

EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

HANNIBALI VICTORI CETERI SUADEBANT UT QUIETEM ET IPSE SIBI
SUMERET ET FESSIS DARET MILITIBUS; MAHARBAL, PRAEFECTUS
EQUITUM, MINIME CESSANDUM ESSE RATUS, UT SCIAS QUID HAC
PUGNA SIT ACTUM, DIE QUINTO INQUIT VICTOR IN CAPITOLIO EPULABERIS.
SEQUERE; CUM EQUITIBUS, UT ROMANI TE PRIUS VENISSE QUAM VENTURUM
ESSE SCIANT, PRAECEDAM. HANNIBAL SE VOLUNTATEM MAHARBALIS
LAUDARE DIXIT, SED AD CONSILIUM PENSANDUM TEMPORE OPUS ESSE. TUM
MAHARBAL: NON OMNIA EIDEM DI DEDERE; VINCERE SCIS, HANNIBAL,
VICTORIA UTI NESCIIS. MORA EIUS DIEI SATIS CREDITUR SALUTI FUISSE URBI
ATQUE IMPERIO.

LIVIO 22.51, 4

INDICE

EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. LA REMUNERABILIDAD COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO**
- III. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL FOGASA**
- IV. FINES DEL FOGASA**
- V. COMPOSICIÓN Y FUNCIONES DEL FOGASA**
- VI. ACTIVIDAD DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL FOGASA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE**
- VII. REINTEGROS Y ACTUACIONES DEL FOGASA PARA MANTENER EL EMPLEO**
- VIII. LOS CONVENIOS DE RECUPERACIÓN**
- IX. LA ADJUDICACIÓN DE BIENES AL FOGASA**
- X. ACTUACIÓN DEL FOGASA PARA LA CONTINUIDAD DE LAS EMPRESAS Y EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO**

- XI. LA INSOLVENCIA SINGULAR DEL EMPRESARIO**
- XII. LA INSOLVENCIA CONCURSAL DEL EMPRESARIO**
- XIII. EL FOGASA Y EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN**
- XIV. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL FOGASA**
- XV. PERSONAS BENEFICIARIAS**
- XVI. PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE PRESTACIONES AL FOGASA**
- XVII. PRESTACIONES DEL FOGASA**
- XVIII. PRESTACIONES. SALARIOS**
- XIX. PRESTACIONES. INDEMNIZACIONES DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA**
- XX. GARANTIAS SALARIALES**
- XXI. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL**
- XXII. INTERVENCIÓN DEL FOGASA EN EL PROCESO LABORAL**
- XXIII. EXCEPCIONES QUE PUEDE OponER EL FOGASA**

- XXIV. INTERVENCIÓN DEL FOGASA EN EL CONCURSO**
- XXV. CONCURSO DE ACREEDORES Y EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO. INTERVENCIÓN DEL FOGASA**
- XXVI. INTERVENCIÓN DEL FOGASA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DINERARIA LABORAL**
- XXVII. ADMISIÓN Y SOBRESEIMIENTO DEL PROCESO MONITORIO LABORAL. INTERVENCIÓN DEL FOGASA**
- XXVIII. COTIZACIÓN DE SALARIOS CON CARÁCTER RETROACTIVO**
- XXIX. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**
- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2017 NÚMERO RECURSO 1517/2016**
 - 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2017 NÚMERO DE RECURSO 1550/2016**
 - 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017 NÚMERO DE RECURSO 2667/2015**
 - 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017 NÚMERO DE RECURSO 3694/2015**
 - 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017 NÚMERO DE RECURSO 3983/2015**
 - 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016**
 - 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2017**

8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ABRIL DE 2017
9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2016
10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE OCTUBRE DE 2016
11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE OCTUBRE DE 2016
12. -SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2016
13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2016
14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2016
15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE 2015
16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE MAYO DE 2015
17. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 2015
18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2014
19. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2014
20. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 2014
21. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE DICIEMBRE DE 2013
22. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2013
23. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE OCTUBRE DE 2013

**24. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE
1013**

**25. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE
2012**

XXX. BIBLIOGRAFIA

RESUMEN

La definición legal viene establecida en el Art. 33.1 del Estatuto de los Trabajadores y en el Art. 1 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, que lo configuran, respectivamente, como Organismo autónomo de carácter administrativo adscrito al ministerio de empleo y seguridad social con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de los fines establecidos en el art. 33 del estatuto de los trabajadores. En cuanto Organismo Autónomo goza de:

-Autonomía de gestión.

-Patrimonio y tesorería propia.

-Personalidad jurídica pública y diferenciada, sin que ello suponga la quiebra del principio de la personalidad jurídica única de la Administración General del Estado. Personalidad diferenciada, pero no independiente.

-Sometimiento al principio de legalidad (Art. 103.1 de la Constitución Española) y al Derecho Administrativo.

-Ámbito de actuación geográfica sobre todo el territorio nacional.

En cuanto a sus fines y su actuación, están determinados en el artículo 33 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, y en el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. Se enmarca dentro de la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Su finalidad básica, para la que fue creado mediante el artículo 31 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, es la de Institución de garantía de los créditos salariales ante la insolvencia del empleador. Hoy tiene atribuido el abono a los/las trabajadores/as de los salarios e indemnizaciones que las empresas para las que trabajan no han podido satisfacer por encontrarse en situación legal de insolvencia o por

haber sido declaradas en situación de concurso. Abonadas las prestaciones, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los/las trabajadores/as para proceder en reclamación y repetición frente a los/las empleadores/as que los adeudan.

Entre sus finalidades complementarias destaca el apoyo o protección a las empresas en situación de crisis, dado que fomenta el mantenimiento del empleo y la continuidad empresarial, mediante el abono de prestaciones en los siguientes casos:

Cuando existe resolución de la autoridad laboral, exonerando total o parcialmente a la empresa del pago de la indemnización por extinción del contrato por causa de fuerza mayor, sin que sea necesaria la declaración de insolvencia.

En los casos previstos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para la formalización de convenios o acuerdos de devolución aplazada o fraccionada de las cantidades adeudadas por las empresas al FOGASA.

En caso de declaración de insolvencia “técnica” de la empresa.

PALABRAS CLAVES

Organismo autónomo, salario, indemnización, despido, extinción, relación laboral, insolvencia, concurso acreedores, acta de conciliación, resolución judicial, salario mínimo interprofesional, subrogación, derechos y acciones, privilegio salarial, base cotización, tipo a aplicar, resolución administrativa.

EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL

I. INTRODUCCIÓN

La protección de los créditos salariales del trabajador cuando el empleador no puede hacer frente a los mismos goza de tradición en Europa y en el ordenamiento jurídico español. En España, para hacer efectivo el cobro de los créditos laborales han existido históricamente dos clases de mecanismos. Uno, la posibilidad del trabajador para llevar a cabo una ejecución singular y satisfacer el crédito: procedimiento extra concursal. El otro, el establecimiento de un privilegio frente al resto de acreedores, cuando la empresa quedaba sujeta a procesos de ejecución colectiva. Esto es, los titulares de un crédito derivado del trabajo por cuenta ajena son pagados antes que el resto manteniendo un orden de prelación, lo que se recoge en nuestro Derecho desde el siglo XIX. La Ley situaba a los créditos salariales a la cabeza en la tabla de preferencias de acreedores. Ya se entendía que el sueldo atendía a intereses primarios y de subsistencia, por lo tanto, la condición de privilegio obedecía a una cualidad del crédito ya que, de todos los acreedores que concurrían en el proceso, los trabajadores eran los únicos que reclamaban su única fuente de subsistencia, lo que merecía una protección especial. A pesar de ello, la preferencia del crédito salarial fue cambiando de lugar en el orden de prelación según los distintos contextos políticos del siglo XIX y XX.

Así, durante el Estado Liberal, el privilegio salarial fue desplazado por los créditos hipotecarios mientras que, a finales de siglo, con la entrada en vigor de los nuevos Código de Comercio de 1885 y Código Civil de 1889, se mejoró la posición de preferencia. No obstante, se seguía postergando los créditos salariales al relegarlos a un segundo plano en el orden de importancia para su pago, ya que el Código de Comercio diferenciaba los conceptos de bienes muebles y bienes inmuebles del quebrado y se determinaba que con el producto de los bienes muebles se deberían satisfacer las deudas de los acreedores "singularmente privilegiados" entre los que se encontraban los "acreedores por trabajo personal por los seis últimos meses antes de la quiebra", aunque

en el tercer lugar de prelación. Se retomaba así, la condición de créditos singularmente privilegiados de los salarios devengados pero no cobrados por los trabajadores del quebrado pero aparecían las primeras limitaciones en el cobro. De una parte, surgía una limitación temporal, ya que sólo se podrían cobrar los salarios no percibidos hasta seis meses antes de la quiebra y, de otra parte, se establecía una limitación cuantitativa: el producto de los bienes muebles del quebrado. Por contra, si los créditos salariales debían de ser cobrados con el producto de los bienes inmuebles, el Artículo 914 del Código de Comercio seguía manteniéndolos relegados por detrás de las hipotecas inscritas en los Registros de la Propiedad.

El Código Civil de 1889 no mejoró el orden de preferencia en el cobro de los créditos de los trabajadores. En él se determinaba la clasificación de los bienes del quebrado atendiendo a tres grupos de elementos patrimoniales: “Determinados muebles”, “Determinados inmuebles” y “demás bienes muebles o inmuebles del deudor”. Cada uno de los grupos intentaría satisfacer preferentemente los créditos a los que estuviera vinculado. Los créditos salariales no eran considerados como preferentes con relación ni a bienes muebles ni a bienes inmuebles, sólo lo hacían respecto a los "demás bienes muebles e inmuebles" donde aparecían junto a otros créditos los créditos "por salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondientes al último año" (Art. 1924, 2º.D.). No obstante, se podía interpretar que, como con el valor de los “determinados muebles” se les otorgaba preferencia a los créditos por construcción, reparación y conservación que estuvieran en poder del deudor hasta donde alcanzase su valor y, como era el trabajador quien incorporaba su fuerza para construir, reparar o conservar entonces, el crédito salarial sería privilegiado.

La postergación del crédito por trabajo personal se mantenía en el Código Civil al considerarse como un crédito con preferencia sobre algunos bienes pero no tener una preferencia absoluta sobre cualquier otra cosa. Aunque, al definir la preferencia laboral como “jornales y salarios de dependientes y criados domésticos correspondientes al último año”, mejoraba la protección del trabajador al ampliar el límite temporal respecto al establecido por el Código de Comercio. Pero al considerar los “jornales y salarios” de

la preferencia laboral se excluían retribuciones que no son estrictamente salariales, como las indemnizaciones, pero que suponen una compensación al trabajador por haber perdido su empleo por causas ajenas a él y que, bajo el término utilizado en el Código de Comercio de “trabajo personal”, sí tenían cabida.

Con el cambio de siglo se produjo una mayor intervención del Estado en el ámbito socio laboral al centrar su mediación en las causas económicas del malestar social. La Restauración española no tuvo más remedio que irrumpir en el campo de las relaciones laborales y la previsión social para preservar el propio sistema político y el orden social, aplicando así, las corrientes ideológicas europeas. Se empezaba a desconfiar de la eficacia del mercado como única forma de mantener y favorecer el crecimiento del sistema económico y aparecía una nueva perspectiva de la política que abogaba por un Estado más intervencionista, capaz de minimizar los desequilibrios procedentes de la competencia imperfecta y de la filosofía del *laissez faire*. El reformismo social pretendía conocer y analizar las condiciones en las que se desenvolvía el trabajo y la vida de los trabajadores para así, mejorarlas y prevenir tensiones sociales que estaban poniendo en peligro la paz pública y el sistema. Era imprescindible reparar la injusticia social y relajar las relaciones entre los dos grandes factores de producción: el trabajo y el capital si se quería preservar el modelo económico, político y social. Este tipo de intervencionismo es conocido como científico, teniendo su máxima expresión en el Instituto de Reformas sociales (IRS), de 1903 y fue con él, con quien mejoró el tratamiento del crédito salarial. Así pues, en las "Bases para un Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo" que al IRS se presentaron el 20 de abril de 1904, figura una base XVIII que dice: "Los créditos por salarios devengados y por indemnizaciones debidas al obrero se declaran preferentes en el caso de muerte o quiebra del patrón". El Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo (Proyecto Dávila) presentado a las Cortes el 1 de noviembre de 1906, en su artículo 21, recogía esta base y determinaba que todos los créditos e indemnizaciones de los trabajadores correspondientes al último año serían preferentes en los casos de concurrencia de créditos de carácter civil o mercantil. Se situaban los créditos salariales y los indemnizatorios a la cabeza en el orden de preferencia cuando se referían a los bienes

muebles, junto a los créditos por construcción, reparación y conservación, aunque se seguía manteniéndolos en el mismo orden de prelación respecto a los bienes inmuebles. Desafortunadamente, el tratamiento privilegiado de los créditos salariales e indemnizatorios fue sólo un proyecto teórico del IRS y no pudo materializarse plenamente hasta la creación de una institución más activa y de mayor jerarquía desde el punto de vista intervencionista: El Ministerio de Trabajo. Era necesario pasar a la acción si no se quería sufrir una "parálisis por análisis".

El nacimiento del Ministerio de Trabajo, en 1920, evidenció el paso de un intervencionismo científico hacia un intervencionismo administrativo que supondría, por una parte, la desaparición del Instituto de Reformas Sociales, en 1924 y por otra, la consolidación del Instituto Nacional de Previsión, creado en 1908, dejando patente el interés del Estado por estar en los conflictos sociales no como mediador sino como parte. Bajo esta perspectiva se elaboró el Código de Trabajo de 1926 que consideraba créditos "singularmente privilegiados" los salarios devengados y no cobrados sobre los bienes muebles producidos por los trabajadores y que se mantuvieran en poder del deudor. En este caso, la prioridad recaía sobre todos los demás créditos, aunque sólo se pudiera ejercer sobre los bienes muebles producidos por el trabajador y que estuvieran en posesión del deudor. Respecto a los bienes inmuebles y los demás bienes muebles, los créditos salariales seguían estando en segundo lugar de prelación, tal y como se consideraban en el Código de Comercio y en el Código Civil, y no entrarían a satisfacer los créditos salariales hasta la Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

Con el advenimiento de la II República en 1931, la condición de los créditos salariales de ser "singularmente privilegiados" se perpetuó y amplió en virtud a los artículos 55 y 59 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931. En ellos se determinaba que tendrían preferencia los créditos por sueldos y salarios devengados por los trabajadores sobre todos los demás créditos "respecto de los objetos por aquellos elaborados mientras permanecieran en poder del deudor y sobre los inmuebles a los que precisamente se hubiera incorporado su trabajo". Ahora sí, la preferencia salarial se

establecía no sólo sobre bienes muebles sino también sobre los algunos bienes raíces aunque, en el caso de estar gravado por hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad, esta preferencia sólo alcanzaría a “los salarios de las dos últimas semanas y a los sueldos del último mes”. En los mismos términos se expresaba la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, cuya única diferencia con la Ley de 1931 se encontraba en la definición de los bienes raíces sobre los que se podía ejercer el derecho al determinar que serían “los bienes a los que se incorporase su trabajo”.

Más elaborado sería el artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales, de 1976, al establecer que los créditos singularmente privilegiados serían “los salarios o conceptos sustitutivos de salarios”, que tendrían “preferencia sobre todos los demás respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras estuvieran en posesión o fueran propiedad del deudor” y que también tendrían “preferencia sobre todos los demás créditos, respecto a los bienes inmuebles a los que precisamente se incorporase su trabajo, estuvieran o no hipotecados”. No obstante, la preferencia sólo alcanzaría a los salarios de una mensualidad pero pasaba a ser casi absoluta puesto que, a pesar de existir créditos hipotecarios, la urgencia del sueldo de las últimas semanas o del salario del último mes estaría por encima de ellos.

El privilegio salarial está recogido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores (ET). En este caso, el privilegio recoge la legislación más progresista de Europa al introducir, en España, un concepto nuevo llamado “superprivilegio salarial”. Esto es, existe una prioridad absoluta para el cobro de los salarios de los últimos treinta días con un tope cuantitativo máximo que se sitúa en el doble del Salario Mínimo Interprofesional (SMI). Además, estos créditos son preferentes sobre cualquier otro crédito aunque esté garantizado con hipoteca o prenda. El privilegio en el cobro de los salarios, con las limitaciones temporales y cuantitativas expresadas, tiene prioridad absoluta al cubrir las necesidades más básicas del trabajador. El resto de créditos salariales del trabajador tendrán la cualidad de singularmente privilegiados, por lo tanto,

se cobrarán con el producto de la venta de los bienes sobre los que el trabajador haya incorporado su trabajo: bienes muebles que estén en posesión del empresario.

El Estatuto de los Trabajadores, de 1980, amplió el grado de cobertura en el cobro de los créditos salariales, al reconocer que los trabajadores tendrían preferencia ante todo acreedor sobre los bienes muebles elaborados por ellos sin que, en tal caso, existiera limitaciones de tiempo y cuantía y determinaba, en la sección 3 del artículo 32, que si quedaran más créditos salariales, éstos también tendrán la condición de singularmente privilegiados y serán cobrados después de los acreedores garantizados con un derecho real de prenda o hipoteca.

La entrada en vigor del ET amplió la cobertura del privilegio salarial a las prestaciones que debían satisfacer los empresarios a la Seguridad Social o Mutuas Patronales por los trabajadores a su cargo, lo que se fundamentaba en que no sólo los salarios era indispensables para la subsistencia del trabajador sino también, las aportaciones que en su nombre se realizasen para percibir los beneficios de un modelo social que, aun no siendo créditos del trabajador, su impago podía perjudicar los derechos futuros a prestaciones cuando se estaba en un sistema de Seguridad Social contributiva y que, solamente surgiría cuando se hubieran acreditado cotizaciones previas.

Asimismo, las indemnizaciones por despido consideradas como otros créditos del trabajador tenían el carácter de créditos privilegiados, manteniendo la preferencia ante todo acreedor sobre los objetos o bienes muebles elaborados por el trabajador y seguían manteniendo el privilegio sobre los bienes inmuebles aunque, en este caso, disfrutaban de preferencia los acreedores que mantenían una hipoteca ante los mismos. Por otra parte, se permitía al trabajador ejercer el cobro de sus salarios al margen de la existencia de un procedimiento concursal, lo que agilizaba el tiempo de espera para hacer efectivos sus créditos, ya que, anteriormente, aunque al trabajador se le admitía la

posibilidad de la ejecución de sus derechos de forma singular, éste tenía que esperar a la conclusión de los procedimientos concursales para cobrar sus créditos, independientemente de que hubiera una sentencia de Magistratura. En definitiva, la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, de 1980 elevó la preferencia laboral sobre cualquier tipo de procedimiento y para todos los créditos privilegiados, fuesen salariales o no. En el mismo sentido se pronuncia El Estatuto de los Trabajadores de 2006 al determinar que "Las preferencias serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los créditos concurren con otros sobre bienes de aquél" pero, en caso de que haya un procedimiento concursal abierto se aplicarán las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios. No obstante, la nueva Ley Concursal sigue manteniendo el carácter de "superprivilegio salarial" para los salarios de los últimos treinta días y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo parte de las indemnizaciones por despido, lo que les da prioridad absoluta a la hora del pago sobre cualquier otro crédito y considera el resto de los créditos laborales como créditos con privilegio general que serán abonados después de haber satisfecho los hipotecarios e inscritos en registros.

No obstante, el ET de 2006 es más protector que su antecesor, ya que amplía la cuantía máxima protegida en el caso de créditos salariales singularmente privilegiados al montante que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salarios pendientes de pago y la misma consideración establece para las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario interprofesional. La evolución histórica de la protección de los créditos salariales ante la insolvencia empresarial da una visión de los cambios en el modo de hacer política en nuestro país. Desde el rudimentario privilegio salarial del siglo XIX hasta el superprivilegio de los salarios y la protección de las indemnizaciones por despido actuales se han dado toda una serie de transformaciones en el sistema político y económico que han fortalecido el estado del bienestar. Más en particular, el robustecimiento de un modelo que, entre otras cosas, buscaba proteger a la parte más débil de las relaciones laborales: los trabajadores,

tanto porque son los agentes generadores de mano de obra y riqueza como también, porque pueden convertirse en catalizadores de conflictos sociales si presumen una desprotección de sus empleos y créditos laborales.

Tradicionalmente, ante una insolvencia empresarial, los trabajadores tenían la posibilidad de recuperar sus créditos laborales en virtud del privilegio salarial y la posibilidad de ejecutar los bienes del empleador fuera de un proceso colectivo, no obstante, este procedimiento no aseguraba el cobro de los créditos. En general, los trabajadores no solían ejercer el derecho de la ejecución separada, al menos mientras hubiera posibilidades de mantener el empleo y, en el supuesto de ejercer la preferencia en los procedimientos concursales podía suceder que, a pesar de dichas preferencias, no existiera suficiente patrimonio ni bienes para poder satisfacer las deudas contraídas. Además, éste era un procedimiento largo y costoso, donde el trabajador también competía con otros acreedores privilegiados para cobrar algunos de sus créditos pero, a diferencia del resto de acreedores, la capacidad económica del trabajador no era suficiente para afrontar el proceso y sus objetivos solían estar encontrados ya que, si por una parte, quería cobrar sus créditos, por otra, no deseaba la liquidación de la empresa para conseguirlo. Por tanto, no ejercía este derecho hasta que no veía la extinción de su contrato de trabajo de forma inminente. No obstante, el interés en mantener la empresa y rehabilitarla no sólo procedía del trabajador, sino que existía un interés general y público en que la empresa sobreviviera, puesto que la desaparición de la misma podía traer consigo la liquidación en cadena de otras mercantiles relacionadas con ella y la pérdida de más empleos.

