



Roj: **STSJ CAT 9567/2015 - ECLI:ES:TSCAT:2015:9567**

Id Cendoj: **08019340012015105768**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2015**

Nº de Recurso: **2808/2015**

Nº de Resolución: **5766/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL MAR GAN BUSTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 9567/2015,**
STS 282/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2014 - 8002837

CR

Recurso de Suplicación: 2808/2015

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 6 de octubre de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 5766/2015

En el recurso de suplicación interpuesto por Florencio frente a la Sentencia del Juzgado Social 17 Barcelona de fecha 22 de enero de 2015 dictada en el procedimiento Demandas nº 20/2014 y siendo recurrido/a Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MAR GAN BUSTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de enero de 2014 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre **FOGASA**, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 22 de enero de 2015 que contenía el siguiente Fallo:

"que, desestimando totalmente la demanda interpuesta por Florencio contra Fondo de Garantía Salarial, debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las peticiones que se formulan contra ella en la demanda."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:



1º- El demandante, Florencio , estuvo trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "Smydia SA" desde el 26.1.93 hasta el 28.11.11 con un salario diario bruto de 88,38 €, incluyendo la prorrata de pagas extraordinarias.

2º- Durante la relación laboral, el demandante prestó servicios con los siguientes porcentajes de jornada:

- 26.1.93 a 30.4.93: 50%
- 1.5.93 a 19.6.02: 100%
- 21.6.02 a 28.11.11: 75%

3º- "Smydia SA" fue declarada en situación de concurso voluntario mediante auto dictado el 27.4.11 por el Juzgado de lo Mercantil nº nueve de los de esta ciudad (concurso voluntario 166/2011).

4º- El 18.5.11, la concursada solicitó la extinción de los contratos de trabajo de todos los trabajadores de su plantilla.

El 19.7.11, la administración concursal manifestó que se había llegado a un acuerdo con los representantes de los trabajadores.

El 29.7.11, la administración concursal solicitó que se demorara la extinción de los contratos de trabajo del demandante y otro trabajador.

Mediante auto de 5.8.11, el Juzgado acordó la extinción de los contratos de trabajo de todos los trabajadores de la concursada, a excepción de los del demandante y el otro trabajador, con derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicios.

5º- Mediante auto de 28.11.11, el Juzgado acordó la extinción de los contratos de trabajo del demandante y el otro trabajador, con derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicios que, en el caso del demandante, ascendía a 32.260,06 €.

6º- El 28.11.11, el administrador concursal emitió certificación en la que hizo constar que el demandante era titular de los siguientes créditos en el concurso:

Salarios: 7.509,17 € con arreglo al siguiente desglose:

- Paga extra junio 2011 (30 días): 2.304,29 €
- Salarios julio 2011 (24 días): 1.783,97 €
- Salarios agosto 2011 (5 días): 371,66 €
- Liquidación paga extra junio 2012: 953,29 €
- Liquidación paga extra diciembre 2011: 2.095,96 €

Indemnización: 32.260,06 €

En la indicada certificación, el administrador concursal manifestó que dichos créditos se reconocían como créditos contra la masa y que no se habían podido pagar a la fecha del certificado, por falta de tesorería.

7º- El 21.11.11, el demandante y los demás trabajadores solicitaron prestaciones al **Fogasa**. El expediente terminó por resolución de 1.2.13, en la que, respecto del demandante, el **Fogasa** reconoció 20.443,65 € en concepto de indemnización y 4.758,87 € en concepto de salarios.

En la resolución, el **Fogasa** afirmó que el salario del demandante era superior al triple del salario mínimo interprofesional y le aplicó un módulo salarial de 56,01 € diarios.

8º- La parte demandante formuló reclamación previa contra la resolución de 1.2.13. Dicha reclamación no ha sido resuelta. "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que desestima la demanda, se alza en suplicación la parte actora articulando el recurso por la vía del apartado c del art 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social que no impugna la parte demandada.



