



Roj: **STS 364/2019 - ECLI:ES:TS:2019:364**

Id Cendoj: **28079140012019100016**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/01/2019**

Nº de Recurso: **1649/2017**

Nº de Resolución: **2/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ LR 98/2017,**
STS 364/2019,
SJSO 217/2016

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1649/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 2/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Fernando Salinas Molina

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 8 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial representado y asistido por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 16 de marzo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja en recurso de suplicación nº 76/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Logroño, en autos nº 252/2016, seguidos a instancias de D. Vidal contra el FOGASA sobre reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de noviembre de 2016, el Juzgado de lo Social nº 1 de Logroño, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Desestimando la demanda presentada por D. Vidal frente al FOGASA; debo absolver al organismo demandado de todas las pretensiones ejercitadas en su contra."



SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO. D. Vidal ha venido prestando servicios para la empresa INALCO ALUMINIOS, S.L. con antigüedad desde el día 6 de junio de 2.003, categoría profesional Grupo V A, y un salario diario bruto de 53'16 euros, con inclusión de pagas extraordinarias.

SEGUNDO. Con fecha de 17 de marzo de 2.015 la empresa INALCO ALUMINIOS, S.L. notificó al trabajador la decisión de la empresa de proceder a la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo por causas económicas y productivas con fecha de efectos de 1 de abril de 2.015.

Ante dicha comunicación, el trabajador con fecha de 30 de marzo de 2.015 presentó a la empresa escrito por el que comunicaba su decisión de rescindir su contrato conforme al artículo 41.3 del ET, por el perjuicio profesional y económico que le ocasionaba la modificación impuesta.

TERCERO. Con fecha de 1 de abril de 2.015 la empresa INALCO ALUMINIOS, S.L. cursó la baja del trabajador con efectos de la misma fecha.

CUARTA. Interpuesta por el trabajador la correspondiente demanda en reclamación a la empresa de la correspondiente indemnización por extinción del contrato, dio lugar a los autos nº 315/2015 seguidos ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Logroño en los que con fecha de 17 de diciembre de 2.015 se dictó Sentencia firme en virtud de la cual se estima la demanda presentada por el trabajador frente a la empresa INALCO ALUMINIOS, S.L. y se condena a ésta a abonar al trabajador la cantidad de 12.581'20 euros en concepto de indemnización por la extinción de su contrato.

QUINTO. Habiendo sido declarada la empresa INALCO ALUMINIOS, S.L. en situación de concurso, consta certificado emitido por la Administración Concursal de la empresa en el que se reconoce que la empresa adeuda al trabajador la cantidad de 12.581'20 euros en concepto de indemnización.

SEXTO. Solicitado por el trabajador el abono de la prestación correspondiente al importe de la indemnización, por el Fogasa se dictó resolución de fecha de 10 de febrero de 2.016, en expediente nº NUM000, por la que se le deniega el reconocimiento de la prestación solicitada por entender que la indemnización solicitada corresponde a la rescisión del contrato de trabajo al no aceptar el trabajador el traslado o la modificación de las condiciones de trabajo ofrecida por la empresa."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Vidal formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, dictó sentencia en fecha 16 de marzo de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Se ESTIMA el recurso de suplicación interpuesto por D. Vidal contra la sentencia nº 399/17 del Juzgado de lo Social nº Uno de fecha 17 de noviembre de 2016, revocando dicha resolución, y, estimado la demanda rectora del proceso condenamos al Fondo de Garantía Salarial a abonar al trabajador la prestación indemnizatoria reclamada en la cuantía que resulte de aplicar los límites legales."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, el Sr. Abogado del Estado en nombre del FOGASA interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 16 de noviembre de 2004, rec. suplicación 1278/04.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar improcedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 19 de diciembre de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea el presente recurso, consiste en determinar si el FOGASA está obligado a pagar la indemnización reconocida por extinción contractual a causa de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con posterior concurso de acreedores de la empresa.

2.- Consta en la sentencia recurrida que el demandante le comunicó a la empresa su decisión de rescindir el contrato de trabajo conforme al art. 41.3 ET por el perjuicio profesional y económico que le ocasionaba la modificación. La empresa cursó su baja el 1 de abril de 2015. Por sentencia de un juzgado de lo social fue condenada al abono de la indemnización pertinente por la extinción del contrato del trabajador. Cuando este solicitó al FOGASA el pago de la indemnización, el citado organismo se lo denegó alegando que



la indemnización correspondía a una rescisión contractual por no aceptar el trabajador el traslado o la modificación de condiciones de trabajo ofrecidos por la empresa.