La crisis económica internacional de los setenta vino provocada, entre otros motivos, por un crecimiento de los precios de los inputs, un aumento de los salarios y una reducción de la demanda. La merma en los beneficios empresariales a causa del encarecimiento del petróleo y el trabajo, obligaba a buscar procesos productivos menos intensivos en aquellos inputs o factores que se habían encarecido. La industria fue el

sector más afectado por la crisis y requería una gran inversión para modernizar sus procesos productivos y mantener la competitividad internacional.

La adopción de nuevos modelos tecnológicos y organizativos desplazaba el uso de mano de obra convirtiéndola en excedentaria, lo que elevaba las tasas de desempleo. Aunque el paro no sólo procedía del redimensionamiento empresarial sino también del cierre de los centros de producción. La reducción brusca de los beneficios impedía la reorganización empresarial y traía la insolvencia inmediata y liquidación.

Ante una situación de insolvencia, o próxima a ella, el deudor no suele tener suficientes bienes ni siquiera para satisfacer los créditos laborales y, menos aún, para saldar las deudas con sus acreedores, quienes se enfrentarán a una reducción de liquidez provocada por estos impagos, lo que puede provocar un nuevo cierre y despido de más trabajadores y, aunque la liquidación empresarial ha sido considerada como la fórmula más acertada para sanear el sistema capitalista, al eliminar las empresas menos eficientes y favorecer una mejor asignación de los recursos, en condiciones de crisis generalizada, se ha convertido en un elemento distorsionador para la continuidad del propio sistema, ya que podría generar un proceso de liquidación de empresas en cascada que incrementaría los trabajadores sin empleo y con dificultad para cobrar sus créditos laborales.

La elevada probabilidad de liquidar empresas preocupaba tanto a los gobiernos como a los trabajadores y empleadores. Por ello, los países europeos reformaron sus normas sobre procedimientos concursales y crearon mecanismos de garantía salarial. Si las empresas se rehabilitaban, los trabajadores recuperarían la totalidad de sus créditos laborales y mantendrían su empleo, al mismo tiempo que los acreedores saldarían sus deudas, lo que cortarían la espiral de cierres. La intervención del Estado dirigida a procurar la conservación de los puestos de trabajo, conocida como “legislación de salvamento”, consiguió un segundo objetivo: el mantenimiento del sistema capitalista.

La legislación de salvamento tenía su fundamento en motivos económicos y sociales: la pérdida de empleos, la imposibilidad de cobrar los créditos laborales y la quiebra de empresas podía provocar tensiones sociales no deseadas por ningún agente, lo que incitaba a los gobiernos a intervenir intentando reducir los costes sociales y asumiendo los económicos de la readaptación industrial. El modo de su actuación era inyectando dinero público a las empresas por diversos conceptos. Entre ellos, mediante la satisfacción de parte de las deudas laborales de aquellas firmas que se encontraban con dificultades de liquidez antes de llegar a una situación irreversible de quiebra, lo que facilitaba su recuperación económica y su transformación tecnológica. El capital necesario para dicha financiación estatal provenía de los ciudadanos, por tanto, es en este sentido en el que se puede afirmar que el riesgo de una empresa se perdía o tendía a socializarse.

Bajo el contexto de apoyo estatal a la empresa privada y socialización de las pérdidas para evitar males mayores nacieron en los países europeos, mecanismos de protección de los salarios mediante nuevas técnicas aseguradoras de salarios. Con la aparición de éstas se consiguió, por una parte, superar las deficiencias de anteriores mecanismos de protección del crédito laboral, ya que la nueva técnica permitía cobrar el crédito laboral al margen de que el empleador poseyera más o menos bienes ejecutables, lo que evitaba conflictos sociales. Por otra parte, el seguro de salarios se constituyó como un instrumento de apoyo a la economía empresarial, porque concedía una moratoria en el pago de créditos de carácter laboral, que solían ser cuantiosos y con ello, favorecía la inversión en la transformación tecnológica y el redimensionamiento de la empresa permitiendo así, su subsistencia y evitando posibles quiebras de sus acreedores. Además, la introducción de la técnica aseguradora eliminaba la necesidad de extender el ámbito del privilegio del crédito salarial, con lo que se evitaban perjuicios a otros acreedores que también debían efectuar el cobro de sus deudas para seguir realizando su actividad y no incurrir en una futura quiebra.

La fórmula adaptada para la garantía de los créditos laborales consiste, básicamente, en la existencia de un fondo público que se nutre de las aportaciones que

realizan los empresarios y cuya función es garantizar los salarios e indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo, en el caso de insolvencia del empleador, posteriormente el organismo tratará de recuperar lo abonado subrogándose en los derechos y acciones de los trabajadores frente al empresario. La implantación de los mecanismos aseguradores de salarios difirió en los distintos países aunque su funcionamiento era el mismo para todos. Al ser un mecanismo que asegura los créditos laborales y éstos tener unas dimensiones sociales, se podría enmarcar como una entidad oficial de seguro social obligatorio. Pero también podría equipararse a las técnicas utilizadas en los seguros, donde un organismo que funciona como ente asegurador y que se nutre de las contribuciones de todos los sujetos expuestos al riesgo que trata de amparar, hace frente al pago de los créditos asegurados cuando se produce un riesgo determinado. Sin embargo, existen diferencias fundamentales entre el seguro de salarios y los seguros sociales y los seguros privados que hacen que el seguro de salarios se vaya convirtiendo en un instrumento más que contribuye, de forma propia, al fortalecimiento del estado del bienestar.

En un seguro, los individuos se protegen de un riesgo trasladando su parte económica, en caso de su suceso, a la compañía de seguros a través del pago de una prima. Por el contrario, en el caso del seguro de salarios, aunque el empresario haya contribuido escrupulosamente en sus cuotas, sigue estando obligado a realizar el pago de salarios e indemnizaciones por despido a sus trabajadores y sólo intervendrá el organismo asegurador en caso de la insolvencia. Se trata de una actuación subsidiaria y además, con posibilidad de reembolsar las cantidades, ya que el seguro de salarios se subrogará en los derechos del trabajador frente al empresario a diferencia de un seguro, donde la compañía asume la parte económica del riesgo en el momento que suceda el hecho contra el cual el individuo está asegurado, eximiendo a éste de toda responsabilidad económica del mismo. El seguro de salarios también se podría asimilar a los seguros de créditos, ya que el riesgo que protegen ambos es el mismo: la insolvencia del deudor. Pero el seguro de salarios va más allá, pues no es un seguro privado, no nace de la iniciativa de aquellos que están expuestos al riesgo que trata de amparar. Ni trabajadores ni empresarios se anticiparon a la actuación de los gobiernos y

crearon los seguros de salarios, sino que su nacimiento se debió a la voluntad de los gobiernos, lo que le da un carácter público.

La técnica aseguradora aparece como un “instrumento de pacificación social”, lo que podría asimilarse a un sistema de Seguridad Social. En primer lugar, porque es un seguro de carácter público, su creación es a instancias de los gobiernos. En segundo lugar, porque los gobiernos ejercen su poder de coacción para obligar al pago de las cotizaciones y por último, porque protege a toda la población trabajadora de un riesgo social manteniendo el principio de solidaridad. No obstante, existen diferencias que separan ambas técnicas. Por una primera parte, las diferencias provienen de la gestión y regulación del seguro de salarios. En primer lugar, garantiza los créditos laborales del trabajador, y por ello es materia del ordenamiento laboral y no de la Seguridad Social, aunque existan conexiones sociales. En segundo lugar, se financia a través de vías propias y sus prestaciones sólo se dedican a la protección de los créditos laborales, a pesar de que pueda utilizar las infraestructuras de recaudación de la Seguridad Social. En tercer lugar, la gestión se encomienda a una institución distinta de las de la Seguridad Social.

Por una segunda parte, las diferencias también provienen desde el lado de la intervención y abono de prestaciones. En primer lugar, los organismos de Seguridad Social tratan de compensar una pérdida de ingresos o reducir un exceso de gastos para los individuos pero, una vez realizado la intervención, no intentan recuperar la prestación realizada. Por el contrario, el seguro de salarios garantiza la percepción de ciertos derechos limitados de los trabajadores en algunos supuestos, pero posteriormente intentará recuperar lo abonado. En segundo lugar, la Seguridad Social pretende alcanzar, en sus prestaciones, a todos los ciudadanos de forma genérica y universal, mientras que la técnica aseguradora sólo protege a una parte de la población que, aunque amplia: todos los trabajadores asalariados, no son todos los ciudadanos del Estado. En tercer lugar, la Seguridad Social se financia a través de los ingresos estatales, sin embargo, el seguro de salarios lo hace a través de cotizaciones específicas, ya que no

se puede obligar a todos los sujetos del Estado a financiar un supuesto en el que no van a incurrir. En cuarto lugar, no existe conexión entre las prestaciones y las cotizaciones al Fondo.

Por una tercera y última parte, las diferencias provienen por el modelo de financiación elegido para los seguros de salarios. Se dispuso que el seguro de salarios, debía financiarse con las aportaciones efectuadas por todos aquellos que tuvieran a su servicio trabajadores por cuenta ajena. El hecho de que contribuyan a la financiación del seguro de salarios tanto empresarios que pueden estar sometidos a la insolvencia como aquellos que, por su naturaleza y régimen jurídico público, no puedan dar ocasión a la actuación reparadora del seguro, sirve como elemento que caracteriza al Organismo y lo separa tanto de las técnicas de Seguridad Social como de los mecanismos del seguro de crédito. Con el modelo de financiación ampliado y obligatorio, incluso para aquellos que no corren el riesgo por el que están cubiertos, la técnica del seguro de salarios se asemeja más a un fondo de solidaridad interempresarial que a un seguro privado o a un sistema de Seguridad Social. En definitiva, la creación del seguro de salarios se va separando tanto del concepto de seguro privado como de la naturaleza de los seguros sociales pero, simultáneamente, se va configurando como un sistema de servicio público que busca el bienestar colectivo al proteger unos riesgos de fuerte repercusión social que los agentes, por si solos, no podrían cubrir o, en caso de hacerlo, les sería mucho más costoso. Por lo tanto, a pesar de cumplir unos principios sociales y de solidaridad que acercan al seguro de salarios a la Seguridad Social, la técnica aseguradora también afecta a la vertiente privada de la economía y al ámbito de las relaciones laborales, ya que permite descargar parte de los costos de las empresas para reducir el tamaño de sus plantillas, lo que flexibiliza las condiciones del mercado de trabajo y facilita el redimensionamiento empresarial para mantener la viabilidad de la unidad de producción.

Si bien la técnica aseguradora, como se conoce hoy en día, no se implanta en España hasta 1976, no era del todo desconocido la existencia de leyes que, aunque dispersas entre distintas regulaciones y sin llegar a aplicar autentica técnica del seguro

de salarios, sí se podrían aproximar a mecanismos que garantizaban parte de los créditos laborales ante las dificultades económicas empresariales. Las leyes embrionarias del Fogasa datan de los sesenta y tienen un rasgo común: el establecimiento de una garantía para el pago de las indemnizaciones derivadas de ciertos supuestos de extinción de la relación laboral cuando el empleador era declarado insolvente. Entre ellas destacan las normas que creaban y regulaban el Seguro de Desempleo, las que hacían lo propio con el Fondo Nacional de Protección al Trabajo (FNPT) y las normas sobre extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas. Se puede decir que el embrión de la técnica aseguradora es el artículo 20 de la Ley 62/1961, de 22 de julio, sobre Seguro de Desempleo y sus posteriores desarrollos.

Así, esta Ley recogía que los derechos reconocidos al trabajador en cuanto a indemnizaciones y Seguridad Social en sentencia de la Magistratura de Trabajo, serían abonados por el Seguro de Desempleo en el caso de que el empleador fuese insolvente y el trabajador quedase en situación de desempleo involuntario. De forma incompleta y ambigua se aseguraban los créditos laborales de los trabajadores desempleados, aunque no los salariales que seguían estando protegidos por la técnica del privilegio. La Ley carecía de concreción en cuanto a supuestos de intervención, lo que permitía que encajaran las situaciones de la quiebra, la suspensión de pagos y el concurso de acreedores. Pero no existía una entidad encargada, exclusivamente, a garantizar los créditos laborales, financiada por cotizaciones y cuya función fuera, específicamente, la de intervenir cuando el riesgo protegido sucedía, sino que era el Seguro de Desempleo, quien a través del Instituto Nacional de Previsión (INP), garantizaría dicho cobro a los trabajadores. Este mecanismo de protección se recogió en las modificaciones y reformas del Seguro de Desempleo y de la Seguridad Social. La garantía de las indemnizaciones se iba a llevar a cabo como una “prestación complementaria” a las prestaciones por desempleo, siempre que estuvieran reconocidas por sentencia de Magistratura de Trabajo y el empresario obligado a abonarlas fuera insolvente, y sería el INP el encargado de abonarlas y de subrogarse en los derechos del trabajador, convirtiéndose así, como el mecanismo asegurador aunque financiado por el Seguro de Desempleo.

La Orden Ministerial de, 15 de julio de 1970, fue un avance en la técnica aseguradora. En ella, se concretaban los supuestos en los que estaban cubiertas las

garantías laborales, no sólo la insolvencia empresarial sino también la quiebra fortuita o fraudulenta y la suspensión de pagos, provisional o definitiva. En las modificaciones de 1972 y 1974, se unifica el nivel de protección y garantía de todos los trabajadores que se vieran desprovistos de su empleo, al sustituir el concepto de indemnizaciones por despido por el de indemnizaciones nacidas por la extinción laboral. Con ello, quedaban garantizadas, también, las indemnizaciones que procedieran de despidos por causas económicas o tecnológicas y los Expedientes de Regulación de Empleo, incluso las de aquellos trabajadores que hubieran extinguido la relación laboral por propia voluntad fundada en justa causa. El sistema de garantía de los créditos indemnizatorios fue muy utilizado en la España de los sesenta, lo que dio lugar a un importante trasvase de obligaciones de las empresas al INP, evidenciando la necesidad de crear una institución que tuviera como única función la garantía de los créditos laborales de los trabajadores, con una claridad meridiana de los supuestos de garantía y que fuera financiada por cotizaciones específicas.

Hubo otra institución que ejerció como rudimentario mecanismo de protección de los créditos laborales: el Fondo Nacional de Protección al Trabajo (FNPT), creado por la Ley 45/1960, de 21 de julio, aunque sólo garantizaba derechos nacidos de la extinción laboral por causas económicas o tecnológicas. Entre sus objetivos tenía el de conceder ayudas a los trabajadores que terminaran su relación laboral debido a reestructuración o regulación de empleo. El FNPT se concebía como una institución con una finalidad social, pues pretendía beneficiar a los trabajadores en situación de desempleo involuntario por reconversión dándoles, entre otras ayudas y auxilios, un complemento a las prestaciones por subsidio de desempleo. Por otra parte, los Planes de Inversión también contemplaban la posibilidad de que el Fondo Nacional de Protección al Trabajo concedería préstamos reintegrables a las empresas que, como consecuencia de un proceso de reconversión y reorganización tuvieran que reducir el número de trabajadores, estos préstamos debían ser utilizados para abonar a los trabajadores las indemnizaciones por despido fijadas por Magistratura de Trabajo, incluso a veces, podía ser el FNPT quién abonara las indemnizaciones, subrogándose después en el crédito del trabajador.

A pesar de estas obligaciones del FNPT seguía sin existir un organismo destinado exclusivamente a garantizar los créditos laborales de los trabajadores, con unas cotizaciones específicas y unos supuestos de intervención determinados. Por el contrario, el FNPT se financiaba a través de los rendimientos del Impuesto sobre Negocios y Transmisiones de Valores Mobiliarios y, a partir de 1964, con la reforma de sistema tributario, lo hacía a través del recién creado Impuesto de Sociedades. Aunque lo que más alejaba al FNPT de un autentico seguro de salarios era el “carácter graciable” de las ayudas que, en lugar de enmarcarse en el ámbito estricto de la Asistencia Social como un servicio público, estaban cerca de la Beneficencia, pues dependía de la discrecionalidad del Patronato del FNPT el disfrute o no de las ayudas.

Finalmente, la técnica aseguradora de salarios llegó a España con la creación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en 1976. Es un Organismo Autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Su función principal siempre ha sido la de abonar los salarios pendientes de pago y las posibles indemnizaciones, a causa de insolvencia o concurso del empresario. Lo que ha dado lugar a las prestaciones por insolvencia.

Las prestaciones por insolvencia son de carácter subsidiario, y por tanto, el Fondo siempre intentará recuperarlas subrogándose en los derechos y acciones de los trabajadores frente al empresario, ya que estos créditos siguen manteniendo el carácter privilegiado que le confiere la ley.

De cara al reintegro de las cantidades adeudadas, se determinó que el Fondo podría concluir “convenios o acuerdos de devolución” en los que se concretaban los aspectos relativos a las formas, los plazos y las garantías de la devolución de las cantidades abonadas conjugando la eficacia de la recuperación de cantidades, la continuidad empresarial y la salvaguardia del empleo. La posibilidad de firmar acuerdos de devolución permitiría a las empresas posponer el coste del despido y fraccionarlo en

cómodos plazos, convirtiendo así una deuda de cobro inmediato en una a devolver a largo plazo, lo que dará a la empresa la posibilidad de reestructurarse.

Asimismo, desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores de 1980, el Fondo asumió un ámbito de acción más amplio y de distinta naturaleza y sentido que el meramente subsidiario. Desde 1980, apareció un presupuesto más de intervención: La responsabilidad directa del Organismo en el pago de parte de las indemnizaciones por despido en el caso de empresas de menos de 25 trabajadores. Lo que dio lugar a las prestaciones por regulación y que configuró al Organismo como un medio de asistencia económica a la pequeña empresa.

En el momento de la creación del Fogasa también se determinó su modelo de financiación. La captación de recursos líquidos estaría limitada por dos tipos de restricciones que establecerían un “techo y un suelo”, según palabras de Ministro del ramo, aunque realmente marcaban dos techos. El primer tope hacía referencia a la cuantía máxima que integraría el Organismo. Fue establecida en un 1,5 por mil del volumen anual de remuneraciones de los asalariados.

Esta cuantía sería el fondo económico del que el Organismo podía disponer para desarrollar su función y realizar los pagos de las prestaciones a las que estaba obligado, se constituía por una sola vez y se tenía que ir reponiendo conforme se utilizaran sus recursos.

La reposición se realizaría a través de cuotas que estaban obligados a pagar todos aquellos que tuvieran a su servicio trabajadores por cuenta ajena que se podría elevar si se agotaban los fondos, dando lugar así, a la segunda limitación cuantitativa que establecía como contribuciones de los empresarios un 0,2 por ciento de los salarios que servían como base a la cotización de la Seguridad Social. Los tipos de cotización

serían establecidos anualmente por el Ministerio de Trabajo y dependerían de las necesidades del Fondo en cada momento.

En general, aunque la técnica aseguradora de salarios nació por la relevancia social de la insolvencia empresarial y la consiguiente pérdida de créditos laborales acaecidas durante un profundo periodo de crisis, una vez superada esta fase del ciclo económico, las insolvencias tendieron a reducirse. El apremio de solventar lo que se podría traducir en conflictos sociales iba desapareciendo, pero el hecho de que se hubieran creado instituciones públicas que garantizaran un mínimo de los créditos laborales de trabajadores tendría sus efectos sobre la economía, el mercado de trabajo y el bienestar social.

La intervención del Estado en este sentido no sólo ha cubierto un riesgo posible y, por tanto, evitado conflictos sociales sino que, a través de los distintos supuestos de intervención y del modelo de financiación y de gestión del seguro de salarios, éste se ha convertido en una institución de apoyo a sectores económicos con el objetivo de mantener su viabilidad y salvaguardar el empleo, así como, en un instrumento para distribuir la riqueza.

La forma en la que se suministre un seguro de salarios a la sociedad repercutirá directamente en la mayor posibilidad de redistribuir la riqueza y, aunque un seguro de salarios podría ser suministrado por el sector privado, la provisión pública es más eficiente y equitativa que la privada por la existencia de fallos de mercado, por los costes de transacción, por la probabilidad de déficit de propio seguro de salarios en las fases de crisis económica, por el modelo de financiación y gestión y por la existencia de la información asimétrica y la selección adversa en el ámbito de los mercados de seguros. Por ello, el seguro de salarios español: Fogasa, al ser público y no estar sujeto a criterios de rentabilidad, se ha convertido en un buen instrumento de los gobiernos para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos mejorando el bienestar social y favoreciendo la redistribución de la renta desde diversas vertientes como lo social, la sectorial y la territorial.

El Fondo de Garantía Salarial es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo. Este modelo de gestión del seguro de salarios permite, por una parte, una descentralización técnica del organismo que lo acerca a los beneficiarios mejorando la calidad del servicio y, por otra, mantiene una estrecha vinculación con el Estado, como elemento creador del Ente, a través de la dependencia con el Ministerio de Trabajo. Por ello, se puede decir que la redistribución territorial de la renta es consecuencia, básicamente, de la estructura organizativa del Fogasa.

El Fondo se compone de dos clases de órganos: los centrales y los periféricos. Los centrales son los que coordinan, dirigen y actúan como correas transmisoras de información y aplicación de políticas entre las unidades provinciales y el propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la relación permanente con la Secretaría empleo. Los órganos centrales son, por una parte, el Consejo Rector, que tiene como función más significativa la elaboración de los criterios de actuación del Fogasa bajo las directrices emanadas del Ministerio y, por otra parte, la Secretaría General a quien corresponde la resolución de los recursos y la decisión definitiva sobre los expedientes provinciales.

A los órganos periféricos les corresponde la actuación más ejecutiva y próxima a los beneficiarios. La creación de las unidades provinciales del Fogasa permitieron una mejora en la prestación de los servicios al descongestionar y recibir algunas competencias de la Secretaría General, sin embargo, corresponde a ésta la última palabra en la resolución de los expedientes y el abono de las prestaciones.