Centrando los términos del recurso en la revocación de la sentencia de instancia y se condene al Fondo de Garantía Salarial al abono de 6.814,55 euros en concepto de indemnización y 1.588,93 euros en concepto de salarios al actor, con el 10% de mora.

Como motivo de censura jurídica alega la infracción del art. 14 de la Constitución Española , art 12.4.d , art 33.1.2 del ET y la jurisprudencia que se recoge en la sentencia del TS dictada en el recurso nº 586/2011 y la del TS dictada en el recurso nº 3642/1997 y la del TS en el recurso 586/2011, la Directiva 97/81 relativa al Acuerdo Marco sobre TTP en su versión modificada por la Directiva 98/23 del Consejo de 7 de abril de 1998, en lo sucesivo Acuerdo Marco y de los arts 157 TFUE , y art 4 de la Directiva 2006/54 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2006, STJUE 171/2010 , sentencia del Tribunal Constitucional 22 /1994 de 27 de enero de 1994 , sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Sala segunda de 10 de junio de 2010, 2010/171 , RD 1795/2010, art 1.1 , la doctrina del Tribunal Constitucional, y se aplique el criterio de promedio de parcialidad atendiendo a todos los contratos de trabajo del actor, ya que puede ser lesivo al principio de igualdad y no discriminación por la simple condición el trabajador a tiempo parcial tenga menores garantías salariales a cargo de FGS, pues en todo caso es un mecanismo externo de control no de la deuda sino la garantía que el Estado ofrece sobre la misma como responsable subsidiario, el límite de la garantía no es del trabajador sino el Estado , este límite no opera en término de comparación ni se pretende, pues el Legislador ordinario en el art 33 del ET , no ha previsto nada, pues el límite máximo es el mismo para trabajadores a tiempo completo que trabajadores a tiempo parcial como lo establece la jurisprudencia.

Partiendo del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia que se da por reproducido a todos los efectos en este fundamento.

SEGUNDO.- Es necesario precisar que la mención de sentencias de Tribunal Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas, no constituyen jurisprudencia de conformidad con el art 1.6 del Código Civil ,que establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca en Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho .

TERCERO.- Se produce la infracción de los arts citados y la jurisprudencia en los términos que lo formula la parte recurrente, ya que la Sala no comparte la interpretación que hace la sentencia de instancia y las sentencias del TSJ de Valencia y Aragón que se refiere en la misma, en relación con la jurisprudencia que se citará posteriormente .

Teniendo en cuenta que el art 33 del ET ,no hace mención alguna en cuanto a la responsabilidad del **Fogasa** y la jornada parcial o jornada total, por lo que no es ajustado a derecho que el **Fogasa** haya aplicado el 75% al prestar servicios del actor en jornada parcial.

Es decir como lo formula la parte recurrente el art 33 del ET no se menciona a los contratos de trabajo a tiempo parcial ni porcentajes de jornada, ya que la finalidad del **FOGASA** es cubrir la situación de insolvencia de la empresa y como garantía para el trabajador al el impago de salarios e indemnización por la responsabilidad subsidiaria del **FOGASA**, se trata de un límite que establece el citado art para todas las situaciones y como reconoce la sentencia de instancia el art 33.1.2 del ET , no prevee nada sobre porcentajes de jornada.

Por lo que es de aplicación el principio al que se refiere la parte recurrente donde la Ley no distingue no se tiene que distinguir, es decir el principio Ubi Lex non distinguiere debemus.

CUARTO.- En la medida que el RD 1795/2010, en cuanto al SMI, es decir en cuanto al salario mínimo interprofesional no regula nada en relación con la garantía del **FOGASA**, y el salario mínimo interprofesional es una norma de mínimos, ya que el actor percibía el salario establecido en el convenio colectivo, y el salario del actor era proporcional a su jornada y se ha partido de ello para establecer la indemnización y salarios generando menos deuda para la empresa, y la base de cotización ha tenido en cuenta la jornada parcial, lo que determina el que se ha dado cumplimiento a lo establecido en el art 1.1 del citado RD, por lo que el principio de proporcionalidad se cumple.