La sentencia recurrida ha revocado la de instancia y estima la demanda, destacando que el art. 12. D (parte III) del Convenio 173 de la OIT, al determinar los créditos laborales, dispone que al menos deben quedar protegidos por una institución de garantía, incluyendo "las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo". Argumento que completa la sentencia con la doctrina unificada por la STS de 4 de octubre de 2016 (r. 1014/2015), que llega a la misma solución aun aplicando un criterio más restrictivo (la citada STS declara que la responsabilidad del FOGASA no alcanza a la cuantía indemnizatoria prevista en convenio colectivo para la extinción por terminación de obra cuando excede de la máxima de 8 a 10 días por año de servicio, en supuestos de extinción del art. 49.1 c ET), para afirmar que las rescisiones amparadas en el art. 41.3 ET también tienen su origen en una previa decisión patronal.

SEGUNDO.- 1.- Contra la referida sentencia interpone el FOGASA recurso de casación para la unificación de doctrina, en los términos que seguidamente se dirán.

El Ministerio Fiscal emitió informe, en el que con cita de la STS/IV de 18 de mayo de 2016 (rcud.2919/2014) que resuelve supuesto idéntico, que a su vez transcribe la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-422/2014), interesa se declare la improcedencia del recurso.

2.- Por el recurrente se designa como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 16 de noviembre de 2004, Rec. 1270/04.

Dicha sentencia referencial, desestima el recurso interpuesto por los trabajadores contra la sentencia de instancia que había desestimado su demanda contra el FOGASA. La empresa comunicó a los trabajadores la modificación sustancial de condiciones de trabajo y los trabajadores optaron por la extinción indemnizada ante el perjuicio causado. Los trabajadores presentaron papeleta de conciliación en demanda de las indemnizaciones que les correspondían celebrándose acto conciliatorio con avenencia. Instada la ejecución de lo convenido, se dictó auto despachándose ejecución por el principal y posteriormente un nuevo auto declarando la insolvencia provisional de la empresa. Un año después los trabajadores solicitaron del FOGASA el abono de las indemnizaciones reconocidas por la empresa y el citado Fondo dictó resolución denegatoria por no estar prevista dicha prestación en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y por haber sido pactadas las indemnizaciones en conciliación, cuando es necesario que estuvieran reconocidas por sentencia o resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria de ésta y que en caso de declararse la responsabilidad del FOGASA ésta se circunscribía a las cantidades indicadas, calculadas de acuerdo con los topes vinculados al salario mínimo interprofesional.

En este caso, la sentencia de instancia absolvió al FOGASA de las pretensiones en su contra y la Sala de suplicación la confirma. Entiende la misma que, por una parte, la indemnización del artículo 41. 3 del Estatuto de los Trabajadores surge de la rescisión del contrato adoptada unilateralmente por el trabajador. Por otra parte, que la responsabilidad del FOGASA se rige por un estricto principio de legalidad y que tampoco el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores menciona el acuerdo conciliatorio entre los títulos que originan la responsabilidad del citado organismo.

2.- El art. 219 LRJS exige -para la viabilidad del RCU- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que el cumplimiento de esta exigencia se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS SG 13/07/17 -rcud 2976/15; 18/07/17 -rcud 1532/15 -; y 19/07/17 -rcud 3255/15 -), sin que tal contradicción pueda surgir -tan sólo- de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias (SSTS -por ejemplo- 05/07/17 -rcud 2734/15 -; 11/07/17 -rcud 2871/15 -; y 13/07/17 -rcud 2788/15 -) y sin que a la par sea exigible una identidad absoluta entre los supuestos a enjuiciar (SSTS, entre tantas anteriores, 30/06/17 -rcud 3402/15 -; 11/07 / 17 -rcud 2871/15 -; y 13/07/17 -rcud 2788/15 -).

Entre las sentencias comparadas ha de estimarse que concurre la contradicción exigida por el art. 219 LRJS, pues ambas mantienen soluciones contrapuestas en lo que a la responsabilidad del FOGASA respecto de extinciones derivadas del artículo 41. 3 del Estatuto de los trabajadores se refiere. Aunque en la sentencia de contraste el supuesto de hecho hace referencia a un acuerdo extintivo en el acto de conciliación previo al proceso judicial en el marco de una extinción del artículo 41. 3 del Estatuto de los Trabajadores, lo cierto es que en su argumentación son dos las razones para excluir la responsabilidad del FOGASA, tanto que el acuerdo conciliatorio en cuestión no es título habilitante para solicitar prestaciones del citado Fondo, como que la extinción prevista en el artículo 41. 3 del Estatuto de los Trabajadores es por decisión del trabajador y no constituye despido. Por tanto, es en este punto donde reside la contradicción, pues cabe entender que



de haber habido un pronunciamiento judicial sobre dicha extinción en la sentencia de contraste, la solución habría sido la misma.