La estructura organizativa y el modelo de gestión, permite, como en el caso de la Seguridad Social, que se den unas transferencias de competencias a entes territoriales menores, lo que mejora la calidad de los servicios pero que se mantenga centralizado el poder de decisión salvaguardando el criterio de unidad de caja y el principio de solidaridad territorial. El trasvase de recursos desde unas comunidades y provincias

excedentarias hacia otras deficitarias arranca del criterio de caja única y, por este motivo, corresponde al Estado, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la planificación y coordinación del sistema, sin que se prevean mayores transferencias de competencias hacia otras instituciones territoriales.

El criterio de caja única que rige el Fondo de Garantía Salarial permite ejercer una solidaridad interterritorial y por tanto, distribuir la renta desde unas comunidades autónomas en las que se producen menos insolvencias y necesidad de recurrir al Fondo hacia otras que, por su entramado empresarial y económico, necesitan de mayor asistencia del Fogasa.

El gobierno español, desde 1982 fue elaborando unos Planes de Reversión industrial para ayudar a las empresas del ramo a afrontar su modernización tecnológica. Sectores industriales como el acero, fuertemente instalados en la comunidad vasca, se beneficiaron de estos Planes y percibieron ingentes cantidades de dinero que salían de los presupuestos generales y hacían más fácil la reversión de las empresas. Sin embargo, a pesar de estas importantes ayudas económicas a las empresas vascas hubo elevado número de insolvencias que obligó a los trabajadores vascos a cobrar sus créditos laborales del Fogasa, quien pudo abonarlos gracias a la solidaridad interterritorial que emana del Organismo. El criterio de caja única evitó conflictos sociales en Valencia y País Vasco al realizar una transferencia de renta desde Madrid.

El segundo periodo sería el de los años de bonanza económica e iría desde 1985 hasta 1992. En este caso, la solidaridad de la Comunidad de Madrid y, en menor medida, la andaluza permitió que, nuevamente, los trabajadores vascos y valencianos pudieran cobrar sus créditos laborales. La recuperación económica no parecía que llegara a estas comunidades a tenor de los saldos del Fondo. Ni los planes de reversión de los que disfrutaron vascos ni la bonanza económica evitaban que

siguieran sufriendose en estas dos comunidades un importante número de insolvencias que hacía que el Fogasa abonara más de lo que recaudaba por cuotas.

El tercer periodo comprendería desde 1992 hasta 1995, años en los que, a pesar de la nueva crisis económica, el Fondo de Garantía Salarial fue ligeramente superávitaro en la mayor parte de comunidades autónomas permitiendo transferir los recursos de madrileños y andaluces, fundamentalmente, a vascos, catalanes y valencianos. Los últimos años estudiados del Fogasa corresponden al último periodo de crecimiento económico y, como en el anterior, a pesar de la bonanza económica las comunidades valenciana, catalana y vasca seguían siendo deficitarias. El criterio de caja única ha permitido mantener la paz social en las comunidades autónomas donde, por su tejido económico y empresarial, han sufrido más insolvencias obligando a los trabajadores a cobrar del Organismo. La renta ha pasado de las Comunidades que pagaban más y tenían empresas más exitosas a las que gastaban más por tener empresas menos boyantes manteniendo así, no sólo la paz social sino también el empleo. No obstante, desde principios del siglo XXI todas las comunidades autónomas tienen saldos superávitaros en el Fondo, lo que indica que en las comunidades tradicionalmente deficitarias se han corregido las insolvencias. La economía local y el tejido empresarial ya no necesitan de la renta procedente de otros territorios españoles. Desde los años 2000 las comunidades autónomas deficitarias han invertido los saldos del Fondo y se han convertido en superávitaras, lo que servirá para compensar y financiar los posibles futuros déficit. Por tanto, se puede concluir que el Fogasa ha contribuido en la redistribución territorial de la renta interviniendo tanto en los aspectos privados de la economía como en el manteniendo del bienestar social.

Con el modelo de financiación ampliado y obligatorio del Fogasa, incluso para aquellos que no corren el riesgo por el que están cubiertos, la técnica del seguro de salarios se asemeja más a un fondo de solidaridad interempresarial que a un seguro

privado. Así, aunque son los trabajadores quienes reciben las prestaciones del Fondo, sin embargo, las empresas que recurren al Organismo también salen beneficiadas al disfrutar de una reducción en el coste de los despidos y una moratoria en el pago de esas deudas. El ahorro del que se benefician las empresas ante los despidos de trabajadores y que nos permite hablar de una redistribución sectorial de la renta se obtiene mediante dos supuestos de intervención del Fogasa. Uno, cuando actúa de forma subsidiaria, esto es, interviniendo como un seguro de salarios al abonar los créditos laborales en caso de que el empresario no pueda afrontarlos y subrogándose en los derechos y acciones de los trabajadores frente al empresario con el fin de recuperar las cantidades satisfechas. Lo que se conoce como prestaciones por insolvencia. El otro, cuando actúa de forma directa, es decir, cuando el Fogasa abona parte del coste de los despidos, de forma obligatoria, en el caso de pequeñas empresas. Lo que da lugar a las prestaciones por regulación.

El primer caso, el Fogasa como seguro de salarios, ha provocado que se considerase al Organismo como una institución pública que reducía los gastos del redimensionamiento empresarial, fundamentalmente en aquellos sectores económicos que estaban obligados a reestructurarse para afrontar las nuevas exigencias de los mercados y no disfrutaban de ningún otro tipo de ayudas económicas para afrontarlos. Sectores tradicionales como las manufacturas y la construcción, donde ha predominado la pequeña empresa han sido los principales usuarios del Fondo. Más de dos tercios de las intervenciones del Organismo van destinadas a empresas de menos de 25 trabajadores y más de un tercio de las asistencias van dirigidas a empresas pertenecientes al sector manufacturero, incrementándose los porcentajes en los periodos de crisis. Las necesidades de reducir las plantillas en sectores intensivos en mano de obra y con escasa capacidad financiera debido al tamaño empresarial provocaba que, la reducción de demanda fuese acompañada, inmediatamente, de un excedente de mano de obra que obligaba a la empresa a abonar unos importes por indemnizaciones por despido que no solían disponer. La falta de liquidez llevaba muchas veces asociada la insolvencia y, por extensión, el recurso al Fogasa.

El distinto trato a la hora de obtener asistencia para afrontar la crisis ha permitido que, con lo que se recaudaba de unas compañías pertenecientes a unos sectores que no utilizaban el Organismo, se pudiera financiar el redimensionamiento empresarial de otras. Lo que ha permitido que, mediante el Fogasa, se vaya consolidando un flujo de recursos desde las grandes empresas hacia las pequeñas, desde unas actividades económicas más rentables hacia otras menos florecientes, consiguiendo así, el mantenimiento empresarial, la salvaguarda el empleo y una redistribución sectorial de la renta.

Sin embargo, el Fogasa no sólo actúa como un seguro de salarios. El Fondo de Garantía Salarial tiene la responsabilidad directa de abonar el 40 por ciento de las indemnizaciones a los trabajadores que hayan visto extinguido su contrato de trabajo en empresas menores de 25 trabajadores y que hubieran alegado causas económicas, técnicas organizativas o de la producción para la extinción de las relaciones laborales, lo que se conoce como prestaciones por regulación, (Artículo 33.8 del Estatuto de los trabajadores). Mediante este supuesto de intervención se abunda, no sólo en el aspecto económico empresarial de la intervención sino también, en el objetivo de la solidaridad intersectorial.

La extensión de la responsabilidad del Fogasa a las prestaciones por regulación confirma que la finalidad del Ente no sólo es la de actuar como un seguro de salarios sino que también busca ser un instrumento de política económica y social destinado a facilitar la reasignación de los recursos en las pequeñas empresas. La ayuda a las pequeñas empresas se concibe dentro del ámbito de la eficiencia, en el sentido de protección de aquellas unidades productivas que por sus dimensiones tienen mayores dificultades en el mercado y son más débiles

El Fondo de Garantía Salarial se ha consolidado, en los últimos años, en un instrumento que interviene en el ámbito de la economía privada, a través de la reducción los costes empresariales de despido, con el objetivo de flexibilizar y liberalizar los procesos de reducción de plantillas y apoyando la viabilidad de las pequeñas empresas. Pero al mismo tiempo y mediante el mismo supuesto de intervención, el Fogasa ha sido

un buen instrumento para redistribuir la renta desde las grandes empresas hacia las más pequeñas apostando, claramente, por la solidaridad interempresarial.

Esta actuación viene complementada desde 1985, con la Reforma del Organismo y la posibilidad de firmar los "acuerdos o convenios de devolución", los cuales dan la posibilidad de alargar en el tiempo la deuda de empresas que han reducido sus plantillas en aras de una mejor organización y mayor competitividad futura pero que adolecen de suficiente liquidez para saldar sus compromisos pecuniarios. Con ellos se pudo alcanzar un doble objetivo. De un lado, se consolidó el mecanismo de garantía salarial como un eficaz instrumento de socialización de las cargas, por otro, se consiguió un objetivo de calado económico, como es el de procurar el mantenimiento del empleo y de la empresa, asumiendo los costes que le corresponden a ella pero con el propósito de devolver las cantidades anticipadas por el Fondo mediante el fraccionamiento y aplazamiento de la deuda, conjugando la eficacia de la recuperación de cantidades, la continuidad empresarial y la salvaguarda del empleo. Las finalidades encomendadas al Fogasa son típicamente públicas: proteger a una parte considerable de la población, la que trabaja por cuenta ajena, frente al posible riesgo de insolvencia del empleador. En este caso, quien recibe los pagos del Fogasa es el grupo social de los trabajadores pero quien realiza los pagos a través de cotizaciones obligatorias, es el grupo de las empresas, lo que permite una transferencia de recursos desde los empleadores hacia los empleados, desde el capital hacia la mano de obra. No obstante, si a esta función del Ente que permite trasvasar recursos al grupo de trabajadores le añadimos el modelo de financiación, la ganancia de bienestar para la sociedad es mucho mayor. El Estatuto de los Trabajadores y las leyes que regulan el Fogasa establecen que todas las empresas están obligadas a cotizar por sus empleados sin establecerse diferenciación en el tipo impositivo o prima, independientemente de sus situación financiera, de su viabilidad, de su tesorería actual y pasada e incluso de su posibilidad real de quiebra. Además, la obligatoriedad de financiar al Ente público también llega a la propia administración que no queda excluida de la obligación de cotizar por sus empleados aunque, por su naturaleza, no puede quedar sometida a procedimientos concursales. Esta forma de financiación junto con el hecho de que el Organismo no está sujeto a maximizar

beneficios, como ocurriría en una oferta de seguro de salarios privada, le permite al Fogasa ofrecerse a un precio o cotización bajo al mismo tiempo que cubre a todos los trabajadores del mercado laboral. La oferta del seguro de salarios pública sería independiente del precio del mismo y, además, cubriría a todos los empleados, lo que reportaría un mayor bienestar para la sociedad.

El Fondo de Garantía Salarial se creó en 1976. La grave crisis económica que reducía las posibilidades de supervivencia de muchas empresas y aumentaba los trabajadores que no podían cobrar sus créditos laborales, así como el reflejo de las corrientes ideológicas europeas llevaron a la recién estrenada democracia española a la creación de una institución de garantía salarial. Ello no quiere decir que anteriormente no estuvieran protegidos los créditos laborales, ya que el privilegio salarial existe en España desde el siglo XIX, sino que era la primera vez que se creaba una institución cuya finalidad fuera exclusivamente la de la garantía salarial y que se rigiera por unos supuestos de intervención claros, con una financiación concreta y con un ámbito de actuación determinado.

Hasta la creación del Fogasa, los trabajadores que sufrían una insolvencia empresarial podían intentar cobrar los salarios pendientes de pago gracias a la condición de créditos privilegiados frente al resto de acreedores en los procesos de ejecución colectiva. Sin embargo, estos procedimientos no aseguraban el cobro, ya que ante una situación insolvencia el empleador no solía tener patrimonio suficiente ni para saldar las deudas de acreedores privilegiados. Además, solían existir otros créditos no salariales, como las indemnizaciones por despido, que no gozaban de protección, las cuales tuvieron que esperar hasta los años sesenta para que el Fondo Nacional de Protección al Trabajo y el Instituto Nacional de Previsión las garantizaran, aunque sólo para las extinciones de contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas. De forma incompleta y ambigua se aseguraban parte de los créditos laborales, aunque no los salariales, que seguían estando protegidos por la técnica del privilegio.

La probabilidad de que en un contexto de crisis generalizada se entrase en una espiral de insolvencias empresariales y trabajadores en paro y sin cobrar sus créditos

laborales era alta, lo que podía llevar a graves conflictos sociales y políticos. Por ello, en la década de los setenta, en Europa y España, se crearon las instituciones de garantía salarial.

La fórmula adoptada para la garantía de los créditos laborales consiste, básicamente, en que un organismo o fondo público creado para ese fin, asume la obligación de abonarlos en el caso de que el primer obligado a ello no sea solvente. El organismo se financia de las cotizaciones obligatorias de todas las empresas y posteriormente tratará de recuperar lo abonado.

La garantía de poder cobrar los créditos laborales, independientemente del patrimonio del empleador, ha dado estabilidad al sistema de relaciones socio laborales, pero al mismo tiempo, el seguro de salario: Fogasa, al ser un organismo público y no estar sujeto a criterios de rentabilidad económica se ha convertido en un buen instrumento para elevar el bienestar social mediante la redistribución de la renta desde la vertiente social, sectorial y territorial.

El modelo de gestión y la estructura organizativa del Fogasa le ha permitido mantener el criterio de caja única y practicar una solidaridad interterritorial. Desde este punto de vista hemos comprobado que, durante la mayor parte de años de vida del Fondo, la Comunidad de Madrid y, en menor medida, la andaluza han mantenido unos saldos superavitorios que han sufragado el déficit de las unidades provinciales del Fondo en las comunidades de Valencia, Cataluña y País Vasco. El criterio de caja única y el principio de solidaridad interterritorial que rigen el Organismo han propiciado la transferencia de renta de unas comunidades donde no se recurría al Fondo hacia otras donde, por su tejido económico y empresarial, se ha utilizado mucho más.

Desde el punto de vista de la redistribución sectorial de la renta podemos decir que el modelo de financiación y los supuestos de intervención del Organismo han sido fundamentales para lograrlo. El que estén obligados a contribuir financieramente con el Fogasa todas las empresas, aunque no corran el riesgo por el que están cubiertos, ha respaldado la transferencia de recursos económicos desde unas empresas pertenecientes a sectores más boyantes a otras de sectores más débiles y desde las grandes empresas con mayor poder económico y escasa probabilidad de insolvencia hacia las más

pequeñas con un mayor riesgo. Tradicionalmente, casi la mitad de los usuarios del Fogasa han pertenecido al sector manufacturero y, si se incluye la construcción han alcanzado los dos tercios. Además, casi el noventa por ciento de las intervenciones han sido destinadas a empresa de menos de 25 trabajadores. Por tanto, los sectores manufactureros y construcción, donde predomina la pequeña empresa, han sido los beneficiarios de un sistema de financiación obligatorio y ampliado. Además, la responsabilidad directa del Organismo en el pago de parte de las indemnizaciones por despido en el caso de empresas de menos de 25 trabajadores ha enmarca al Fondo como una institución estatal de redistribución de riqueza a favor de las pequeñas unidades productivas, saltando de la actuación aseguradora de unos créditos con los trabajadores a una asistencia económica a la pequeña empresa. La cofinanciación del despido objetivo para la pequeñas empresas ha reducido su coste desde veinte días por año trabajado hasta doce, lo que supone un ahorro en el caso de necesitar redimensionarse favoreciendo así, la continuidad de la empresas como fuente generadora de empleo y riqueza. Con esta actuación, el Fogasa no sólo ha fomentado la solidaridad interempresarial al trasvasar recursos de las empresas mayores a las pequeñas sino que también ha actuado sobre la economía influyendo en las decisiones de empleo y trabajo de las empresas. El Fondo de Garantía Salarial también promueve la solidaridad interempresarial y actúa como instrumento de política económica y laboral mediante la posibilidad de firmar "acuerdos o convenios de devolución" con las empresas. Así, por una parte, facilita que los empleados despedidos cobren sus créditos y por otra, le concedería a la empresa una moratoria en el pago de los créditos laborales que podría ser la vía para mantener la empresa, reorganizar sus necesidades financieras y salvaguardar los empleos subsistentes. Ha sido un buen instrumento de redistribución de riqueza desde el capital hacia la mano de obra, ya que quien recibe los pagos es el grupo social de los trabajadores pero quien realiza los pagos a través de cotizaciones obligatorias, es el grupo de las empresas. El Fogasa ha contribuido en la redistribución social de la renta. En este sentido hemos comprobado que, gracias al modelo de financiación y a la naturaleza estrictamente pública del Ente, que le permite no estar sujeto a la maximización de beneficios, la oferta del seguro de salarios es independiente del precio, pudiendo proveerse a un precio bajo y asegurando a todos los trabajadores del mercado laboral, lo que permite que tanto trabajadores como empleadores se sitúen

en una curva de frontera de posibilidades de utilidad más alta que con una provisión privada de seguro de salarios contribuyendo así, a la mejora del bienestar social.

El Fondo de Garantía Salarial a través de su modelo de gestión, de financiación y de intervención se ha configurado tanto como un instrumento de política laboral y social destinado a facilitar la reasignación de los recursos en las empresas como en un buen canal redistribuidor de la riqueza basado en la solidaridad de grupo, puesto que se trasvasan recursos de unas regiones con empresas más solventes a otras con empresas menos ricas, de unos individuos a otros, de unos sectores boyantes a otros con tensiones económicas y de unas empresas más grandes y potentes a otras más débiles financieramente y pequeñas, manifestando una apuesta clara del Estado por el mantenimiento del Estado del bienestar.

Su estructura está compuesta por una Secretaría General y cincuenta y dos Unidades Administrativas Periféricas, ubicadas en cada una de las provincias del territorio nacional. Su filosofía queda enmarcada en las líneas de actuación que el organismo está impulsando, para que en los próximos años mejore el servicio que presta a los trabajadores y a las empresas, y por extensión, a todos los ciudadanos.

II. LA REMUNERABILIDAD COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO

El objeto del contrato de trabajo regulado por el ordenamiento laboral ha de ser oneroso, lo que implica una contraprestación de contenido económico, aunque ello no excluye, como se estudia en el comentario "Actividades excluidas del campo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores", que existan trabajos donde no se genere dicha compensación económica o salario. En cualquier caso, estos trabajos gratuitos quedarían fuera del ámbito laboral, sin que en principio obste a la existencia de la citada relación laboral la reducida cuantía de la misma o sus diferentes modalidades.

Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad

Siguiendo con lo desarrollado en el comentario Actividades excluidas del campo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores sobre las actividades excluidas del contrato de trabajo, el apdo. 3 d) del Art. 1, ET, excluye de su ámbito de aplicación los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad. La exclusión se justifica, por un lado, porque el prestador de servicios no tiene un vínculo obligatorio con el empresario, y por tanto no existe deber jurídico de obedecerle, faltando el requisito de la dependencia; y, por otro lado en que, además, es un servicio sin retribución, gratuito y cercano a la donación.

Medidas que garantizan la efectividad del salario

En materia salarial el ordenamiento jurídico-laboral se caracteriza por establecer una serie de medidas que garantizan que el salario sea efectivamente percibido y conservado por el trabajador (Art. 27, ET). En esta aptitud se refleja el carácter tutelar que tradicionalmente se asigna al Derecho del Trabajo y que va a servir, además, como indicio determinante de laboralidad. De este modo, una de las características de la retribución que incide en afirmar el carácter laboral del vínculo contractual es la garantía de su percibo, donde la obligación retributiva se mantiene aún en los casos en que la utilidad patrimonial que el trabajo produce sea menor de la esperada, o incluso nula. Desde esta perspectiva, el salario no sólo es elemento esencial del contrato de trabajo, sino también propio y exclusivo del mismo y, por ello, se debe incluso en ciertos casos en que no hay trabajo efectivo, así ocurre por ejemplo en los supuestos de imposibilidad de prestación por causas imputables al empresario (Art. 30, ET).

La garantía en la percepción del salario como elemento de laboralidad se refuerza con la doble protección que el Estado concede al trabajador a través del salario mínimo interprofesional y a través las denominadas garantías del salario.

La garantía a un salario mínimo encuentra su fundamento en el principio constitucional de la suficiencia del salario que establece el derecho de los ciudadanos a “una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia” (Art. 35 ,Constitución Española).Es más repárese, en que la necesidad de evitar que el riesgo de empresa recaiga sobre el trabajador ha sido la circunstancia que ha obligado a rodear a la remuneración de una serie de cautelas que aseguren al trabajador un mínimo de ganancia con independencia del valor o de los resultados de los negocios celebrados en nombre del empresario.

Otros elementos que determinan la laboralidad de la remuneración son aquellos sistemas de protección del mismo, a saber: El FOGASA es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con personalidad jurídica y capacidad de obrar, que garantiza a los trabajadores la percepción de salarios (incluso los de tramitación), e indemnizaciones por despido o extinción de la relación laboral, pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso del empresario. El Fondo sólo puede ocupar en el proceso la posición de parte procesal y cuya función es formular alegaciones procesales o materiales por los perjuicios que se le puedan derivar de la sentencia, la cual no puede condenarle o absolverle.

El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, 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 conforme a extinción por voluntad del trabajador, despido colectivo y extinción del contrato por causas objetivas (según Art. 50-52 ,ET), y de extinción de contratos conforme al Art. 64 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal,

así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan.