Pues el art 33.1.2 del ET lo que regula son unos límites y topes máximos de garantía y que son de aplicación en todos los supuestos entre lo que se ha de incluir la jornada a tiempo parcial.

Y por otra parte se trata de una garantía del Estado sobre la deuda como responsable subsidiario.

QUINTO.- Pues como alega la parte recurrente en cuanto al principio de no discriminación a los trabajadores a tiempo parcial el Tribunal de Justicia de la Unión Europea(SalaSegunda) Sentencia de 10 junio 2010 .TJCE \2010\171-.....38...De ello se desprende que la reserva del artículo 2, apartado 6, del Acuerdo sobre la política social, recogida en el artículo 137 CE (RCL 1999, 1205 ter) , apartado 5, no impide interpretar la cláusula 4 del Acuerdo marco en el sentido de que impone a los Estados miembros la obligación de garantizar a



los trabajadores a tiempo parcial la aplicación del principio de no discriminación también en materia de retribuciones, teniendo en cuenta, cuando resulte apropiado, el principio de pro rata temporis.....40....De ello se deduce que, al determinar tanto los elementos constitutivos de la retribución como el nivel de estos elementos, las autoridades nacionales competentes deben aplicar a los trabajadores a tiempo parcial el principio de no discriminación como está recogido en la cláusula 4 del Acuerdo marco.

SEXTO.- Teniendo en cuenta la jurisprudencia en relación con el art 33 del ET , los topes y límites que se establecen en este art, la sentencia Roj: STS 6819/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6819.Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.Nº de Recurso: 586/2011 .Fecha de Resolución: 29/09/2011..... Como destacó la STS/IV 28-mayo-1998 (rcud 3462/1997) , – en relación con el art. 33.1 ET vigente en la fecha de los hechos, coincidente en lo esencial con el ahora vigente en cuanto afecta al presente litigio –, " Son varias las reglas de interpretación que conducen a la solución anunciada. De un lado, el canon de interpretación gramatical, pues el artículo 33.1 del Estatuto refiere al salario pendiente de pago, que es el salario debido y reconocido al trabajador. La regla de interpretación ajustada a las soluciones de la lógica permite sostener que cuando el salario del trabajador supere el duplo del salario mínimo interprofesional, operan las funciones de garantía del **FOGASA** como medida de apoyo o protección, pero cuando el salario del trabajador sea inferior al tope fijado no puede sostenerse la responsabilidad del **FOGASA** hasta el mismo, pues ... ello supondría la quiebra del objetivo de garantía, convirtiéndose la insolvencia de la empresa en un premio o plus a favor del trabajador. Y aun cabría añadir otro argumento de resistencia a las soluciones contrarias a la lógica, como se daría respecto del trabajador con contrato a tiempo parcial, con la consiguiente reducción del salario, que vería favorecida su situación sobre el trabajador a tiempo completo. Otra regla de interpretación que avala la solución que aquí propugnamos es la que resulta del artículo 18 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo ,dictado como precepto reglamentario del artículo 33 del Estatuto , reformado por Ley 32/1984, de 2 de agosto que impone al **FOGASA** el pago de una cantidad equivalente a multiplicar el salario correspondiente al trabajador en el momento del devengo o el duplo del salario mínimo interprofesional cuando aquél rebasa esta cifra, por el número de días trabajados... Esta dicción del artículo 18 del Real Decreto, que luego se repite en el artículo 19 del mismo, despeja cualquier duda al efecto. Y para cerrar esta línea argumental, vale traer a colación el criterio que apunta la sentencia de esta Sala de 27 de julio de 1993, recurso 2668/92 ... cuando se discute si las cantidades con cargo al **FOGASA** deben ser las establecidas en el convenio de empresa o en el del sector de ámbito provincial, y se decide que el módulo aplicable debe ser el del salario realmente percibido " .