TERCERO.- 1.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 224.1 y 2, en relación con el art. 207 e) de la LRJS, articula un motivo único de censura jurídica, denunciando la infracción del art. 33.2 en relación con el art. 41.3 del ET y con la jurisprudencia que cita.

La cuestión litigiosa ha sido resuelta, entre otras muchas que siguen su criterio, en la STS/IV de 18 de mayo de 2016 (rcud. 2919/2014), en la que señalamos:

"Además al derivar el citado precepto estatutario de lo establecido en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en especial de la interpretación de los conceptos de "despido" y de "extinciones de contrato asimiladas al despido", la que corroboran la conclusión anteriormente expuesta. En este sentido, la STJUE 11-noviembre-2015 (C-422/14, Pujante Rivera vs. Gestora Clubs Dir, S.L. y FGS), incluye en el concepto de "despido" ex art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE ("se entenderá por despidos colectivos los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores...") la extinción contractual derivada de una modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador; declarando, entre otros extremos, que:

a) el concepto de "despido" en la Directiva 98/59, atendido al objetivo perseguido por la misma y al contexto en que se integra, << este concepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento (sentencias Comisión/Portugal [TJCE 2004, 376], C-55/02, ..., y Agorastoudis y otros [TJCE 2006, 235], C-187/05 a C-190/05 ...) >>;

b) << de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los despidos se distinguen de las extinciones del contrato de trabajo, que, en las condiciones mencionadas en el artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 98/59 ..., se equiparan a los despidos por falta de consentimiento del trabajador (sentencia Comisión/Portugal [TJCE 2004, 376], C-55/02 ...) >>, en dicho art. 1.1 último párrafo se preceptúa que "A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5";

c) << En cuanto al asunto principal, dado que fue la trabajadora la que solicitó la extinción del contrato de trabajo con arreglo al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, podría entenderse, a primera vista, que accedió a esta ruptura. No obstante, no es menos cierto que ..., el origen de la extinción de esa relación de trabajo es la modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona de la trabajadora >>;

d) el concepto de "despido" en la Directiva 98/59 << condiciona directamente la aplicación de la protección y de los derechos que esta Directiva otorga a los trabajadores. Dicho concepto, por tanto, tiene una repercusión inmediata en las cargas que esta protección supone. Así pues, cualquier normativa nacional o interpretación de dicho concepto que llevase a considerar que, en una situación como la debatida en el litigio principal, la rescisión del contrato de trabajo no es un despido, en el sentido de la Directiva 98/59, alteraría el ámbito de aplicación de dicha Directiva y la privaría así de su plena eficacia (véase, en este sentido, la sentencia Confédération générale du travail y otros [TJCE 2007, 14], C-385/05 ...) >>; y

e) concluyendo que << La Directiva 98/59 ... debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de "despido" utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva >>.

(...) En definitiva, entendemos que, dadas las circunstancias concurrentes expuestas, cuando en el ámbito de una serie de medidas de flexibilización interna y externa por causas organizativas y productivas, adoptadas, en su día, con autorización administrativa, procede la reposición del derecho a la prestación por desempleo consumida durante un periodo previo de suspensión temporal del contrato por causas organizativas y productivas con el límite máximo legal de 180 días cuando la extinción contractual posterior, acaecida como consecuencia del global de medidas adoptadas, se produce no directamente por la resolución administrativa que autorice la extinción sino por no acogerse el trabajador afectado a una medida de modalidad geográfica adoptada por el empresario e incluida en dicho plan de reestructuración empresarial global, concurriendo los demás requisitos legales, al tratarse de una medida equiparable al despido por causas no inherentes a la personas del trabajador".



2.- Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado, en el que la cuestión litigiosa ha quedado centrada y limitada a determinar si el trabajador tiene derecho a que el FOGASA le abone la indemnización correspondiente como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.3 ET, a causa de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con posterior concurso de acreedores de la empresa; y ello teniendo en cuenta las circunstancias fácticas concurrentes expuestas, por lo que, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia recurrida. Con costas (art. 235 LRJS).

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL representado y defendido por el Abogado del Estado.
2. Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de fecha 16 de marzo de 2017, dictada en recurso de suplicación nº 76/2017 , interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Logroño , en autos nº 252/2016, seguidos a instancias de D. Vidal contra el Fondo de Garantía Salarial.
3. Con imposición de costas a la parte recurrente.

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

Así se acuerda y firma.