Prácticas laborales

Un ámbito en el que se ha de prestar actualmente atención a la remuneración como elemento diferenciador de la relación laboral es la prestación de servicios realizada bajo la modalidad de BECAS destinadas para a la implementación de la formación de sus beneficiarios. La esencia de la beca de formación es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta, bien en centro de trabajo de la entidad que concede la beca, bien en centro de estudios ajeno al concedente. El importe de la beca no constituye una retribución de servicios. Por el contrario, la relación laboral común no contempla ese aspecto formativo y retribuye, en los términos fijados en convenios colectivos o contratos individuales, los servicios prestados por cuenta y a las órdenes del empleador, con independencia de que la realización de los trabajos encomendados pueda tener un efecto de formación por la experiencia.

Regulación de las prácticas no laborales en empresas.

El Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas, regula las prácticas no laborales en empresas o grupos empresariales que formalicen convenios con los Servicios Públicos de Empleo, dirigidas a personas jóvenes que, debido a su falta de experiencia laboral, tengan problemas de empleabilidad.

III. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL FOGASA

El Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA), según la definición legal que viene establecida en el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores 2015 y en el artículo 1 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento del FOGASA, es un "Organismo autónomo de carácter administrativo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social con personalidad Jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores".

El Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) es un organismo que garantiza el pago de los créditos laborales a los trabajadores en situaciones de insolvencia del empresario. El FOGASA se financia a través de aportaciones de todas las empresas, públicas y privadas, y es un organismo dependiente del Ministerio de Trabajo. El FOGASA es responsable legal subsidiario, subrogándose en los derechos del trabajador contra la empresa, en dos supuestos:

1.º El FOGASA cubre, dentro de los requisitos y límites del art. 33.1 ET, el abono a los trabajadores de los salarios pendientes de pago por causa de insolvencia, suspensión de pagos, concurso de acreedores o quiebra de la empresa. Los salarios debidos son los reconocidos como tal en conciliación o resolución judicial, incluidos salarios de tramitación. El límite que puede abonar el FOGASA es el triple del salario mínimo por el número de días de salario pendientes de pago con un máximo de 150 días.

2.º En las mismas situaciones, el FOGASA cubre, en el marco del art. 33.2 ET, las indemnizaciones reconocidas en sentencia, auto, conciliación judicial o resolución administrativa en favor de los trabajadores por causa de despido disciplinario, objetivo, colectivo, de resolución contractual del art. 50 ET, de extinción de contratos del art. 64

LC en un concurso y de finalización de contrato temporal. El límite que puede abonar el FOGASA es una anualidad, sin que el salario que sirve de base de cálculo pueda exceder el triple del salario mínimo. El importe de la indemnización, a estos efectos, se calcula sobre la base de 30 días de salario por año de servicio.

El FOGASA es responsable directo en dos supuestos: 1.º La autorización administrativa de la extinción por fuerza mayor acuerda la exoneración de la empresa; 2.º el pago del 40 por 100 de las indemnizaciones legales de despidos de los arts. 51 y 52 c) ET y 64 LC en empresas de menos de 25 trabajadores, sin necesidad de que el empresario acredite hallarse en situación de insolvencia, suspensión, quiebra o concurso.

De esta definición legal, se pueden hacer una serie de precisiones, ya que, como "organismo autónomo", goza de: autonomía de gestión; patrimonio y tesorería propia; personalidad jurídica pública y diferenciada, pero no independiente; sometimiento al principio de legalidad (artículo 103.1 de la Constitución Española) y al Derecho Administrativo y finalmente tiene un ámbito de actuación geográfico sobre todo el territorio nacional.

IV. FINES DEL FOGASA

En cuanto a los fines se encuentran establecidos en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores 2015, en el Real Decreto 505/1985 de 6 de Marzo. Este organismo fue creado con la finalidad básica de abonar a los trabajadores los salarios e indemnizaciones por despido o extinción de la relación laboral, que las empresas para

las que trabajan no han podido satisfacer por encontrarse en situación legal de insolvencia empresarial, o del empresario.

Entre otras finalidades complementarias cabe destacar el apoyo o protección a las empresas en situación de crisis, fomentando el mantenimiento del empleo y la continuidad empresarial, mediante el abono de ciertas prestaciones sin obligación de restitución, el pago de prestaciones sin necesidad de declaración de insolvencia empresarial, esto es, lo que llamamos insolvencia "técnica", y la posible suscripción de convenios de devolución aplazada o fraccionada de las cantidades abonadas por el organismo.

Centrándonos en la finalidad básica del FOGASA, le corresponde el abono a los trabajadores, previa instrucción de expediente, de los créditos no prescritos relativos a:

- Salarios con sus pagas extraordinarias, incluidos los salarios de tramitación, siempre que sea debido a insolvencia empresarial o procedimiento concursal de la empresa y hayan sido reconocidos en Acta de Conciliación o Resolución Judicial.

La cantidad máxima que abona el FOGASA es el resultado de multiplicar el doble del SMI (diario) incluidas pagas extraordinarias, con el límite de 150 días (como número total de días computados).

Indemnizaciones, reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa, que tengan como causa de despido declarado nulo o improcedente, extinción de los contratos de trabajo por voluntad del trabajador cuando se solicite por causa justa, despido colectivo u objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por fuerza mayor, y siempre en los supuestos de insolvencia o concurso de la empresa.

La cantidad máxima que abona el FOGASA en los supuestos de extinción del contrato por voluntad del trabajador, mediando causa justa, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad (365 días de indemnización).

En el resto de los supuestos la cantidad máxima abonada por el FOGASA equivale a una anualidad de salario, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del SMI, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Por otra parte, en los expedientes de regulación de empleo por causa de fuerza mayor, la autoridad laboral que constate la misma, podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos, sea satisfecha por el FOGASA, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse de la empresa, mediante reclamación de las cantidades abonadas.

La cantidad máxima de abono se ajusta al tope legal de los 20 días de indemnización por año de antigüedad, hasta un límite de 12 mensualidades y prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año.

V. COMPOSICIÓN Y FUNCIONES DEL FOGASA

El régimen de descentralización administrativa que supone la propia existencia del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en orden al cumplimiento de los fines que al

mismo señala el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, establece concretamente, junto a la figura del órgano gestor o de gobierno de carácter unipersonal, la Secretaría General, otro de índole colegiado al que se incorporan representaciones del mundo laboral, económico y de la Administración del Estado. Este órgano es el Consejo Rector, definido en el artículo 5 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo.

Composición

Es el órgano superior colegiado de dirección del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, integrado por la Presidencia, cuatro representantes de la Administración Pública, cinco representantes de las Organizaciones Sindicales y cinco de las Empresariales, y un/una Secretario/a.

El Consejo Rector está constituido por:

Presidente/a: El/La Secretario/a de Estado de Empleo.

Vocales:

Por la Administración

- El/la Director/a General de Empleo.
- El/la Director/a General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- El/la Director/a General de la Tesorería General de la Seguridad Social.
- El/la Director/a General del Trabajo autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas.

Por las organizaciones empresariales

- Cinco Vocales en representación de las organizaciones patronales CEOE y CEPYME.

Por las organizaciones sindicales

- Un representante de UGT.
- Dos representantes de CCOO.
- Un representante de ELA/STV.
- Un representante de CIG.

Secretario/a del Consejo: El/la Secretario/a General del Fondo de Garantía Salarial.

Son funciones del Consejo Rector:

- Elaborar los criterios de actuación del Fondo de Garantía Salarial.
- Conocer la evolución económica del Organismo y proponer al Gobierno a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, las medidas oportunas para el cumplimiento de sus fines.
- Aprobar las propuestas para elaborar el anteproyecto de presupuestos.
- Aprobar la Memoria anual de actividades.

Principios de actuación del FOGASA

Misión

Gestionar y administrar las prestaciones de garantía salarial, mediante un equipo humano altamente cualificado, que utiliza la tecnología más avanzada y los estándares

de calidad más exigentes. Esta misión del Fondo está basada en el principio de solidaridad interprofesional o interempresarial.

Visión

Ser un referente a nivel europeo en la ejecución de sus compromisos, al satisfacer las expectativas de los perceptores de prestaciones, y de las empresas, con las que colabora para el mantenimiento del empleo.

Valores

- Responsabilidad e integridad.

Entiende que su función no es un mero cumplimiento de la legalidad, por ello, acoge la responsabilidad social. Actúa con integridad, y con un comportamiento ético en el trabajo; esta actuación genera confianza a los trabajadores, colaboradores, empresas e instituciones públicas.

- Innovación.

Promueve la innovación y la mejora continua, tratando de avanzar en la misma dirección y sentido que el entorno social en el que está integrada, ya que éste se encuentra en permanente transformación. Con ello se pretende obtener la satisfacción de los ciudadanos.

- Eficiencia y calidad

La eficiencia es asumida como principio rector de sus actuaciones, al gestionar recursos públicos. Pero esta actuación se realiza respetando los mayores estándares de calidad con los recursos disponibles.

- Compromiso con los equipos humanos

Las personas que integran el organismo actúan como un único equipo, que comparte el conocimiento y genera valor. La organización promueve el desarrollo individual, respetando la diferencia, en un entorno laboral sano y seguro.

Objetivos estratégicos del organismo

Como respuesta a las demandas de la sociedad, el Fondo de Garantía Salarial se ha marcado unos objetivos estratégicos, entre los que se destacan:

- Garantizar el reconocimiento y pago de las prestaciones de garantía salarial en los plazos establecidos.
- Realizar una gestión jurisdiccional precautoria y recuperatoria, orientada a evitar el fraude que afecte a los recursos públicos, tanto del organismo como de otras administraciones públicas.
- Realizar una gestión de recursos humanos y materiales, bajo los principios de buen gobierno y transparencia.
- Desarrollar un sistema de gestión automatizado, potenciando la cultura de la innovación, dirigido a alcanzar la máxima eficiencia y control de gestión, y a facilitar la interacción con el ciudadano.

▸ Impulsar un modelo de atención e información personalizada, dirigida a los ciudadanos y a otros grupos de interés.

▸ Colaborar con las empresas en dificultades económicas, para contribuir al mantenimiento del empleo.

VI. ACTIVIDAD DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL FOGASA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE

Los letrados del organismo ejercen la representación de éste en cuantas actuaciones judiciales y extrajudiciales resulten necesarias para la eficaz personación en los trámites de audiencia a que sea llamado el Fondo de Garantía Salarial por imperativo legal o acuerdo judicial.

La actividad de los letrados del Fondo de Garantía Salarial, se inicia con las actuaciones precautorias previas al reconocimiento y pago de las prestaciones de garantía salarial, dado que es parte en todos aquellos procesos judiciales que se tramitan ante las jurisdicciones del orden social y mercantil de los que pueda derivarse la responsabilidad subsidiaria del organismo en el abono de salarios y/o indemnizaciones adeudados por el empresario, según lo establecido en el artículo 23 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, y en el artículo 184.1 de la Ley Concursal 22/2003.

De acuerdo con la normativa señalada anteriormente, los letrados del Fondo de Garantía Salarial, actúan en el orden jurisdiccional social, en defensa de los intereses públicos que gestiona el organismo, ejercitando las acciones judiciales y extrajudiciales que procedan, y específicamente, compareciendo como parte en cualquier fase o momento del procedimiento judicial, en aquellos procesos de los que se pudiera derivar el abono de prestaciones de garantía salarial, disponiendo en estos asuntos de plenas facultades de actuación como parte, pudiendo oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos pudieran dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda, así como proponer prueba e interponer toda clase de recursos contra las resoluciones judiciales que se dicten.

Por otra parte, en los procedimientos concursales, los letrados del Fondo de Garantía Salarial, realizan una actividad jurídica importante y compleja, ya que desde que el Juzgado Mercantil notifica la declaración de concurso del empresario, llevan a cabo una actividad precautoria, que se inicia con la personación del organismo en el concurso, velando por la adecuada incorporación y calificación de los créditos concursales o de los créditos contra la masa derivados de los acuerdos de extinción colectiva del artículo 64 de la Ley Concursal, para posteriormente hacer frente a las responsabilidades que el apartado 3 del artículo 33 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, impone al Fondo de Garantía Salarial en orden al pago de los créditos salariales e indemnizatorios adeudados por la empresa.

Dicha defensa de los intereses públicos del organismo, conlleva la defensa de los intereses públicos que son competencia de otras organizaciones, como la Seguridad Social o la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. En concreto, cuando los letrados del FOGASA impiden el reconocimiento de créditos laborales fraudulentos, además de evitar el pago de prestaciones de garantía salarial, impiden el reconocimiento de derechos laborales fraudulentos, que, sin esta actuación, hubieran dado lugar al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social.

Especialmente trabajan para detectar las altas ficticias en la Seguridad Social de trabajadores, y la falta de actividad de las empresas.

Asimismo, realizan el seguimiento de la insolvencia o del concurso de las empresas para detectar actuaciones de fraude: sucesión de empresas, alzamiento de bienes, etc.

Para ello, los letrados realizan el control y comprobación de las demandas que se tramitan en los juicios previos seguidos por el trabajador contra la empresa, y analizan la situación de las empresas. En esta actuación hacen uso de las bases de datos de otros organismos: Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Servicio Público de Empleo Estatal etc. A estas bases de datos se unen otras específicas sobre la situación económica y mercantil de las empresas.

Asimismo, si en esta fase jurisdiccional no se ha podido obtener el resultado procedente, se continúan las actuaciones en la fase del trámite del expediente de reconocimiento de prestaciones de garantía salarial, por el organismo. Para ello, realizan un posterior seguimiento de la actividad de las empresas para intentar recuperar las cantidades satisfechas, mediante labores de investigación y comprobación a través de los Juzgados, Ayuntamientos, Comunidades Autónomas, Registros de la Propiedad, etc.

VII. REINTEGROS Y ACTUACIONES DEL FOGASA PARA MANTENER EL EMPLEO

Después de que el Fondo de Garantía Salarial abone las prestaciones a los trabajadores, deberá actuar para el reembolso de las cantidades satisfechas. El artículo 33.4 del Estatuto de los Trabajadores establece que, para el reembolso de las cantidades satisfechas, el organismo se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32 de la misma Ley. Si dichos créditos concurriesen con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes.

Los artículos 30 a 33, del Real Decreto 505/1985, establecen las acciones por subrogación. Establece que, realizado el pago, la subrogación del FOGASA en los derechos y acciones de los trabajadores se acreditará mediante la presentación ante el órgano jurisdiccional competente de los correspondientes recibos o de certificación sustitutiva de los mismos. Análoga certificación se remitirá también, en su caso, al órgano de administración del concurso.

Por lo tanto, en el procedimiento concursal, la actividad recuperatoria posterior al pago de las prestaciones, se inicia con la subrogación legal en las cantidades satisfechas en dicho procedimiento, convirtiéndose el FOGASA en acreedor directo del concursado con los privilegios y preferencias que reconoce la Ley concursal, con la pretensión última de que sean satisfechos dentro del concurso.

Para llevar a cabo el derecho de reintegro del FOGASA, es frecuente que el organismo, a través de su representación letrada, deba presentar demandas incidentales ante el Juzgado Mercantil, por calificación errónea de los créditos laborales, omisión de

su inclusión en la lista de acreedores, oposición a rendición de cuentas de la administración concursal, responsabilidad personal de administradores concursales, diferencias sobre la antigüedad de los trabajadores afectados por los despidos colectivos.

Inclusión de trabajadores en los ERES concursales que no acreditan la relación laboral por cuenta ajena, etc.

Las diversas vías de recuperación son las siguientes:

1. Actuaciones en procedimiento concursales.

- Personación y subrogación en su caso.

- Asistencia a Juntas de acreedores.

- Participación en los órganos del concurso.

- Participación, en su caso, en el convenio de acreedores.

- Personación, subrogación, colaboración y asistencias a Juntas del Consorcio de Compensación de Seguros.

2. Actuaciones en vía ejecutiva.

Procedimientos administrativos:

- Acuerdos con la Hacienda Pública y con la Tesorería General de la Seguridad Social.

- Tercerías Administrativas.

Procedimientos laborales:

- Obtención motivada de insolvencia técnica.
- Localización de bienes y embargos preventivos.
- Realización de los bienes embargados.
- Eventual adjudicación de bienes en las ejecuciones laborales.

Procedimientos civiles:

- Ejecuciones hipotecarias.
- Procedimiento extrajudicial del artículo 129 de la Ley Hipotecaria.

Procedimientos incidentales ante las jurisdicciones social y civil:

- Tercerías de mejor derecho.
- Tercerías de dominio.

Procedimientos penales:

- Alzamiento de bienes.
- Delitos sociales.

3. Requerimientos de pago.

4. Convenios de recuperación.

- Contactos con las empresas.
- Solicitud de insolvencia técnica ante los Juzgados.
- Traba de garantías.
- Suscripción de convenios y anexos.
- Seguimiento.
- Ejecución de garantías en caso de impago.

5. Adjudicación de bienes en pago de deuda.

- Contactos con las empresas.
- Comprobación de los bienes (valoración, cargas, etc....)
- Acuerdos de dación en pago.
- Inscripción registral y catastral.
- Toma de posesión de inmuebles.
- Recepción de bienes muebles.
- Comprobación y seguimiento de situaciones arrendaticias.
- Actuaciones tendentes a recuperar la posesión y mantenimiento y gestión de los bienes adjudicados.
- Preparación para su devolución al tráfico jurídico patrimonial.

- Procedimiento de enajenación de estos bienes, hasta su adjudicación al adquirente.

- Seguimiento de los pagos y control de garantías en caso de aplazamiento.

6. Colaboración con los órganos judiciales

Se encomiendan a este Organismo funciones de administración, depósito.

VIII. LOS CONVENIOS DE RECUPERACIÓN

Con independencia de la obligación de ejercitar cuantas acciones judiciales se consideren convenientes para el más rápido y eficaz reembolso de las cantidades abonadas, el FOGASA requerirá a las empresas deudoras para la devolución de las mismas.

Con objeto de facilitar el reintegro de las cantidades adeudadas, el FOGASA podrá concluir acuerdos de devolución en los que se determinarán los aspectos relativos a forma, plazos y garantías, conjugando la eficacia de la acción subrogatoria con las exigencias de continuidad empresarial y la salvaguardia del empleo. Las cantidades aplazadas devengarán el interés legal del dinero.

La conclusión de un acuerdo de devolución en forma aplazada será comunicada al órgano judicial que viniese entendiendo del procedimiento instado para la realización de los créditos.

El incumplimiento de lo convenido determinará la resolución del acuerdo, ejercitándose por el FOGASA cuantas acciones le competen, pudiendo solicitar la reapertura de las actuaciones si quedaron en suspenso.

IX. LA ADJUDICACIÓN DE BIENES AL FOGASA

El artículo 33 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, establece que, en su concepto de acreedor podrá ser adjudicatario de toda clase de bienes en pago de la deuda, bien mediante subasta, bien mediante cesión por parte del deudor o de tercera persona.

Estos bienes serán devueltos de la forma más inmediata posible al tráfico jurídico patrimonial, a fin de destinar su importe al cumplimiento de los fines del organismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 80.2 de la vigente Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Dicha enajenación de estos activos del FOGASA debe realizarse siguiendo los principios de eficiencia y economía, establecidos en el artículo 8 de la mencionada Ley 33/2003.

La competencia para determinar el momento en que es posible iniciar el procedimiento para la devolución de los bienes al tráfico jurídico patrimonial, es de la Secretaria General del Fondo de Garantía Salarial, según se establece en los artículos 8

y 33 dos del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía salarial, y en los artículos 80 y 135.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En concreto, el artículo 135.2 de la Ley 33/2003 establece que, «2. En relación con los inmuebles y derechos reales pertenecientes a los organismos públicos serán competentes para acordar su enajenación sus presidentes o directores o, si así está previsto en sus normas de creación o en sus estatutos, los órganos colegiados de dirección».

X. ACTUACIÓN DEL FOGASA PARA LA CONTINUIDAD DE LAS EMPRESAS Y EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO

El Fondo de Garantía Salarial, desarrolla, además, otra serie de actuaciones que están relacionadas con la continuidad de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo. En concreto, el supuesto regulado en el artículo 277 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, conocido como “insolvencia técnica de la empresa”.

Cuando los bienes susceptibles de embargo se encuentren afectos al proceso productivo de la empresa deudora y ésta continúe su actividad, el Fondo de Garantía Salarial podrá solicitar la suspensión de la ejecución, por el plazo de treinta días, a fin de valorar la imposibilidad de satisfacción de los créditos laborales, así como los efectos de la enajenación judicial de los bienes embargados sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora.

Constatada por el FOGASA la imposibilidad de satisfacer los créditos laborales por determinar ello la extinción de las relaciones laborales subsistentes, lo pondrá de manifiesto motivadamente, solicitando la declaración de insolvencia a los solos efectos de reconocimiento de prestaciones de garantía salarial.

Por lo tanto, el FOGASA debe comprobar y valorar la situación financiera y comercial de la empresa, emitiendo el correspondiente informe para el Juzgado que tramite la ejecución frente a la misma, en el que solicitará, en su caso, la suspensión de la misma a efecto de valorar la imposibilidad que tiene la empresa de satisfacer los créditos laborales y los efectos que tendría la enajenación judicial de los bienes embargados sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes, permitiendo, en su caso, el pago de las prestaciones correspondientes a los trabajadores ejecutantes, previa declaración de la insolvencia empresarial.

Esta situación está condicionada, además, a que la empresa suscriba un convenio con el FOGASA, para el reintegro de las cantidades satisfechas, de forma fraccionada o aplazada, en el que deberán otorgarse las garantías suficientes para cubrir la cantidad adeudada, conforme se establece en el art. 32 del RD 505/85 de 6 de marzo, y en la Orden de 20 de agosto de 1985 que lo desarrolla.