La anterior doctrina se ha reiterado por esta Sala en su STS/IV 31-mayo-2011 (rcud 3581/2010) , en la que se concluye " La interpretación del precepto que se hacía en la STS citada ... utilizaba cánones gramaticales y lógicos para sostener que el tope fijado por el precepto implica que la garantía de apoyo que el FGS ha de prestar se ciñe al triple de salario (allí se hacía referencia el duplo, por ser el texto legal entonces vigente distinto al actual) y juega, por tanto, cuando el salario real supera esa cifra. Se decía entonces que cuando el salario del trabajador sea inferior al tope fijado no puede sostenerse la responsabilidad del FGS hasta el mismo y se asumía que lo contrario supondría la quiebra del objetivo de garantía, convirtiéndose la insolvencia de la empresa en un premio o plus a favor del trabajador.

SÉPTIMO.- Y asimismo la que se recoge en la sentencia,Roj: STS 3486/1998 - ECLI:ES:TS:1998:3486.Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Nº de Recurso: 3462/1997.Fecha de Resolución: 28/05/1998...De un lado, el canon de interpretación gramatical, pues el artículo 33.1 del Estatuto refiere al "salario pendiente de pago", que es el salario debido y reconocido al trabajador. La regla de interpretación ajustada a las soluciones de la lógica permite sostener que cuando el salario del trabajador supere el duplo del salario mínimo interprofesional, operan las funciones de garantía del **FOGASA** como medida de apoyo o protección, pero cuando el salario del trabajador sea inferior al tope fijado no puede sostenerse la responsabilidad del **FOGASA** hasta el mismo, pues, como afirma la sentencia de contradicción de 3 de julio de 1996 , "ello supondría la quiebra del objetivo de garantía, convirtiéndose la insolvencia de la empresa en un premio o plus a favor del trabajador". Y aun cabría añadir otro argumento de resistencia a las soluciones contrarias a la lógica, como se daría respecto del trabajador con contrato a tiempo parcial, con la consiguiente reducción del salario, que vería favorecida su situación sobre el trabajador a tiempo completo. Otra regla de interpretación que avala la solución que aquí propugnamos es la que resulta del artículo 18 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo , dictado como precepto reglamentario del artículo 33 del Estatuto, reformado por Ley 32/1984, de 2 de agosto , que impone al **FOGASA** el pago de "una cantidad equivalente a multiplicar el salario correspondiente al trabajador en el momento del devengo o el duplo del salario mínimo interprofesional cuando aquél rebasa esta cifra, por el número de días trabajados...". Esta dicción del artículo 18 del Real Decreto, que luego se repite en el artículo 19 del mismo, despeja cualquier duda al efecto. Y para cerrar esta línea argumental, vale traer a colación el criterio que apunta la sentencia de esta Sala de 27 de julio de 1993, recurso 2668/92 , recordado por el Ministerio Fiscal en su informe, cuando se



discute si las cantidades con cargo al **FOGASA** deben ser las establecidas en el convenio de empresa o en el del sector de ámbito provincial, y se decide que el módulo aplicable debe ser el del salario realmente percibido.

OCTAVO.- Por todo lo expuesto estimamos el recurso de suplicación y revocamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos, estimando la demanda , como se ha razonado anteriormente, en consecuencia condenamos al Fondo de Garantía Salarial al abono de 6.814, 55 euros en concepto de indemnización y 1.588,93 euros en concepto de salarios al actor, con el 10% de mora.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación que formula Florencio ,contra la sentencia del juzgado social 17 de BARCELONA, autos 20/2014, de fecha 22 de enero de 2015,seguidos a instancia de aquel contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debemos de revocar y revocamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos, y estimando la demanda condenamos al Fondo de Garantía Salarial al abono de 6.814,55 euros en concepto de indemnización y 1.588,93 euros en concepto de salarios al actor, con el 10% de mora.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.