva, según su artículo 2, con lo que hasta esa fecha no han tenido efectividad las modificaciones acordadas en la misma, como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de enero de 2008, caso Velasco Navarro en relación con la sentencia del mismo Tribunal de 29 de noviembre de 2007, que condenó a España por falta de transposición en plazo. Dice la sentencia del caso Velasco Navarro que si, a 8 de octubre de 2005, no se ha adaptado el Derecho interno a la Directiva 2002/74/CEE "el eventual efecto directo del artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, ...en su versión modificada por la Directiva 2002/74, no puede en ningún caso invocarse en relación con un estado de insolvencia producido antes de dicha fecha". La normativa aplicable al presente caso se determina, como ha señalado la doctrina de esta Sala, en atención a la fecha de declaración de la insolvencia que es anterior -2 de septiembre de 2005- a la fecha del efecto directo -8 de octubre de 2005- (sentencia de 12 de febrero y 24 de julio de 2007). Por lo demás, el dato sería irrelevante si el ámbito de la garantía se abordase no desde el objeto de la misma -la inclusión de las indemnizaciones entre los créditos garantizados-, sino en atención a la forma del reconocimiento del crédito.

SEGUNDO.- Debe examinarse, por tanto, la infracción que se denuncia por el Abogado del Estado en relación con el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores. Pero antes hay que hacer una referencia al objeto de la presente controversia. La sentencia de instancia ha condenado al Fondo a abonar una prestación de garantía de 10.217,71?, correspondiente al acta de conciliación, pero en ese acta de conciliación se recogía de forma global una cantidad que, según se dice, responde a la indemnización por despido y saldo y finiquito, con lo que en la misma podría haber conceptos con regímenes de garantía distintos. Por otra parte, el actor en su demanda -hecho primero- afirma que la cantidad total acordada en conciliación "se correspondía a la indemnización legal de 45 días por año de servicio y salarios de tramitación por 25 días". Hay que aclarar que el precepto al que se refiere la denuncia es el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores antes de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, que establece que el Fondo "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", mientras que la redacción anterior aquí aplicable suprime la referencia a la conciliación judicial.

Tal como está planteado el recurso el problema se refiere únicamente a la indemnización por despido, con lo que, en principio, no afectaría a los conceptos que están comprendidos en el crédito global que no tienen esa consideración, en concreto, a los salarios de tramitación mencionados en la demanda. Los salarios de tramitación son realmente indemnizaciones, pero según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se consideran a estos efectos como retribución (sentencia de 12 de diciembre de 2002, caso Rodríguez Caballero). El problema se ha situado en el ámbito del principio de igualdad y ciertamente tanto la sentencia Rodríguez Caballero, como las sentencias de los casos Olaso Valero (16 de diciembre de 2004), Guerrero (13 de diciembre de 2005), Cordero Alonso (7 de septiembre de 2006) y Velasco Navarro (17 de enero de 2008) consideran que sería contrario al principio de igualdad, tal como se define en el Derecho Comunitario, excluir de la garantía una indemnización acordada en conciliación judicial cuando se incluyen las acordadas por sentencia y resolución administrativa. Podría cuestionarse la aplicación de esta doctrina a las indemnizaciones del Derecho español antes de la efectividad de la garantía introducida en la redacción del artículo 3 por la Directiva 74/2002 en los términos ya examinados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso Velasco Navarro. Pero, aparte de que el problema no es relevante aquí en orden a la decisión, ello llevaría a abordar el mismo problema desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución, tema sobre el que ya se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional 306/1993, en la que se afirmó que "no hay tratamiento diferenciado de situaciones idénticas que permita trabar cabalmente un juicio constitucional de igualdad, toda vez que la situación de partida (trabajadores que acuerdan la conciliación) es objeto de igual tratamiento en la interpretación del órgano judicial. Y sólo ha contemplado de manera distinta la conciliación respecto de la sentencia judicial o resolución administrativa, pero es evidente que se trata de situaciones de partida distintas cuyo tratamiento diferente -sobre todo desde el punto de vista de la prevención de posibles fraudes en nada vulnera el artículo 14 de la Constitución Española".

TERCERO.- El problema es aquí más sencillo, porque no estamos ante una conciliación judicial, sino ante una conciliación administrativa, y el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha aclarado en su sentencia de 21 de febrero de 2008 (caso Robledillo) que la exigencia de igualdad no rige para la conciliación administrativa. La sentencia citada establece que un Estado miembro está facultado para excluir las indemnizaciones concedidas por despido improcedente de la garantía de pago asegurada por la



institución de garantía cuando han sido reconocidas en un acto de conciliación extrajudicial y que tal exclusión, objetivamente justificada, constituye una medida necesaria con el fin de evitar abusos en el sentido del artículo 10, letra a), de la misma Directiva . El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha justificado esta decisión por las diferencias que, en orden a la efectividad del control de la realidad del crédito, se derivan de las dos formas de conciliación y, en concreto, porque en la conciliación administrativa no hay intervención judicial, el conciliador carece de funciones específicas de control y no interviene el Fondo de Garantía Salarial. Pueden, por tanto, excluirse del ámbito de la garantía los créditos reconocidos en la conciliación administrativa y esto es lo que ha hecho el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores , tanto en su versión actual como en la anterior, que no son, contrarias al artículo 14 de la Constitución Española, ni al Derecho Comunitario.

Procede, por ello, la estimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, para casar la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, hay que casar la sentencia recurrida con estimación del recurso para revocar la sentencia de instancia. Ahora bien, como en la cantidad reclamada se incluyen salarios de tramitación que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002 (caso Rodríguez Caballero), se asimilan a estos efectos a retribuciones, la revocación de la sentencia de instancia tiene que ser parcial, de forma que debe mantenerse la condena del Fondo en lo que se refiere a las cantidades que correspondan a los salarios de tramitación con el límite legal aplicable en el importe que se determine en ejecución de sentencia. De acuerdo con el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral , no procede la imposición de costas.

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 FONDO DE GARANTIA SALARIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de junio de 2.007, en el recurso de suplicación nº 1292/07, interpuesto frente a la sentencia dictada el 27 de junio de 2.007 por el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid , en los autos nº 500/06, seguidos a instancia de D. Jesús contra dicho recurrente, sobre cantidad. Casamos la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos dicho recurso para revocar en parte la sentencia de instancia y, con estimación parcial de la demanda, condenamos al Fondo de Garantía Salarial a que abone al actor las cantidades que del total reclamado correspondan a los salarios de tramitación con el límite legal aplicable en el importe que se determine en ejecución de sentencia. Absolvemos a la entidad demandada de las pretensiones que excedan de esa cantidad y en concreto, de las que se refieran a las cantidades correspondientes a la indemnización por despido. Sin imposición de costas en este recurso y en el de suplicación.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,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.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.