Asimismo, el FOGASA actúa para el mantenimiento del empleo, en el caso de procedimientos concursales; ya que, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el juez, de oficio o a instancia de parte, citará al FOGASA, con lo que, la empresa puede continuar su actividad financiando el FOGASA parte de los créditos salariales

XI. LA INSOLVENCIA SINGULAR DEL EMPRESARIO

De conformidad con el art. 33.6 del ET, «a los efectos de este artículo se entiende que existe insolvencia del empresario cuando, instada la ejecución en la forma establecida por la Ley de Procedimiento Laboral, no se consiga satisfacción de los créditos laborales» y «la resolución en que conste la declaración de insolvencia será dictada previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial». De este modo, para que exista insolvencia como presupuesto desencadenante de la responsabilidad del FOGASA se precisa que la incapacidad del empresario para satisfacer una deuda trascienda jurídicamente, dando lugar a una resolución judicial en la que previa audiencia del Organismo mencionado se declare formalmente tal situación de insolvencia.

El art. 276 de la LJS regula el procedimiento para declarar judicialmente la insolvencia empresarial. Presupone una situación en la que el trabajador acreedor no ha visto satisfecho su crédito sin que consten bienes con los que continuar la ejecución judicial. En este contexto, el secretario judicial dará audiencia al FOGASA «por un plazo máximo de quince días, para que pueda instar la práctica de las diligencias que a su derecho convenga y designe bienes del deudor principal que le consten» (ap. 1). Si tales diligencias resultan infructuosas, se producirá la declaración de insolvencia que «se entenderá a todos los efectos como provisional hasta que se conozcan bienes al ejecutado o se realicen los bienes embargados» (ap. 2). Esta declaración de insolvencia, aunque provisional, tiene efectos en ulteriores ejecuciones que puedan promoverse contra el empresario de que se trate (ap. 3).

Al respecto, cabe subrayar lo siguiente:

- En primer lugar, «la declaración de insolvencia a que estos preceptos aluden, no es cualquier declaración de esta clase referida a la empresa de que se trate y recaída en

cualquier proceso, aunque sea totalmente ajeno a los débitos salariales o indemnizatorios cuyo abono se está reclamando al Fondo de Garantía Salarial, sino que la declaración de insolvencia que únicamente tiene trascendencia y efectividad en cuanto a las disposiciones contenidas en estos artículos, es aquella que se pronuncia y proclama en el proceso en que se reclamó a la empresa el pago de los mismos salarios o indemnizaciones, que ahora se exigen al Fondo referido» [SSTS 6-3-89, 17-9-90 y 30-10-90; y STSJ Cataluña 28-6-02 (Rec. 6830/01)].

En consecuencia, será necesario que se haya dictado auto de insolvencia de la empresa en el proceso en que se reclamó a la misma el pago de los salarios o indemnizaciones que ahora se exigen al FOGASA, por más que esta declaración pueda hacerse sin necesidad de reiterar los trámites de averiguación de bienes establecidos en el art. 250 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), cuando la insolvencia ya fue establecida en otro procedimiento, si bien en todo caso se deberá dar audiencia previa a la parte actora y al Fondo de Garantía Salarial para que puedan señalar la existencia de bienes, y permitir de esta forma que la citada entidad pueda contar con tal posibilidad en defensa de sus intereses [STSJ Cataluña 28-6-02 (Rec. 6830/01)].

Esta conclusión, sin embargo, debe matizarse «en supuestos en que no sólo resulta acreditada una situación anterior de insuficiencia patrimonial de la empresa constatada judicialmente, sino que incluso se comprueba que la insolvencia considerada por la primera resolución es también referible cuantitativamente a los créditos a los que se concreta la segunda y que no hay solución de continuidad entre el estado económico de la empresa considerado en las dos resoluciones» [Cfr. STS 6-3-89. En el mismo sentido, STS 12-5-92 (Recud. 1566/91)].

- En segundo lugar, el trabajador puede reclamar prestaciones al FOGASA desde la fecha de notificación del auto declarativo de la insolvencia empresarial, siendo sólo una mera incidencia no suspensiva de dicha reclamación, el hecho de que haya sido

recurrido en reposición el auto de insolvencia, y por lo tanto el mismo todavía no sea firme en el momento de la solicitud [STS 24-2-98 (Recud. 1287/97); y STSJ Andalucía 5-3-99 (Rec. 1367/98)].

La razón de ello es que cabe distinguir entre la firmeza de una resolución judicial y la ejecutoriedad de la misma, y en el supuesto de las resoluciones dictadas en fase de ejecución de sentencia --entre las cuales indudablemente se encuentra el auto que declara la insolvencia de la empresa--, la regla general establecida en el art. 245.1 de la LJS es que, «salvo en los casos expresamente establecidos en la Ley, las resoluciones dictadas en ejecución se llevarán a efecto no obstante su impugnación». Precisamente por ello el trabajador puede ejercitar su acción a partir de la fecha de notificación de la resolución judicial que declara la responsabilidad subrogatoria del Fondo, sin tener que esperar a la firmeza de la misma, pues tal declaración de insolvencia empresarial es la que ope legis genera el nacimiento para el trabajador de un nuevo título, que define la responsabilidad subrogatoria del ente asegurador.

A mayor abundamiento, tampoco se causarían perjuicios irreparables para el FOGASA en el caso de que prosperara el recurso interpuesto contra el auto de insolvencia de la empresa y finalmente se dejase sin efecto el mismo, pues en ese supuesto el Fondo podría repetir contra la empresa por las cantidades abonadas al trabajador, dado que el art. 33.4 del ET señala que el Fondo se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores.

- En tercer lugar, la insolvencia que da lugar a la actuación del FOGASA puede ser parcial, ya que el art. 33.6 del ET exige que no haya habido satisfacción de los créditos laborales, entendiéndose éstos en su totalidad.

Ahora bien, cuando en una relación laboral el trabajador es titular de varios créditos contra el empresario (salarios puros, salarios de tramitación, indemnizaciones por

extinción de contrato, dietas, etc.), es necesario determinar a cuál de ellos ha de imputarse el pago que realice el empresario, sea voluntariamente o en vía ejecutiva, a fin de conocer los créditos y cuantías garantizados por el FOGASA.

Al trabajador le interesará que el pago se cargue a cuenta de los créditos no protegidos por aquél, o a aquella parte de los protegidos que exceda de los límites de la garantía (salarios que excedan de ciento veinte días, parte de indemnización por despido disciplinario comprendida entre los treinta días que puede asumir el FOGASA y los treinta y tres o cuarenta y cinco a cargo del empresario). Mientras que el Fondo estará interesado en todo lo contrario, esto es, en que la cantidad se impute al crédito cuyo pago le reduzca más sus responsabilidades.

Pues bien, al no existir un precepto laboral específico que contemple y regule esta cuestión, se ha de acudir a las reglas generales sobre imputación de pagos contenidas en los arts. 1.172 a 1.174 del CoC [STS 13-10-95 (Recud. 1178/95); SSTSJ Galicia 22-9-89 y 5-4-91 (Rec. 1589/90); STSJ Aragón 5-9-90; STSJ Canarias 21-4-92 (Rec. 214/92); y STSJ Andalucía 19-11-93 (Rec. 1156/92)].

XII. LA INSOLVENCIA CONCURSAL DEL EMPRESARIO

El FOGASA, de conformidad con la versión originaria de los apartados 1 y 2 del art. 33 del ET, y el Real Decreto 505/1985, se hacía cargo, en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, si concurrían determinados requisitos y dentro de los límites legales, de los salarios puros y de tramitación adeudados y de las indemnizaciones derivadas de algunos supuestos

extintivos del contrato de trabajo. La Ley 22/2003, sin embargo, superó la diversidad de situaciones concursales y articuló un único procedimiento común, el «concurso» (Cfr. disp. fin. 35.^a LC). Por ello, la disposición adicional 1.^a de esta disposición legal dispuso que «los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad...». En particular, según la referida disposición adicional, todas las referencias a «la suspensión de pagos o al procedimiento de quita y espera» y a «la quiebra o al concurso de acreedores» contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta Ley se entenderán realizadas, respectivamente, «al concurso en el que no se haya producido la apertura de la fase de liquidación» (regla 1.^a) y «al concurso en que se haya producido la apertura de la fase de liquidación» (regla 2.^a). Por consiguiente, a partir de la LC todas las referencias a la suspensión de pagos, a la quiebra o al concurso de acreedores previstas en el art. 33 del ET y en el DOF debían entenderse realizadas al «concurso» regulado en la LC, de suerte que constituía un supuesto protegido por el FOGASA el impago de salarios e indemnizaciones por encontrarse la empresa sujeta a un procedimiento concursal.

Pues bien, ajustándose a los cambios operados por la Ley 22/2003, los apartados 1 y 2 del art. 33 del ET, en su nueva redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, aluden a la «insolvencia» y al «concurso del empresario» como contingencias protegidas por la institución de garantía salarial.

La responsabilidad subsidiaria del FOGASA se condiciona a la declaración judicial del estado de insolvencia concursal de la empresa y a la inclusión del crédito garantizado en la lista de acreedores del empresario concursado o su reconocimiento como deudas de la masa. En efecto, el reconocimiento del derecho a la prestación de garantía salarial cuando la empresa se encuentra en situación concursal «exigirá que los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores o, en su caso, reconocidos como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello,

en cuantía igual o superior a la que se solicita del Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la obligación de aquéllos de reducir su solicitud o de rembolsar al Fondo de Garantía Salarial la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada o a la ya percibida» (arts. 33.3 ET y 16.3 RD 505/1985). Esta exigencia obliga al trabajador a ejecutar su título en el procedimiento concursal y a desplegar la actividad necesaria para lograr el reconocimiento de sus créditos en la lista de acreedores.

XIII. EL FOGASA Y EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN

En los casos de responsabilidad solidaria por subcontratas de obras o servicios (art. 42 ET), cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET), sucesión de empresas (art. 44 ET) [SSTSJ Murcia 15-4-02 (Rec. 266/02), 15-4-02 (Rec. 267/02) y 15-4-02 (Rec. 268/02); STSJ Asturias 30-11-07 (Rec. 373/07); y STSJ Cataluña 28-11-02 (Rec. 8937/01)], grupos de empresas [STSJ Galicia 12-3-98; y SSTSJ Aragón 29-6-98, 15-2-99 (Rec. 851/97), 7-3-00 (Rec. 1158/98), 13-3-00 (Rec. 1206/98), y 24-2-03 (Rec. 390/97)], sociedades irregulares o comunidades de bienes [SSTSJ Andalucía 18-12-89, 3-10-91, 5-10-91, 11-3-96, y 28-4-97 (Rec. 3541/96); y STSJ País Vasco 11-10-91], el FOGASA puede alegar el beneficio de excusión como responsable subsidiario. Es decir, puede anteponer a la exigencia de su obligación subsidiaria de pago la previa declaración de insolvencia de todos los que, con carácter principal, se encuentran «contaminados» por aquella responsabilidad.

Sin embargo, no se puede exigir al trabajador, como requisito para obtener la protección de su crédito por el FOGASA, que agote todo tipo de procedimientos contra todos los posibles responsables de la deuda distintos de aquel que aparece como deudor

condenado en la sentencia de cuya ejecución se trata y que ha sido declarado insolvente [STS 24-12-99 (Recud. 875/99)]. Por consiguiente, si el mencionado Organismo conoce de la existencia de otros responsables solidarios distintos al deudor condenado, deberá alegarlo en el previo pleito habido entre las partes. También podrá proponer la extensión de la ejecución a otras personas físicas o jurídicas que, no figurando en el título originario, hayan aparecido en escena por hechos o circunstancias jurídicas sobrevenidos con posterioridad a la constitución del título objeto de ejecución (por ejemplo, una sucesión empresarial) [STS 24-2-97], en cuyo caso, de mediar oposición y ser necesaria prueba, deberá cumplimentarse el trámite incidental previsto en el art. 238 de la LJS (art. 240.2 LJS). Y, si a pesar de tal conocimiento, deja firme la declaración de insolvencia o no fuera posible extender la ejecución a los deudores solidarios sin haber demandado a los mismos en el proceso previo, el FOGASA no podrá denegar en el expediente administrativo las prestaciones, so pretexto de la falta de diligencia de los trabajadores o del mismo Juzgado de lo Social en la búsqueda de responsabilidades solidarias y, en consecuencia, abonará las prestaciones y tras subrogarse ejercitará las acciones que procedan contra los posibles responsables solidarios del único condenado como empresario y luego declarado judicialmente insolvente (art. 23.6 LJS) [STS 24-12-99 (Recud. 875/99); y STSJ C. Valenciana 14-10-97 (Rec. 1097/95)].

En cambio, cuando la responsabilidad de terceros es subsidiaria, dado que el nacimiento de la misma se produce simultáneamente con el de la responsabilidad del FOGASA, declarada la insolvencia de la empresa condenada, no se interponen entre el Organismo autónomo y la empresa insolvente otros posibles responsables sustitutorios de ésta [SSTS 22-7-96 (Recud. 3193/95) y 24-9-96 (Recud. 3884/95)]. Cfr. STSJ País Vasco 24-10-00 (Rec. 1701/00)].

XIV. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL FOGASA

De acuerdo con el art. 33.1 del ET, el FOGASA, en su nueva versión dada por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, «abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario», añadiendo que a tales efectos se considerará como salario: «A los anteriores efectos, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días».

Así pues, la garantía salarial cubre, en primer lugar, el importe de los salarios pendientes de pago, considerando salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial, por todos los conceptos a los que se refiere el art. 26.1 del ET [salario base, pagas extraordinarias --STS 16-5-95 (Rec. 2517/94)-- y complementos salariales --se incluye la retribución de las horas extraordinarias, aunque éstas excedan el tope legal establecido en el art. 35 del ET, STS 29-11-06 (Rec. 4100/05)--], comprendidos los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan.

El FOGASA no puede abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario correspondiente al trabajador en el momento del devengo [SSTS 31-5-11 (Rec. 3581/10) y 29-9-11 (Rec. 586/11)] o del salario mínimo interprofesional diario --vigente en el momento de la insolvencia [SSTS 25-9-89 (RJ/6479) y 4-6-91 (Rec. 12/91)] e incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias-- cuando aquél rebase esta

cifra, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de 120 días (art. 33.1.2.º párrafo ET).

De acuerdo con el art. 33.1 del ET, «el Fondo {...} abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario», y a tales efectos «se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1». De este modo, la deuda salarial ha de estar reconocida en alguno de los siguientes títulos: «acto de conciliación» (a) o en «resolución judicial» (b) [STS 18-1-00 (Rec. 4608/99)].

a) Como la Ley no distingue entre el carácter judicial o extrajudicial del indicado acto de conciliación, ambas modalidades de avenencia han de reputarse, obviamente, como válidas. Por lo demás, por acto de conciliación extrajudicial ha de entenderse el realizado ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma tales funciones, que se constituya mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el art. 83 del ET, tal y como prescribe el art. 63 de la LJS. Los laudos arbitrales firmes dictados por los órganos constituidos mediante los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos a que se refiere el art. 83 del ET también constituyen título idóneo para obtener del FOGASA prestaciones por salarios pendientes de pago.

b) Por lo que se refiere a la «resolución judicial», debe tratarse de una sentencia recaída en proceso laboral y firme. El auto de despacho de la ejecución en el nuevo proceso monitorio también servirá de título bastante, a los fines de la garantía del FOGASA [art. 101.d) LJS].

En las situaciones de insolvencia singular o concursal del empleador, el FOGASA abonará las «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 conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan» (art. 33.2 ET). De este modo, el FOGASA garantiza el pago de las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa [pero no las convenidas en conciliación administrativa --SSTS 23-4-04 (Rec. 1216/03) y 13-10-08; y STJCE 21-2-08] a favor de los trabajadores a causa de despido improcedente o extinción del contrato conforme a los arts. 50 (resolución a instancia del trabajador por causa justificada), 51 (despido colectivo) y 52 [extinción por causas objetivas --sin incluir, sin embargo, la indemnización por falta de preaviso [SSTS 2 y 10 febrero 2010]-- del ET, o conforme al art. 64 de la LC (despidos colectivos autorizados por el juez concursal), así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales en los casos que legalmente correspondan.

Por lo demás, debe llamarse la atención sobre lo siguiente:

- Tratándose de indemnizaciones por despido, las mismas pueden estar reconocidas en un procedimiento de despido, pero también en un procedimiento de reclamación de cantidad [SSTS 2-7-09 (Rec. 1952/08) y 26-12-11 (Rec. 1482/11)].

- La «carta de despido» en la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas no puede vincular al FOGASA, si no da lugar a alguno de los títulos ejecutivos que exige el art. 33.2 del ET [STS 31-1-08 (Rec. 3863/06)]. Eso sí, la sentencia, o conciliación judicial, puede haber sido dictada en el procedimiento de impugnación del despido o en el de reclamación de cantidad, sin que exista, por tanto, obligación del trabajador de combatir la decisión extintiva [SSTS 3-2-09 ó 13-3-2012 (Rec. 3020/11)].

- Aunque la doctrina tradicional era que, si en la conciliación se pactaban cantidades genéricas, en concepto de saldo y finiquito, sin separar partidas salariales de las que no lo eran no nacía la responsabilidad del Fondo [STS 22-1-08, con cita de otras], la STS 9 julio 2009] ha cambiado este criterio en atención a la igualación de los títulos que permiten reclamar del Fondo salarios e indemnizaciones.

El FOGASA garantiza las indemnizaciones señaladas con el límite máximo de una anualidad de salario y sin que el salario regulador, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional incluyendo la parte proporcional de pagas extraordinarias (art. 33.2 y 3 ET). Sólo a estos efectos la indemnización por despido o por extinción del contrato según el art. 50 del ET se fija en 30 días de salario por año de servicio (y no en 33 ó 45) (art. 33.2 ET).

Quedan excluidas de la garantía del FOGASA las siguientes indemnizaciones:

a) La indemnización establecida en favor del trabajador que rechace un traslado geográfico, a pesar de que su cuantía se determine como si se tratase de una extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 40.1 ET), ya que el hecho de que sea el trabajador quien decide extinguir la relación laboral, sin que exista una conducta antijurídica del empresario ni peligre la pervivencia del puesto de trabajo, revela que el caso no es asimilable a ninguno de los que originan la responsabilidad del FOGASA.

b) La indemnización establecida en favor del trabajador que rechace una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.3 ET), supuesto al que es aplicable, a fortiori, la doctrina anterior [STSJ Cataluña 14-1-97; y STSJ C. Valenciana 16-11-04 (Rec. 1278/04)], salvo que la modificación se lleve a cabo sin respetar lo previsto en el art. 41 del ET y redunde en perjuicio de la dignidad del trabajador y éste solicite la extinción por la vía del art. 50 del ET.

c) Las indemnizaciones que se devengan en los casos de extinción del contrato de trabajo por jubilación [Cfr. STS, Sala 3.^a CA, 27-10-1986], invalidez [STSJ Cataluña 24-3-92] o muerte del empresario.

d) Las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo en virtud de mutuo acuerdo, por no incluir las el art. 33.2 del ET en su mecanismo de protección y constituir el mutuo acuerdo un concierto de voluntades entre trabajador y empresario, con plena eficacia entre los mismos (arts. 1091 y 1257 CoC), pero sin fuerza vinculante respecto de terceros, caso del FOGASA, ajeno a la gestación del acuerdo y que, de otro modo, quedaría indefenso ante un posible supuesto de fraude de ley [STSJ Cataluña 9-1-90].

e) Las indemnizaciones derivadas del incumplimiento del preaviso, en los distintos supuestos en que es obligado darlo (extinción por causas objetivas y contratación temporal), pues no derivan de la extinción de la relación laboral, sino del incumplimiento de un deber, y no se cuantifican en función de los años de servicio, que es el único criterio para fijar las indemnizaciones de que responde el FOGASA [SSTS 2-2-10 (Recud. 1587/09) y 10-2-10 (Recud. 1908/09)].

f) Las indemnizaciones que corresponden a los trabajadores en concepto de devolución de incentivos económicos de recolocación [STSJ C. Valenciana 18-11-97 (Rec. 1338/95)].

XV. PERSONAS BENEFICIARIAS

La garantía salarial alcanza a los colectivos de trabajadores que cumplan las dos premisas siguientes:

1ª. Trabajadores que voluntariamente presten servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica (empleador o empresario), o comunidades de bienes, así como las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal, según se regula en el artículo 1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2ª. Trabajadores que sean susceptibles de inclusión en algún régimen de la Seguridad Social, con el alcance que se establece en su normativa reguladora.

Colectivos excluidos de la acción protectora del FOGASA

- Trabajadores al servicio del hogar familiar.
- Trabajadores autónomos, aunque sean autónomos dependientes.
- Socios/as trabajadores/as de las cooperativas de trabajo asociado, ni de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra.
- Consejeros y Administradores de las sociedades de capital, aun estando asimilados a cuenta ajena y con contrato de trabajo.
- Consejeros y Administradores de las sociedades laborales, con la excepción de las sociedades a que se refiere el artículo 136.2, apartados c y e, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Prácticos de puerto, asimilados a cuenta ajena, del Régimen especial de trabajadores del mar.
- Armadores, asimilados a cuenta ajena, del Régimen especial de trabajadores del mar.
- Personal de investigación en formación, mediante beca.

- Clero diocesano, israelitas, ortodoxos, testigos de Jehová, imanes y evangélicos.

XVI. PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE PRESTACIONES AL FOGASA

El procedimiento de solicitudes de prestaciones al FOGASA podrá iniciarse de oficio, por acuerdo de la Secretaria General o de la Unidad Administrativa periférica correspondiente, o a instancia de los interesados o de sus apoderados. Sólo podrá ser a instancia de la empresa o del empresario en el supuesto de amortización de puesto de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, adoptado de acuerdo con el procedimiento para la extinción por causas objetivas.

El plazo de solicitud es de un año desde la fecha del acto de conciliación, sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria, en que se reconozca la deuda por salarios o indemnizaciones.

El FOGASA se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones laborales frente a la empresa deudora, manteniendo los privilegios salariales.

En los supuestos de indemnizaciones de responsabilidad directa, el año se computa desde la fecha de efectos del despido.

Para solicitar las prestaciones al Fondo de Garantía Salarial, podrán aportarse documentos, escritos o comunicaciones. El registro electrónico del Fondo de Garantía

Salarial, generará recibos acreditativos de la entrega de estos documentos que garanticen la integridad y el no repudio de los documentos aportados.

La Resolución de 7 de Abr de 2017 (Modelo de solicitud de prestaciones, establecidas en el art. 33 del TR. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), publica el modelo de solicitud de prestaciones de garantía salarial, establecidas en el Art. 33 del Estatuto de los Trabajadores. Este formulario se utilizará tanto para su presentación electrónica como presencial a partir del 1 de mayo de 2017.

El plazo de solicitud, para las prestaciones del Fondo, será de un año contado desde la fecha del acto de conciliación, sentencia, resolución de la Autoridad Laboral o resolución judicial complementaria (interrumpido por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento de los créditos en el procedimiento concursal, así como por las restantes formas admitidas en derecho).

Si el FOGASA supera el plazo máximo de tres meses que tiene para responder a las solicitudes de los trabajadores (apdo. 7, Art. 28 del Real Decreto 505/1985 de 6 de Mar (organización y funcionamiento del FOGASA)), se entiende que opera el silencio administrativo positivo. Por lo tanto, el FOGASA deberá pagar las peticiones que tarde más de tres meses en responder, aunque dicha petición no cumpla con los requisitos exigidos por la ley. (Silencio administrativo positivo ante el retraso por parte del FOGASA al dictar resoluciones. Sentencia Social TS, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec 802/2014, 16-03-2015).

Normativa relacionada

- Apdos. 2 y 3, Art. 14 y Art. 68, de la Ley 39/2015 de 1 de Oct (Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)
- Art. 33, del RDLeg. 2/2015 de 23 de Oct (Estatuto de los Trabajadores)
- Ley 40/2015 de 1 de Oct (Régimen Jurídico del Sector Público)
- Resolución de 7 de Abr de 2017 (Modelo de solicitud de prestaciones, establecidas en el art. 33 del TR. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)

- Real Decreto 505/1985 de 6 de Mar (organización y funcionamiento del FOGASA)

- ORDEN TIN/2942/2008, de 7 de octubre, por la que se crea un registro electrónico en el Fondo de Garantía Salarial, y se establecen los criterios generales de tramitación electrónica de determinados procedimientos.

A la hora de solicitar salarios pendientes de pago, indemnizaciones no abonadas, y/o salarios de tramitación al FOGASA, ha de tenerse en cuenta:

A partir del 01/05/2017

Presentación y registro de la solicitud

En el caso de que el mandatario -o apoderado- esté obligado a relacionarse con la administración de forma electrónica, la solicitud de prestaciones la deberá registrar en la sede electrónica del Fondo de Garantía Salarial. En el resto de casos, la solicitud podrá presentarse en los registros de las oficinas del Fondo de Garantía Salarial, o en cualquiera de las oficinas y registros a los que se refiere el Art. 16 de la Art. 16.

Datos personales del solicitante

- En el caso de que el interesado sea extranjero deberá disponer del NIE exigido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a efectos del cobro de la prestación.

- En el caso de que el interesado actúe por medio de representante, deberá acreditar la representación en el Registro Electrónico de Apoderamientos (apoder@), de la Administración General del Estado

- Cuando el representante sea una persona jurídica, las notificaciones se realizarán de forma electrónica, en la Dirección Electrónica Habilitada (es una dirección electrónica para la recepción de las notificaciones administrativas que por vía telemática pueda practicar la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos).

- Cuando el representante sea una persona física y no esté obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración, o el interesado actúe sin representante, se deberá señalar el medio que se elige para las notificaciones:

- Si selecciona la notificación electrónica, y no dispone de una Dirección Electrónica Habilitada, se le creará de oficio de forma automática.
- Si selecciona la notificación en papel, las notificaciones se remitirán a la dirección física correspondiente, de las consignadas en el formulario.

Documentos que deben adjuntarse junto al modelo oficial

- Si se solicitan salarios pendientes de pago: Resolución judicial, Acta de conciliación judicial o administrativa, firmes, y/o Certificado de la administración concursal, si la empresa ha sido declarada en concurso, en el que consten los importes y conceptos adeudados por la empresa deudora.

- Si se solicitan indemnizaciones y/o salarios de tramitación: Resolución judicial o Acta de conciliación judicial, firmes, y/o Certificado de la administración concursal, si la empresa ha sido declarada en concurso, en el que consten los importes y conceptos adeudados por la empresa deudora. En el supuesto de despido colectivo, Acta final del periodo de consultas que ponga fin al despido colectivo y Comunicación escrita de la empresa al trabajador notificándole la fecha de efectos del despido. Y, en el caso de despido objetivo, sólo se aportará la Comunicación escrita de la empresa al trabajador notificándole la fecha de efectos del despido.

- En todas las solicitudes de prestaciones: Decreto de insolvencia dictado por el Juzgado de lo Social, o Auto de declaración del concurso de acreedores dictado por el Juzgado Mercantil, según la causa de la prestación. Si la causa de la extinción del contrato es la fuerza mayor: Resolución de la Autoridad Laboral, y/o Comunicación escrita de la empresa al trabajador notificándole la fecha de efectos de la extinción del contrato.

- Cuando exista acumulación de ejecuciones sobre la prestación que se solicita: En el caso de que un único interesado tuviese acumulados varios procedimientos judiciales a una misma ejecución (consignada en el apartado 4.3.1 del

modelo), deberá detallar en el apartado 5 cada uno de esos procedimientos judiciales. En este caso resulta importante recalcar la necesidad de cumplimentar el apartado 4.2.1 con los datos del procedimiento al que han sido acumulados.

Formulario

Modelo oficial de solicitud de prestaciones al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

Registro electrónico en el Fondo de Garantía Salarial

Mediante vía electrónica el Registro electrónico en el Fondo de Garantía Salarial se encargará de la recepción, tramitación y llevanza de los escritos, solicitudes y comunicaciones que se remitan y expidan por el Organismo Autónomo del Fondo de Garantía Salarial.

Condiciones generales para la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones por vía electrónica.

1.- Los interesados en acceder al registro electrónico del Fondo de Garantía Salarial deberán hacerlo a través de su dirección electrónica, donde se encontrará una relación actualizada de las solicitudes, escritos y comunicaciones que pueden presentarse en el registro, referidos a los procedimientos y trámites a los que se hace referencia a los procedimientos administrativos necesarios y sus correspondientes modelos normalizados de solicitud.

2.- El registro electrónico del Fondo de Garantía Salarial permitirá la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones todos los días del año, durante las 24 horas del día, sin perjuicio de las interrupciones necesarias por razones técnicas previsibles de las que se informará en el propio registro. En supuestos de interrupción no planificada en el funcionamiento del registro electrónico, y siempre que sea posible,

el usuario visualizará un mensaje en el que se comunique tal circunstancia. El registro electrónico se registrará por la fecha y hora oficial española correspondiente a la Península, Ceuta y Melilla y el Archipiélago Balear, que figurará visible en la dirección electrónica de acceso.

3.- A los efectos del cómputo de plazo, salvo lo regulado en procedimientos especiales, la entrada de las solicitudes, escritos y comunicaciones en un día inhábil se entenderá efectuada el primer día hábil siguiente. A estos efectos, en el asiento de entrada se inscribirán como fecha y hora de presentación aquéllas en que se produjo efectivamente la recepción, constando como fecha y hora de entrada las cero horas y un segundo del primer día hábil siguiente. En ningún caso la presentación electrónica de documentos, implicará la modificación de los plazos establecidos legalmente.

El calendario de días inhábiles a efectos de este registro electrónico será el que se determine en la resolución publicada cada año en el Boletín Oficial del Estado para todo el territorio nacional, por el Ministerio de Administraciones Públicas.

4.- El registro electrónico emitirá automáticamente un recibo consistente en una copia autenticada del escrito, solicitud o comunicación de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro.

Podrán aportarse documentos que acompañen a la correspondiente solicitud, escrito o comunicación, siempre que cumplan los estándares de formato y requisitos de seguridad que se determinen en los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad. El registro electrónico generará recibos acreditativos de la entrega de estos documentos que garanticen la integridad y el no repudio de los documentos aportados.

5.- Cualquier solicitud, escrito o comunicación que el interesado presente ante el registro electrónico del Fondo de Garantía Salarial no relacionado con prestaciones salariales, prestaciones indemnizatorias, salarios de tramitación o el despido objetivo; no producirá efecto alguno y se tendrá por no presentado, comunicándose al interesado tal circunstancia con indicación de los registros y lugares que para su presentación habilita el apdo. 4 del Art. 16, Ley 39/2015, de 1 de octubre.

6.- El interesado deberá consentir o señalar como medio de notificación preferente la notificación electrónica, así como la utilización de medios electrónicos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos.

7.- Criterios específicos de utilización de técnicas electrónicas correspondientes a los procedimientos citados:

El interesado deberá acceder al Registro Electrónico, seleccionando el formulario del procedimiento relativo a la solicitud/reclamación correspondiente.

Deberá cumplimentar los datos solicitados en el formulario. Los campos NIF y nombre se obtendrán directamente del certificado y no serán modificables. Deberá anexar los documentos que considere oportunos pulsando el botón «Añadir» dentro del apartado anexos, que abrirá una ventana en la que se podrá seleccionar los ficheros a anexar. El conjunto de ficheros a anexar, en ningún caso podrá exceder de 2 megabytes de información, y deberán pertenecer a alguno de los tipos de archivos permitidos, que podrán comprobar en la lista desplegable de cada formulario.

En caso contrario, la documentación a aportar deberá ser remitida en formato papel en un plazo máximo de 10 días hábiles, con apercibimiento expreso de tenerle por

desistido en su solicitud, de conformidad con lo establecido en el apdo. 1 Art. 68, Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Una vez cumplimentados los datos del formulario y seleccionado los ficheros a enviar mediante el procedimiento anterior, deberá pulsar el botón de «Firmar y Enviar».

Aceptada en el Registro la solicitud recurso o reclamación, el sistema devolverá en pantalla los datos del documento presentado, junto con el número de orden dentro del Registro Electrónico, la fecha y hora de presentación y la huella digital generada.

Características técnicas: Sistema compatible con navegadores que respondan a los estándares ISO 8879, RFC 1866, HTML 4.01 y XHTML 1.0.

La autenticación y firma se realizará mediante certificados X.509 v3 expedidos por Autoridades de Certificación reconocidas por la plataforma @Firma del MAP, los formatos de firma serán CADES y Xa-DES.

Con anterioridad al 01/05/2017

Presentación y registro de la solicitud

1) Solicitud: Por triplicado en modelo oficial vigente, debidamente cumplimentado y firmado. O bien, mediante el sistema de solicitud electrónica.

2) Fotocopia del D.N.I., N.I.E o documento de identidad equivalente, del solicitante (trabajador o empresario individual), salvo que autorice expresamente al

Organismo para su obtención, sin que por ello se le exima de identificarse ante el funcionario actuante.

Si la solicitud es a favor de la empresa y ésta fuese una persona jurídica o un ente sin personalidad jurídica, escritura o documento de constitución, estatutos o acta fundacional, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro Público que corresponda.

3) En caso de actuar mediante representante, copia del DNI, N.I.E o documento equivalente, así como original o copia testimoniada del documento por el que se acredite la representación (poder notarial, documento privado con firma legitimada, declaración firmada en comparecencia personal ante funcionario público,...).

Si la cuenta bancaria de ingreso pertenece al representante, debe tener reconocida expresamente la facultad para cobrar del Fondo de Garantía Salarial.

Documentos que deben adjuntarse junto al modelo oficial.

1) Cuando la solicitud la efectúe el trabajador, en los casos arriba indicados, deberá aportar, además de la documentación general: Carta de despido objetivo, Expediente de Regulación de Empleo, o Auto del Juzgado Mercantil declarando la extinción del contrato. En los casos de despido colectivo posteriores al 07-07-2012, comunicación del empresario de la decisión extintiva colectiva tras la tramitación del ERE, en la que deberá constar la identidad del trabajador, la causa del despido y la fecha de efectos.

Declaración jurada de no haber interpuesto reclamación frente a la decisión extintiva o, en su defecto, copia testimoniada de la resolución firme que acredite la terminación del proceso, confirmando la procedencia del despido. En su caso,

documentación que acredite el salario o la antigüedad alegada, pudiéndose requerir documentación complementaria.

2) Cuando la solicitud la realice la empresa, deberá aportar, junto a la documentación general y en función del tipo de indemnización: En supuestos de extinción colectiva autorizada a través de E.R.E, Resolución firme de la autoridad laboral, con la relación de afectados. En los casos de despido colectivo posteriores al 11-02-12, decisión empresarial, junto a la comunicación individual del despido, con el recibí del trabajador.

En supuestos de extinción colectiva en procesos concursales, Auto firme dictado por Juzgado de lo Mercantil, con relación de los trabajadores afectados. En caso de tratarse de despido objetivo, la comunicación al trabajador de la decisión extintiva. En caso de que el trabajador hubiese impugnado el despido, deberá aportar copia testimoniada del Acta de conciliación o la sentencia que reconozca o declare la procedencia del despido objetivo. Cuando no quede suficientemente acreditado el salario o la antigüedad, podrá requerirse documentación complementaria que lo acredite (por ejemplo, copia de las últimas nóminas).

Además, en cualquiera de los casos de pago a empresa, documentación acreditativa del pago al trabajador del 100% de su indemnización, calculado a razón de 20 días por año de servicio, prorrateando los periodos inferiores por meses completos. La acreditación se efectuará mediante documento de transferencia bancaria o equivalente.

La solicitud deberá ir acompañada de los siguientes documentos:

a) Fotocopia del documento nacional de identidad de cada uno de los trabajadores.

b) Fotocopia de documentos de afiliación a la Seguridad Social o declaración de su situación respecto a la misma (art. 25, RD 505/1985, de 6 de marzo).

Cuando se solicite prestación por salarios adeudados:

a) Certificación del acto de conciliación o testimonio de la sentencia en que se reconozca la deuda, en este último caso con la debida diligencia de firmeza.

b) Cuando la deuda salarial se refiera a diferencias existentes entre la retribución percibida por el trabajador y la legalmente correspondiente, deberá especificarse en el acuerdo conciliatorio las normas legales o convencionales en que se fundamenta la reclamación salarial y los períodos a que se refieren las diferencias.

c) Cuando se solicite prestación por insolvencia, resolución en la que conste la insolvencia del empresario, subsiguiente a la iniciación del procedimiento ejecutivo regulado legalmente.

d) En el supuesto de procedimiento concursal, testimonio de la resolución judicial por la que se tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, acompañado de certificación de inclusión de los créditos de los trabajadores en la lista de acreedores por un importe igual o superior al que se solicite al Fondo de Garantía Salarial.

Cuando se solicite prestación por indemnizaciones no abonadas:

a) Testimonio de la resolución judicial o certificación de la resolución administrativa en la que se declare o autorice la extinción del contrato de trabajo, en ambos casos, con diligencia de firmeza.

El importe de las cantidades garantizadas por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) -teniendo en cuenta con anterioridad los límites en el cálculo de su responsabilidad en materia de salarios e indemnizaciones utilizados para el cálculo de la base reguladora de la prestación-, se encuentra en función de: los años de servicio del trabajador en la empresa, el salario del trabajador y el tipo de extinción de contratación laboral.

El Fondo de Garantía Salarial, garantiza, como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores, ciertas cantidades cuyo importe se encuentra en función de las siguientes variables:

1. Años de servicio del trabajador en la empresa. Tomando como referencia la antigüedad y la fecha de extinción de la relación laboral.
2. El salario del trabajador.
3. El tipo de extinción de la relación laboral (puede variar desde 12 a 30 días por año de servicio).
4. La limitación en la responsabilidad del FOGASA

Años de servicio del trabajador en la empresa -antigüedad-

Salvo que el trabajador acredite un periodo superior de vigencia de la relación laboral, los años de servicio serán los que resulten de la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) relativa al periodo de alta en la empresa deudora (art. 19.1 Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo).

En el supuesto de existir discrepancias entre los datos certificados por la Tesorería Territorial de la Seguridad Social y los contenidos de la solicitud, aun cuando estos resulten de la documentación acompañada a la misma, la unidad administrativa periférica del Fondo de Garantía Salarial realizará las actuaciones conducentes a su clarificación, abriéndose el correspondiente periodo de prueba por un plazo máximo de veinte días (art. 27.2 Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo).

Para el cómputo de la antigüedad o su reconocimiento existen distintas precisiones a tener en cuenta:

Certificación de la TGSS

La certificación de la TGSS sobre la fecha de alta tiene una presunción “iuris tantum”, pero el trabajador puede utilizar otros medios probatorios que le permitan desvirtuarla ya que este certificado sólo es uno de los medios de prueba para determinar la indemnización a devengar. La jurisprudencia ha diferenciado dos supuestos para los casos en que existan diferencias entre los datos de la TGSS y el crédito indemnizatorio reconocido en sentencia basado en antigüedad errónea:

a) Si el FOGASA fue parte en el proceso contra la empresa. Tanto si el Fondo de Garantía Salarial compareció en el juicio o no, lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme – en este caso la antigüedad declarada - que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal (apdo. 4, Art. 222 LECiv). Es decir, el FOGASA no podrá oponerse posteriormente a lo que pudo alegar y no alegó en un primer proceso o reiterar lo que sí alegó pero fue expresamente rechazado.

- STS 22 de enero de 2.003 (R. 2468/2002)

b) Si el FOGASA no fue parte en el proceso contra la empresa. Cuando recaer sentencia entre empresa y trabajador, en proceso en que el FOGASA no fue parte, por lo que no pudo articular en su defensa los argumentos que estimase oportunos, puede en el posterior proceso, en el que se exige su responsabilidad en virtud del art. 33.1 del ET, oponer aquellos argumentos y defensa de que se quedó privado. De este modo, en base a otros elementos de prueba -como la certificación de la TGSS- el FOGASA podrá cuestionar la antigüedad fijada en sentencia, sin que el juez del segundo proceso quede vinculado a lo dictado en el primero.

- STSJ de Cantabria, Santander, de 5 de mayo de 2.001 (R. 1162/1999)

Pacto contractual donde se reconoce a efectos indemnizatorios u otros una antigüedad superior al tiempo de prestación efectiva de servicios

La determinación judicial del importe de crédito a satisfacer al trabajador, en concepto de indemnización por despido, sólo puede producirse en un proceso de despido, no cabe un pacto entre empresario y trabajador a fin de que un tercero, el FOGASA, abone con fondos públicos las consecuencias de dicho pacto "inter privados".

Para que nazca la responsabilidad subsidiaria del Fondo, (STS de 31 de enero de 2.008 (R. 3863/2006 - TS, Sala de lo Social, de 31/01/2008, Rec. 3863/2006 -) es necesario que las indemnizaciones por despido que se reclamen al Fondo de Garantía Salarial hayan sido como especifica el ET "reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores". No basta, por tanto, a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que aquélla esté reconocida en alguno de los títulos habilitantes que se concretan en el apdo. 2, Art. 33 ET.

En el mismo sentido cabe recordar la doctrina anterior recogida en las sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1990 (dictada en "interés de ley" y por el Pleno de la Sala), 22 de diciembre de 1998 (R. 1595/1998), 17 de enero del 2000 (R. 574/1999), 18 de septiembre del 2000 (R. 3840/1999), 26 de diciembre del 2002 (R. 644/2002), 23 de abril del 2004 (R. 1216/2003) y 23 de noviembre del 2005 (R. 3429/2004), entre otras, en las que se sostiene, en síntesis, que el referido precepto del Estatuto encomienda al FOGASA la satisfacción de las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por un empresario insolvente, en materia de salarios y de indemnizaciones por cese. "Pero estos conceptos dinerarios no se atienden sin más. Es preciso disponer de un título habilitante que la norma exige. Para los salarios es suficiente con una conciliación, previa o judicial. Para las indemnizaciones por despido u otras modalidades extintivas, se precisa una sentencia o una resolución administrativa; debiéndose de añadir a estos 'títulos habilitantes', como se ha precisado, los autos y conciliaciones judiciales, en base a las reformas de este precepto llevadas a cabo en los últimos años".

- Sentencia TS, de 10/06/2009, Rec. 2761/2008

Como excepción a este criterio ha de especificar la sucesión empresarial. Cuando varias empresas han contratado a trabajadores sucesivamente, subrogándose en la posición empresarial de la anterior en cuanto a su relación laboral, sin haber visto disminuidas sus condiciones salariales, incluidos, los derechos que por antigüedad ostentaban. Estos pactos de antigüedad y reconocimiento de derechos anteriores vinculan a terceros como el Fondo de Garantía Salarial, siempre que se dé una auténtica sucesión de empresas. Si no se prueba la verdadera sucesión el FOGASA no será responsable.

- STSJ de Aragón, Zaragoza, 14 de mayo de 2001 (R. 615/2000)

Concatenación de contratos

Para el cálculo de la antigüedad de un trabajador a efectos de la determinación de la indemnización por despido improcedente cuando existen pluralidad de contratos temporales sucesores con período de interrupción no significativos, en estos casos, el tiempo de servicios a que se refiere el apdo.1 a) del Art. 56, ET, debe ser todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma. A efectos de la responsabilidad del FOGASA se tomará como fecha de antigüedad la del primero de los contratos.

Despidos colectivos, objetivos, nulos e improcedentes/ extinción del contrato por voluntad del trabajador por justa causa

Para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, los períodos de antigüedad en el trabajo inferiores a un año se han de prorratear por meses (apdo. 1 a), Art. 56, ET), asimilándose a meses completos las fracciones de tiempo inferiores a los mismos.

- Sentencia TS, Sala de lo Social, de 12/11/2007, Rec. 3906/2006

XVII. PRESTACIONES DEL FOGASA

El Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, abonará las siguientes prestaciones salariales e indemnizatorias conforme al procedimiento que a continuación se indica:

Tramitación

El procedimiento de solicitud de prestaciones al Fondo de Garantía Salarial podrá iniciarse de oficio, por acuerdo de la Secretaría General o de la Unidad Administrativa Periférica correspondiente, o a instancia de los interesados o de sus apoderados.

Las solicitudes, efectuadas en modelo oficial, deberán presentarse acompañadas de la siguiente documentación:

Fotocopia del Documento Nacional de Identidad, o del N.I.E. No será necesaria la aportación de copia del documento cuando el interesado autorice a la comprobación de los datos en los ficheros del Ministerio del Interior, sin perjuicio de su exhibición ante el funcionario para comprobación de la firma. En caso de actuar mediante apoderado, documento que acredite la representación (poder notarial, documento privado con firma legitimada o mediante comparecencia ante funcionario público).

Salarios: Acta de Conciliación, certificado de la administración concursal o Sentencia del Juzgado de lo Social. Si se trata de salarios de trámite, no es suficiente la conciliación administrativa.

Indemnización: Acta de conciliación judicial, Auto, Sentencia o Resolución administrativa que autorice la extinción del contrato de trabajo. Esta última deberá ser acompañada de acta de conciliación o resolución judicial donde se cuantifiquen las indemnizaciones.

Documento que acredite la situación de insolvencia del empresario:

En caso de ejecución en vía laboral:

Auto o decreto de insolvencia.

En caso de procedimiento concursal:

Auto de declaración del concurso, y

Certificación de reconocimiento de los créditos en el procedimiento concursal.

Cuando se solicite la prestación prevista en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores o en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre no se precisa acreditar la situación de insolvencia o concurso de la empresa, debiendo acompañar a la solicitud, además de la identificación del interesado (y del representante si lo hubiera), la siguiente documentación:

Carta de despido objetivo, Auto de extinción de las relaciones laborales dictado por el Juzgado Mercantil, Resolución administrativa de expediente de regulación de empleo, o decisión empresarial de despido colectivo junto a la comunicación individual al trabajador afectado, según los casos; recibos de salarios de los tres últimos meses cuando en la documentación anterior no se acredite el salario diario; y además:

Escrito del trabajador manifestando no haber reclamado contra la decisión extintiva en los veinte días hábiles siguientes a la fecha de efectos del despido objetivo cuando la solicitud corresponda al trabajador; o acreditación fehaciente del previo pago

al trabajador del 100% de la indemnización legal, cuando la solicitud la presente la empresa (sólo extinciones anteriores al 15-7-12).

Beneficiarios

Los trabajadores vinculados por relación laboral.

Están excluidos los socios de cooperativas de trabajo asociado y trabajadores al servicio del hogar familiar, así como consejeros y administradores de las sociedades de capital asimilados a trabajadores por cuenta ajena, en los términos del artículo 136.2.C del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Plazo de solicitud

Un año contado desde la fecha del Acta de Conciliación, Sentencia, Auto o Resolución de la Autoridad Laboral en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones.

Dicho plazo se interrumpirá por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento de los créditos en el procedimiento concursal, así como por las demás formas admitidas en Derecho.

En los casos de responsabilidad directa, un año desde la fecha de efectos del despido objetivo o colectivo, o bien desde la fecha en que se efectúe el pago completo al trabajador del 100% de la indemnización legal, si la solicitud fuese a favor de la empresa.

Lugar de presentación

Si el procedimiento se iniciase a instancia de los interesados, la solicitud debidamente formalizada se presentará en la Unidad Administrativa Periférica del Fondo de Garantía Salarial instructora, que será la de la provincia donde se encuentre el centro de trabajo o donde tenga su sede el juzgado mercantil en caso de estar la empresa sometida a concurso; o bien en los registros de cualquier otro órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o de las Entidades Locales que tengan suscrito el oportuno convenio, así como a través de las Oficinas de Correos, en sobre abierto dirigido a la Unidad Administrativa del Fondo de Garantía Salarial competente para instruir el expediente.

En el caso de solicitudes que se cursaran en el extranjero, podrán hacerlo en la representación diplomática o consular española.

Asimismo podrá presentarse a través del Registro Electrónico del Fogasacuya dirección es: <https://sede.fogasa.empleo.gob.es>, cumplimentado los datos solicitados en el formulario, de acuerdo a las normas establecidas en el Anexo III de la Orden TIN/2942/08, de 7 de octubre (BOE 16-X-08).

Abono de la prestación

Una vez resuelto el expediente, se cursa la orden de pago a la entidad financiera colaboradora, efectuándose el pago al beneficiario o representante mediante transferencia bancaria a la cuenta consignada en el impreso de solicitud. Excepcionalmente, se podrá efectuar el pago por cheque nominativo, que deberá ser

previamente autorizado por la Secretaría General. La Resolución se comunicará igualmente a la dirección de notificaciones consignada en el impreso de solicitud.

Impugnación de la resolución

Contra la Resolución, que agota la vía administrativa, podrá interponerse demanda ante el Juzgado de lo Social competente en el plazo de dos meses, desde el día siguiente al de su notificación, de acuerdo con lo previsto en los arts. 2.º, 6.1, 10.1 y 69.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Subrogación

El FOGASA se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones laborales frente a la empresa deudora, manteniendo los privilegios salariales que correspondan.

Quedan excluidas de subrogación las prestaciones de responsabilidad directa derivadas del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores o de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

XVIII. PRESTACIONES. SALARIOS

El Fondo de Garantía Salarial abonará a los trabajadores por cuenta ajena los salarios con sus pagas extraordinarias, incluidos los de tramitación, pendientes de pago por la declaración de insolvencia o procedimiento concursal de la empresa, cuando consten reconocidos en Acta de Conciliación judicial o administrativa, Resolución

Judicial o, en su caso, certificación de la Administración Concursal (apdo. 1, Art. 33, ET).

- En contratos a tiempo parcial el FOGASA limita los salarios garantizados al porcentaje de la jornada laboral.

- El Supremo ha dictado sentencia a través de la cual se establece que si el FOGASA supera el plazo máximo de tres meses que tiene para responder a las solicitudes de los trabajadores (apdo. 7, Art. 28, Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo), se entiende que opera el silencio administrativo positivo. Por lo tanto, el FOGASA deberá pagar las peticiones que tarde más de tres meses en responder, aunque dicha petición no cumpla con los requisitos exigidos por la ley. (Sentencia TS, Sala de lo Social, de 16/03/2015, Rec. 802/2014).

Salario a efectos del FOGASA

El FOGASA considerará como salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el apdo. 1, Art. 26 ET, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días.

Límite máximo

La cantidad máxima a abonar es la resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, con prorrateo de pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendientes de pago, con un máximo de ciento veinte días.

En contratos a tiempo parcial el límite del duplo del SMI abonado por el FOGASA se reduce en igual porcentaje que la jornada laboral pactada. Para el cálculo de sus obligaciones el Fondo computa el salario real, siempre que sea inferior al duplo del SMI que es el tope (Límite de los salarios abonados por el FOGASA en contratos a

tiempo parcial. Sentencia SOCIAL Nº 529/2017, Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, Rec 2667/2015 de 20 de Junio de 2017)

Plazo de solicitud

Un año contado desde la fecha del Acta de Conciliación, Sentencia, Auto o Resolución de la Autoridad Laboral en que se reconozca la deuda por salarios (auto de insolvencia).

Dicho plazo se interrumpirá por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento de los créditos en el procedimiento concursal, así como por las demás formas admitidas en Derecho.

Subrogación

El FOGASA se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones laborales frente a la empresa deudora, manteniendo los privilegios salariales que correspondan.

El Fondo de Garantía Salarial dispensará la protección regulada en este artículo en relación con los créditos impagados de los trabajadores que ejerzan o hayan ejercido habitualmente su trabajo en España cuando pertenezcan a una empresa con actividad en el territorio de al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, uno de los cuales sea España, cuando concurren, conjuntamente, las siguientes circunstancias:

a) Que se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario en un Estado miembro distinto de España, previsto por sus disposiciones legales y administrativas, que implique el desapoderamiento parcial o total del empresario y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar.

b) Que se acredite que la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones, ha decidido la apertura del procedimiento; o bien que ha comprobado el cierre definitivo de la empresa o el centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento.

Cuando, de acuerdo con los términos establecidos en este apartado, la protección de los créditos impagados corresponda al Fondo de Garantía Salarial, este solicitará información de la institución de garantía del Estado miembro en el que se tramite el

procedimiento colectivo de insolvencia sobre los créditos pendientes de pago de los trabajadores y sobre los satisfechos por dicha institución de garantía y pedirá su colaboración para garantizar que las cantidades abonadas a los trabajadores sean tenidas en cuenta en el procedimiento, así como para conseguir el reembolso de dichas cantidades.

En el supuesto de procedimiento concursal solicitado en España en relación con una empresa con actividad en el territorio de al menos otro Estado miembro de la Unión Europea, además de España, el Fondo de Garantía Salarial estará obligado a proporcionar información a la institución de garantía del Estado en cuyo territorio los trabajadores de la empresa en estado de insolvencia hayan ejercido o ejerzan habitualmente su trabajo, en particular, poniendo en su conocimiento los créditos pendientes de pago de los trabajadores, así como los satisfechos por el propio Fondo de Garantía Salarial.

Asimismo, el Fondo de Garantía Salarial prestará a la institución de garantía competente la colaboración que le sea requerida en relación con su intervención en el procedimiento y con el reembolso de las cantidades abonadas a los trabajadores.

El TS ha aclarado la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, en el supuesto de un acuerdo de aplazamiento de pago de cantidades adeudadas alcanzado entre empresa y trabajadores tras despido reconocido en conciliación como improcedente, no paraliza la prescripción de la acción para reclamar al Fondo por vía de responsabilidad subsidiaria, ya que su naturaleza jurídica, asimilable a la de un «fiador», hace que solo se vea perjudicado por la interrupción frente al empresario deudor cuando esta se produzca mediante reclamaciones judiciales o acciones ejecutivas o de reconocimiento de deuda en pleito concursal, pero no cuando se trate de otras formas genéricas de interrupción, y en concreto en virtud de pactos que no gocen de la garantía de publicidad. Ver sentencias TSJ País Vasco, de 01/06/1999 y TSJ Cataluña, Sala de lo Social, nº 5974/2008, de 15/07/2008, Rec. 2187/2007.

El Fondo de Garantía Salarial abonará a los trabajadores por cuenta ajena los salarios con sus pagas extraordinarias, incluidos los de tramitación, pendientes de pago por la declaración de insolvencia o procedimiento concursal de la empresa, cuando

consten reconocidos en Acta de Conciliación judicial o administrativa, Resolución Judicial o, en su caso, certificación de la Administración Concursal.

La cantidad máxima a abonar es la que resulta de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, con prorrateo de pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendientes de pago, con un máximo de ciento veinte días.

No obstante, cuando la declaración de insolvencia o el auto del concurso sea anterior al 15-7-12, y se soliciten cantidades devengadas antes de esa fecha, los límites a tener en cuenta serán de 150 días de salario, sin que el salario base del cálculo pueda superar el triple del salario mínimo interprofesional diario con prorrateo de pagas extras.

Año 2015

S.M.I: 21,62 Euros

Doble S.M.I: 50,35 Euros

Límite 120 días: 6.042,00 Euros

Año 2016

S.M.I: 21,84 Euros

Doble S.M.I: 50,86 Euros

Límite 120 días: 6.103,20 Euros

Año 2017

S.M.I: 23,59 Euros

Doble S.M.I: 54,94 Euros

Límite 120 días: 6.592,80 Euros

Documentación

Con carácter general

1) Solicitud,

- En modelo oficial vigente, debidamente cumplimentado y firmado.
- O bien, mediante el sistema de solicitud electrónica.

2) Fotocopia del DNI, NIE o documento de identidad equivalente, del trabajador, salvo que autorice expresamente al Organismo para su obtención, sin que por ello se le exima de identificarse ante el funcionario actuante.

3) En caso de actuar mediante representante, copia del DNI de éste, NIE o documento equivalente y original o copia testimoniada del documento por el que se acredite la representación (poder notarial, documento privado con firma legitimada, declaración firmada en comparecencia personal ante funcionario público,...).

Con carácter específico

1) Acta de conciliación (administrativa o judicial) y/o Sentencia firme testimoniada del Juzgado de lo Social, en la que se reconocen los salarios reclamados y/o Auto del Juzgado de lo Social despachando ejecución en procedimiento monitorio. Deberá aportarse la papeleta de conciliación y/o demanda con el sello de presentación, cuando sea necesario para acreditar la naturaleza y condiciones de la relación laboral (antigüedad, salario, detalle de la deuda, prescripción, caducidad...) y/o petición inicial del trabajador en procedimiento monitorio en reclamación de salarios en cuantía inferior a 6.000 €.

Acta de conciliación judicial o administrativa y/o Sentencia Firme testimoniada del Juzgado de lo Social declaratoria del despido improcedente, o, en su caso, en el auto de extinción de la relación laboral, si se solicitan salarios de tramitación.

2) Y, además, alternativamente: Si se siguió ejecución laboral:

Declaración de insolvencia (Auto o Decreto) dictada por el Juzgado de lo Social.

Se acompañará escrito instando la ejecución, el Auto de ejecución, y/o la resolución que acuerde la acumulación de ejecuciones cuando sea necesario acreditar la interrupción de la prescripción, cantidades percibidas, etc.

Si la empresa se halla incurso en procedimiento concursal:

Auto de declaración del concurso, y

Certificación de reconocimiento e inclusión de los créditos en el Concurso, bien como créditos concursales o bien como créditos contra la masa, debidamente desglosados y detallados, emitida por la Administración Concursal.

XIX. PRESTACIONES. INDEMNIZACIONES DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

Requisitos y límites

Auto, Acta de Conciliación Judicial o Resolución administrativa, a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan.

El Importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o de extinción de los contratos por voluntad del trabajador mediando causa justa, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio.

La cantidad máxima a abonar es una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del Salario Mínimo Interprofesional, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias. No obstante, cuando la extinción del contrato y la declaración de insolvencia o el auto de declaración del concurso sean anteriores al 15-7-12, ese límite será del triple del salario mínimo interprofesional, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Deben estar reconocidas en: sentencia, auto, acta de conciliación judicial, o resolución administrativa. Si se trata de una empresa en concurso, se precisa que los créditos consten en la certificación de la administración concursal, por una cantidad igual o superior a la reclamada.

Año 2015

S.M.I: 21,62 Euros

Doble S.M.I: 50,35 Euros

Límite anualidad: 18.377,75 Euros

Límite Salarios (120 días): 6.042,00 Euros

Año 2016

S.M.I: 21,84 Euros

Doble S.M.I: 50,86 Euros

Límite anualidad: 18.563,90 Euros

Límite Salarios (120 días): 6.103,20 Euros

Año 2017

S.M.I: 23,59 Euros

Doble S.M.I: 54,94 Euros

Límite anualidad: 20.053,10 Euros

Límite Salarios (120 días): 6.592,80 Euros

Documentación

Con carácter general

1) Solicitud:

En modelo oficial vigente, debidamente cumplimentado y firmado.

O bien, mediante el sistema de solicitud electrónica.

2) Fotocopia del DNI (o documento de identidad equivalente), del trabajador, salvo que autorice expresamente al Organismo para su obtención, sin que por ello se le exima de identificarse ante el funcionario actuante.

3) En caso de actuar mediante representante, copia del DNI de éste y original o

copia testimoniada del documento por el que se acredite la representación (poder notarial, documento privado con firma legitimada, declaración firmada en comparecencia personal ante funcionario público,...).

Con carácter específico

1) Acta de conciliación judicial y/o sentencia firme del Juzgado de lo Social, en los que se declare la improcedencia o nulidad del despido o, en su caso, en la que se reconozca las indemnizaciones reclamadas, y/o Auto del Juzgado de lo Social despachando ejecución en procedimiento monitorio.

Deberá aportarse la papeleta o demanda de despido, o reclamación de la indemnización ante el Juzgado de lo Social con el sello de registro de entrada, cuando sea preciso acreditar la naturaleza de la relación laboral (antigüedad, salario, fecha de despido, prescripción, caducidad...), y/o petición inicial del trabajador en procedimiento monitorio en reclamación de salarios en cuantía inferior a 6000 €.

2) Además, alternativamente y en función del tipo de indemnización:

En supuestos de extinción colectiva de la relación laboral, junto con la comunicación escrita de la empresa al trabajador certificándole el despido, acta final del periodo de consultas.

En extinciones colectivas en procesos concursales, Auto firme dictado por Juzgado de lo Mercantil, con relación de los trabajadores afectados.

En caso de despidos nulos o improcedentes, escrito de opción o, en su caso, auto

de extinción de la relación laboral, cuando no conste la extinción en la propia sentencia.

En caso de despido objetivo, Sentencia firme del Juzgado de lo Social, declarando la procedencia del despido o reconociendo la cuantía de la indemnización reclamada.

3) Finalmente, en cuanto a la causa de pedir,

Si se siguió ejecución laboral:

Declaración de insolvencia (Auto o Decreto) dictada por el Juzgado de lo Social.

Se acompañará escrito instando la ejecución, el Auto de ejecución, y/o la resolución que acuerde la acumulación de ejecuciones cuando sea necesario acreditar la interrupción de la prescripción, cantidades percibidas, etc.

Si la empresa se halla incurso en procedimiento concursal:

Auto de admisión a trámite o de declaración del concurso.

Certificación de reconocimiento e inclusión de los créditos en el Concurso, bien como créditos concursales o bien como créditos contra la masa, debidamente desglosados y detallados, emitida por la Administración Concursal.

- El TS, reiteradamente, ha señalado que la posición jurídica del ente es la más parecida a un fiador con responsabilidad subsidiaria. Proximidad conceptual que no permite equiparar totalmente al Fondo de Garantía con quién asume contractualmente el

pago de una obligación en defecto del deudor principal. El FOGASA no puede ser identificado con el fiador definido en el Art. 1822 del Código civil, por más que su posición jurídica, cuando asume el pago de deudas del empleador sea similar a la del fiador en el mismo caso. Como pone de relieve la doctrina científica, es un peculiar ente asegurador que se nutre de determinadas cuotas y, a cambio, asume, dentro de ciertos límites, el riesgo del pago a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que no pudieron hacerse efectivas por el empleador por su carencia patrimonial. Cumple este organismo las exigencias de protección establecidas en la Directiva Comunitaria 80/987 de 20 de octubre de 1.980, modificada por la Directiva 87/164 de 11 de marzo, que los concibe como institución de garantía o instrumento de protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario, como los denomina el Convenio 173 de la OIT (ratificado por España el 28 de abril de 1995) (SSTS de 13 de febrero de 1993, Rec. 1816/1992, de 7 de octubre de 1993; Rec 3355/1993 o de 24 de febrero de 2002, Rec. 1541/2001).

La responsabilidad del Fogasa respecto de las prestaciones salariales (33.1 ET)

- El salario mínimo interprofesional a tener en cuenta a efectos de cuantificar la responsabilidad del Fogasa es el de la fecha de declaración de insolvencia de la empresa y no el vigente cuando se devengan los salarios impagados (STS, u.d., de 4 de junio de 1991). Esa misma fecha es la que habrá que tomar en consideración para determinar la concreta norma legal aplicable respecto del alcance de la garantía (STS 26 de diciembre de 2007, Rec. 507/2006).

- Para que responda el Fogasa es suficiente con la declaración judicial de insolvencia de la empresa sin que, en las sociedades mercantiles en las que los socios responden personalmente con sus bienes, necesario reclamar las deudas a dichos socios, STS, u.d., de 22 de julio de 1996.

El Fogasa responde de los salarios de tramitación reconocidos en conciliación judicial y no de los reconocidos en conciliación administrativa, de acuerdo con lo

establecido en la STSJCE de 12 de diciembre de 2002, SSTS de 26 de diciembre de 2002 o de 17 de marzo de 2003.

- Si en la conciliación judicial se pactan cantidades genéricas, como salario y finiquito, sin especificar las partidas salariales, no nace la responsabilidad del Fogasa (STS de 22 de enero de 2008, Rec. 490/2007).

- El Fogasa responde de todos los conceptos salariales, incluidos la retribución de las horas extraordinarias aunque excedan del tope legal del Art. 35 del ET (STS de 29 de noviembre de 1996) y las pagas extraordinarias (SSTS, u.d., de 16 de mayo de 1995, o de 16 de marzo de 1998, Rec. 1125/1997).

- El tope de los 120 días (hoy 150) que cubre el Fogasa en materia de salarios incluye los salarios ordinarios y los salarios de tramitación (STS de 19 de diciembre de 2001; Rec. 2319/2000).

La responsabilidad del Fogasa respecto de las prestaciones indemnizatorias (33.2 y 8 ET)

- La responsabilidad del Fogasa se refiere solamente a las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores en sentencia o en resolución administrativa y no en conciliación judicial o extrajudicial [SSTS, u.d., de 18 de septiembre de 2000, de 23 de abril de 2004, de 23 de noviembre de 2005, TOL796185 o de 30 de octubre de 2008, Rec. 3465/2007].

- El límite del duplo (ahora el triple) del salario mínimo interprofesional que se toma como base para el cálculo del techo de responsabilidad del FOGASA (junto con el del año), se calcula con inclusión de las pagas extraordinarias a partir de la reforma

introducida por el RD Ley 5/2006 (STS de 17 de septiembre de 2009, Rec. 3072/2008). Pero el duplo (o el triple) sólo jugará en el caso de que el salario real sea superior pues si es inferior a ese límite el que jugará realmente será el salario real (STS de 28 de mayo de 1998, Rec. 3462/1997).

- En el abono por el Fogasa de las indemnizaciones por extinción del contrato, el límite de una anualidad que la ley establece comprende las doce mensualidades y no las dos pagas extraordinarias legales (STS de 11 de junio de 1998, Rec. 3953/1997).

- En el supuesto previsto en el Art. 33.8 del ET, el Fogasa responde del 40 por 100 de la indemnización legal y no de la indemnización superior que hubiera podido pactarse [SSTS, u.d., de 11 de mayo de 1994, o de 14 de abril de 1999]. En este caso se trata de una prestación directa, no necesitada de previa declaración de insolvencia, a diferencia de las previstas en los apartados 1 y 2 del mismo precepto, las cuales tienen carácter subsidiario (STS de 5 de diciembre de 2000, Rec. 852/00).

Para el cálculo de la indemnización a abonar por el Fogasa se tendrán en cuenta los años de trabajo efectivo prestados a la empresa y no los años reconocidos por la empresa, salvo que hubiera habido sucesión de empresa (SSTS. u.d., de 14 de abril de 2005, Rec. 1258/2004 o de 3 de marzo de 2009, Rec. 950/2008).

- El Fogasa no es responsable del pago de la indemnización en los supuestos de despidos colectivos u objetivos, en los que los contratos se han extinguido eludiendo los trámites legalmente previstos (SSTS, u.d, de 24 de abril de 2002, Rec. 2643/2001, de 24 de septiembre de 2002, Rec. 588/2002 o de 16 de noviembre de 2004, Rec. 127/2004).

- La responsabilidad del Fogasa por indemnizaciones tiene el límite máximo del

Art. 33.2 y por ello de la cantidad reclamada por el 60% habrá que descontar la que hubiera podido abonarse por el 40% para finar aquel máximo legal (STS de 18 de noviembre de 2005, Rec. 3472/2004).

- El Fogasa no responde de la indemnización por terminación de obra (SSTS de 31 de octubre de 2001, Rec. 102/2001 o de 11 de marzo de 2002, Rec. 2492/2001), ni tampoco de la indemnización por falta de preaviso (SSTS de 2 de febrero de 2010, Rec. 1587/2009 o de 10 de febrero de 2010, Rec. 1908/2009).

- En el caso de extinción de la relación por fuerza mayor constatada en un ERE (Art. 51.12 ET) operan igualmente los límites legales en la responsabilidad del Fogasa, en concreto el cálculo de la indemnización sobre el duplo (triple) del salario mínimo interprofesional (STS de 16 de julio de 2008, Rec. 1161/2007).

- El 40 por 100 que normalmente es abonado por el empresario es posible que lo reclame el trabajador cuando el empresario le haya cedido este crédito, siendo válida esta cesión (STS de 4 de diciembre de 2007, Rec. 3466/2006).

- El plazo de prescripción del año para reclamar el 40 por 100 comienza a correr desde que alcanza firmeza la sentencia en que se condenó al pago de la indemnización (STS de 3 de julio de 2001, Rec. 486/2000), mientras que el "dies a quo" de la prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad subsidiaria es el día en que adquirió firmeza el auto de insolvencia (STS de 9 de marzo de 1999, Rec. 4612/1997).

- La solicitud y el reconocimiento de la indemnización del 40 por 100 en los casos en que procede no interrumpe el plazo de prescripción de la garantía del 60 por 100 (STS de 29 de abril de 1999, Rec. 1953/1998).

XX. GARANTIAS SALARIALES

El Art. 32, ET, establece que los salarios de los trabajadores no satisfechos por los empresarios, gozarán de preferencias sobre otros créditos.

El Art. 32, ET, establece:

"1. Los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.

2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.

3. Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que estos, con arreglo a la ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo."

Del mismo modo, los salarios de los trabajadores no satisfechos por los empresarios, gozarán de preferencias sobre otros créditos:

1. Los correspondientes a los últimos 30 días de trabajo, como se ha dicho, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito hasta el doble del SMI.

2. Los créditos salariales tienen preferencia sobre cualquier otro crédito, respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.

3. Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores, tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la ley, sean preferentes.

4. La misma consideración, que en el apartado 3, tendrán las indemnizaciones por despido, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del SMI.

5. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.

6. Las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal sobre clasificación de créditos, ejecuciones y apremios.

7. La garantía salarial cubierta por el FOGASA excluye a los órganos de administración de las sociedades. Ver sentencia TSJ Comunidad Valenciana, de 29/03/2000.

El Art. 59, ET establece el plazo de un año para exigir cualquier percepción económica, incluyéndose el pago del salario y la preferencia del salario, por los últimos 30 días, (en la parte que no sea superior a dos veces el SMI) sobre cualquier otro crédito en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (Art. 32, ET).

En caso de que el empresario fuera declarado en concurso, se establece lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, que garantiza:

- Los créditos salariales por los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (Art. 84,154, Ley 22/2003, de 9 de julio).

- Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago (Art. 91, Ley 22/2003, de 9 de julio).

Fondo de Garantía Salarial

El Fondo de Garantía Salarial, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios. A estos efectos, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo (apdo. 1, Art. 26 ,ET), así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días (Art. 33 ,ET).

Garantías Salariales para los Trabajadores autónomos

Los trabajadores autónomos tienen derecho a la percepción de la contraprestación económica por la ejecución del contrato en el tiempo y la forma convenidos y de conformidad con lo previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que

establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Art. 10 LETA).

Cuando el trabajador autónomo ejecute su actividad profesional para un contratista o subcontratista, tendrá acción contra el empresario principal, hasta el importe de la deuda que éste adeude a aquél al tiempo de la reclamación, salvo que se trate de construcciones, reparaciones o servicios contratados en el seno del hogar familiar.

En materia de garantía del cobro de los créditos por el trabajo personal del trabajador autónomo se estará a lo dispuesto en la normativa civil y mercantil sobre privilegios y preferencias, así como en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, quedando en todo caso los trabajadores autónomos económicamente dependientes sujetos a la situación de privilegio general recogida en el apdo. 3, Art. 91, Ley 22/2003, de 9 de julio.

El trabajador autónomo responderá de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, sin perjuicio de la inembargabilidad de los bienes establecida en los Art. 605-607, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

A efectos de la satisfacción y cobro de las deudas de naturaleza tributaria y cualquier tipo de deuda que sea objeto de la gestión recaudatoria en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, embargado administrativamente un bien inmueble, si el trabajador autónomo acreditara fehacientemente que se trata de una vivienda que constituye su residencia habitual, la ejecución del embargo quedará condicionada, en primer lugar, a que no resulten conocidos otros bienes del deudor suficientes susceptibles de realización inmediata en el procedimiento ejecutivo, y en segundo lugar, a que entre la notificación de la primera diligencia de embargo y la realización material de la subasta, el concurso o cualquier otro medio administrativo de enajenación medie el plazo mínimo de dos años. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en los supuestos de ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales (Art. 10, LETA, en redacción aportada por DF5,

Ley 14/2013, de 27 de septiembre).

XXI. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

STSJ Castilla-La Mancha de 27 de abril de 2006 (LA LEY 63235/2006): «El art. 33.8 del E.T. dispone que: "En las empresas de menos de 25 trabajadores, el Fondode Garantía Salarial abonará el 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 de esta ley o por la causa prevista en el párrafo c) del art. 52".

La doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1999, 24 de abril y 24 de septiembre de 2002 y 16 de noviembre de 2004) tiene establecido que "para que nazca la obligación del FOGASA de abonar el 40% de la indemnización legal, es de todo punto necesario que nos encontremos ante uno de los supuestos que se acaban de mencionar, esto es, que se trate de un despido colectivo del art. 51 del E.T. en el que como consecuencia del expediente instruido en aplicación de lo que esta norma establece, se hayan extinguido los contratos de trabajo de unos determinados trabajadores; o de un despido objetivo de los que prevé el art. 52 c) del mencionado campo legal. Si la situación analizada no puede ser incardinada en ninguno de estos preceptos, falta el requisito fundamental e ineludible para que el comentado art. 33.8 pueda ser aplicado, y en consecuencia no existe obligación del Fogasa en relación al pago directo del 40% de las indemnizaciones que hubieran podido estipularse.»

STSJ Cataluña de 28 de marzo de 2006 (LA LEY 115818/2006): «El Fogasa respecto del 40 % de la indemnización por despido por causas económicas en las empresas de menos de 25 trabajadores sólo responde por vía directa y respecto del 60% a cargo del empresario sí juega la responsabilidad subsidiaria del art. 33.1 y 2, así como respecto de los débitos salariales por lo que procede estimar en parte el recurso.»

STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria de 20 de marzo de 2006 (LA LEY 61942/2006): «aun cuando el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores no limita el número de horas extraordinarias a abonar por el Fondo de Garantía Salarial al trabajador en caso de insolvencia de la empresa, lo cierto es que tal organismo ha de actuar conforme a los límites de la legalidad vigente y ésta determina que el número de horas extraordinarias a realizar por cada trabajador no puede superar los 80 anuales". El "reconocimiento por el Fondo del exceso de las ochenta horas extraordinarias "supondría establecer una compensación económica por encima de los límites legales a los que está sujeto el Fondo de Garantía Salarial, una cosa es que exista la obligación de pago de dichas horas por parte de la empresa, y otra muy distinta, que esa obligación se extienda, desconociendo la prohibición legal - del artículo 35.2 del Estatuto de los Trabajadores- a un Organismo Estatal". El Fondo de Garantía Salarial tiene una actuación ajustada a derecho cuando dicta resolución en la que desconoce las horas extraordinarias que superan las 80 semanales.»

STS (Sala 4.^a) 24 de septiembre de 1996 (LA LEY 9574/1996): La «naturaleza de la responsabilidad legal establecida sobre el Fondo de Garantía Salarial por el citado art. 33 ET, y desarrollada en el RD 505/1985, de 6 marzo, tiene dos únicos fundamentos, a saber la condena firme del empresario y la insolvencia del condenado, declarada por el órgano judicial. No puede leerse de otra manera el núm. 6 del reiterado art. 33, y es ésta la interpretación que se deduce de la sección 2.^a del capítulo segundo del citado Real Decreto, y de modo especial de su art. 15, que desconoce en absoluto cualquier otra responsabilidad sino la del empresario, ni cualquier otro fundamento sino el auto de insolvencia del condenado. Como se desprende de este precepto, el Fondo de

Garantía Salarial debe intervenir de modo directo en la ejecución cuando conduce al auto de insolvencia, «resolución que será dictada previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial». Cumplida esta salvaguarda del propio Fondo, surge la responsabilidad del mismo, la cual, una vez satisfecha, le subroga en cuantos derechos correspondieran a los trabajadores, titulares anteriores de los créditos. Por tanto, la insolvencia da lugar a la sustitución del condenado por parte del Fondo, y el pago del crédito efectuado por éste produce su subrogación, con cuantas garantías y privilegios correspondieran a los trabajadores».

STS (Sala 4.^a) 22 de julio de 1996: (LA LEY 8969/1996) «Ahora bien, la obligación del Fondo de Garantía de abonar las indemnizaciones por despido, o por extinción del contrato según los arts. 50 y 51 del Estatuto y los salarios pendientes, no está condicionada a que no exista responsable alguno de estas obligaciones que no haya sido declarado insolvente, una vez declarada la del empresario, conforme al art. 275 LPL con anuencia del fondo o no compareciendo como en el caso de autos».

STS (Sala 4.^a) 14 de marzo de 1995 (LA LEY 14378/1995): En «los casos de despido nulo, si el trabajador ha prestado servicios para otra empresa durante la tramitación del proceso, del importe de los pertinentes salarios de trámite se han de efectuar las oportunas deducciones en virtud de las remuneraciones percibidas por ese nuevo trabajo».

STS (Sala 4.^a) 9 de junio de 1994 (LA LEY 11292/1994): La «obligación que impone al Fondo de Garantía Salarial (...) no está supeditada a que el montante de la indemnización percibida por el trabajador no alcance los topes legales de 20 días de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades sino que por el contrario, cualquiera que hubiera sido la cuantía de aquélla nace la obligación del Fondo».

STS (Sala 4.^a) 27 de junio de 1992: (LA LEY 9796/1992) «Dados los términos del art. 33.8 del ET, y partiendo del ámbito de referencia del mismo (empresa de menos de 25 trabajadores y extinción de relaciones laborales conforme al art. 51), la responsabilidad que establece con cargo al FOGASA es pura, directa y limitada:

a) No está sujeta a condición o término, de modo que puede exigirse «sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario» (art. 2.2 del RD 505/1985, de 6 de marzo, y en el mismo sentido el art. 33, apdo. 8, en relación con los aps. 1 y 2, a contrario sensu).

b) Los términos imperativos del precepto, al igual que los del precitado Real Decreto, explícita y exclusivamente referidos al Fondo, ponen de manifiesto que éste tiene el carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores.

c) La significación económica de dicha obligación se traduce en un mínimo, un porcentaje (el 40%) de la indemnización legal, no de la pactada».

La «mentada responsabilidad del FOGASA constituye propiamente (en la ratio de la norma) no tanto una garantía de cobro para el trabajador, pues su efectividad no se supedita a supuestos de insolvencia de la empresa, cuanto una medida de apoyo o protección de las pequeñas empresas (han de tener menos de 25 trabajadores) que, sea por causas económicas sea por motivos tecnológicos (empleando los términos del art. 51), precisen de una reestructuración de la plantilla. Debe resaltarse, en relación con tal extremo, la objetivación de los datos en que se enmarca el nacimiento de la comentada obligación del Fondo, y que son los que acaban de mencionarse, fuera, por lo tanto, de todo análisis individualizado o particularizado de la situación de la empresa o de las empresas a que, en su caso, pudiera afectar la aplicación del precepto».

XXII. INTERVENCIÓN DEL FOGASA EN EL PROCESO LABORAL

Proceso laboral: Las partes pueden comparecer por sí mismas y defenderse.

Representación procesal: cuando las partes confían su representación a otra persona. Supuestos:

- Representación no técnica: a cualquier persona con pleno ejercicio de sus derechos civiles.
- Representación técnica: a un procurador, abogado, graduado social.

Otorgamiento de la representación: mediante poder notarial o comparecencia ante el secretario judicial.

Defensa técnica: en las demandas de todos los procesos laborales, sean de los juzgados de lo social o sala de lo social de la AN o TSJ las partes pueden defenderse a sí mismas

Excepto: en los recursos de suplicación, casación, queja y revisión; y en la audiencia al rebelde la defensa por abogado es obligatorio.

El último apartado del Art. 17, Ley de Jurisdicción Social señala lo siguiente:

“Contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de

la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores.”

Para intervenir en juicio, las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a abogado, procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Esa representación podrá conferirse por medio de poder otorgado ante secretario judicial o por escritura pública.

La demanda podrá presentarse:

1. Individualmente o de modo conjunto,
2. En un solo escrito o en varios.

Se especifica el caso en los que demanden de forma conjunta más de diez actores. En estos casos, deberán designar un representante común, con el que se entenderán las sucesivas diligencias.

Este representante deberá ser necesariamente abogado, procurador, graduado social colegiado, uno de los demandantes o un sindicato. Dicha representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante el secretario judicial, por escritura pública o mediante comparecencia ante el servicio administrativo que tenga atribuidas las competencias de conciliación, mediación o arbitraje o el órgano que asuma estas funciones. Junto con la demanda se deberá aportar el documento correspondiente de otorgamiento de esta representación.

En el párrafo tercero de este Art. 19, Ley de la Jurisdicción Social, se expresa en relación a esto anterior:

“Cuando se acuerde la acumulación de los procesos correspondientes a varias demandas presentadas contra un mismo demandado, afectando de este modo el proceso a más de diez actores, así como cuando la demanda o demandas se dirijan contra más de diez demandados, siempre que no haya contraposición de intereses entre ellos, el secretario judicial les requerirá para que designen un representante común, pudiendo recaer dicha designación en cualquiera de los sujetos mencionados en el apartado anterior. A tal efecto, junto con la comunicación a los actores de la resolución de acumulación, el secretario judicial les citará de comparecencia dentro de los cuatro días siguientes para el nombramiento del representante común; si el día de la comparecencia no asistiese alguno de los citados en forma, se procederá a la designación del representante común, entendiéndose que quien no comparezca acepta el nombramiento efectuado por el resto.”

El Art. 20, Ley de la Jurisdicción Social, se ocupa exclusivamente de la representación de realizada por sindicatos. Éstos podrán actuar en un proceso, en nombre e interés de los trabajadores y de los funcionarios y personal estatutario afiliados a ellos que así se lo autoricen, para la defensa de sus derechos individuales.

En la demanda, el sindicato habrá de acreditar la condición de afiliado del trabajador o empleado y la existencia de la comunicación al afiliado de su voluntad de iniciar el proceso.

En la instancia, la defensa por abogado y la representación técnica por graduado social colegiado, tendrá carácter facultativo. Lo contrario ocurre en el caso del recurso de suplicación, y en el recurso de casación y actuaciones procesales ante el Tribunal Supremo, será preceptiva la defensa de abogado.

Al ser facultativo en la instancia, en caso de quiera contar con abogado y graduado social colegiado, habrá que hacerlo constar el demanda.

La solicitud de designación de abogado por el turno de oficio por los trabajadores y los beneficiarios del sistema de seguridad social que, por disposición legal ostentan todos, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, dará lugar a la suspensión de los plazos de caducidad o la interrupción de la prescripción de acciones. Los funcionarios y el personal estatutario en su actuación ante el orden jurisdiccional social como empleados públicos gozarán de ese mismo derecho.

Por último dentro de este apartado de representación, el Art. 22, Ley de la Jurisdicción Social regula la representación y defensa del Estado y de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

Los Art. 23-24, Ley de Jurisdicción Social, regulan, como se ha dicho, la intervención del denominado FOGASA, “Fondo de Garantía Salarial”. Éste podrá comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación, en aquellos procesos de los que se pudieran derivar prestaciones de garantía salarial, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones.

En los procedimientos de empresas incursas en procedimientos concursales, como las ya declaradas insolventes o desaparecidas, y en las demandas de las que puedan derivar la responsabilidad prevista en el apartado 8 del Art. 33, Estatuto de los Trabajadores, el secretario judicial lo citará como parte, dándole traslado de la demanda a fin de que éste pueda asumir sus obligaciones legales e instar lo que convenga en Derecho.

También tendrá la consideración de parte en la tramitación de procesos arbitrales. Podrá impugnar los laudos arbitrales, las conciliaciones extrajudiciales o judiciales, los allanamientos y las transacciones aprobadas judicialmente, de poderse derivar de tales títulos obligaciones de garantía salarial, a cuyo efecto se le dará traslado de los mismos en dichos casos por la autoridad que los dicte o apruebe.

Para concluir, el Art. 24, Ley de Jurisdicción Social se refiere al pago de prestaciones por parte de este Fondo, y subrogación en los derechos y acciones de los trabajadores. Expresa lo siguiente:

“Si el pago de las prestaciones legalmente a cargo del Fondo de Garantía Salarial se hubiere producido con anterioridad al inicio de la ejecución, al instarse ésta, en subrogación de los derechos y acciones de los trabajadores que figuren en el título ejecutivo, deberá acreditarse fehacientemente el abono de las cantidades satisfechas y que éstas corresponden, en todo o en parte, a las reconocidas en el título.

Despachada ejecución, el secretario judicial dictará decreto haciendo constar la subrogación producida, que se notificará a los trabajadores afectados o a sus representantes, a quienes, por si pudieren conservar créditos derivados del propio título frente a la empresa ejecutada por la parte no satisfecha por el Fondo, se les ofrecerá la posibilidad de constituirse como ejecutantes en el plazo de quince días. Las cantidades obtenidas se abonarán prorrateadas entre el Fondo y los trabajadores en proporción a los importes de sus respectivos créditos.”

Para ser parte en un proceso hay que tener interés legítimo; interés que existe siempre que de prosperar la acción iniciada el partícipe pueda obtener un beneficio o la desaparición de un perjuicio –Sentencias Tribunal Constitucional, nº 101/1996, de 11/06/1996, Rec. Recurso de amparo 1.849/1994, Tribunal Constitucional, nº 7/2001, de 15/01/2001, Rec. Recurso de amparo 502/1998, Tribunal Constitucional, nº 24/2001, de 29/01/2001, Rec. Recurso de amparo 4703/98, Tribunal Constitucional, nº 84/2001, de 26/03/2001, Rec. Recurso de amparo 324/1999 y Tribunal Constitucional, nº 215/2001, de 29/10/2001, Rec. Recurso de amparo 1990/1999.

Los sindicatos estarán exentos de efectuar depósitos y consignaciones en todas sus actuaciones ante el orden social y gozarán del beneficio legal de justicia gratuita

cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la seguridad social.

XXIII. EXCEPCIONES QUE PUEDE OponER EL FOGASA

Presupuesto básico para poder reclamar las prestaciones del FOGASA es que el derecho al crédito laboral esté vivo y no se haya extinguido en virtud de la prescripción o caducidad.

Como la posición jurídica del FOGASA cuando asume este tipo de responsabilidad es similar a la de un fiador, resulta de aplicación la regla del art. 1.975 CoC, en el que mientras se acepta que «la interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda, surte efecto también contra su fiador», se dispone a continuación que «no perjudicará a éste la que se produzca por reclamaciones extrajudiciales del acreedor o reconocimientos privados del deudor». Por consiguiente, aquél en su condición de fiador o responsable legal subsidiario, se verá perjudicado por la interrupción de la prescripción frente al empresario deudor cuando ésta se produzca mediante reclamaciones judiciales (art. 1.975 CoC) o asimilados -- como la conciliación prejudicial ante un servicio administrativo de mediación, arbitraje o conciliación o la conciliación judicial, ya que tales actos son presupuesto del proceso y acaban integrándose en él, por lo que no sólo interrumpen la prescripción respecto del empresario deudor, sino también frente al FOGASA (art. 23.5 LJS) [STS 21-3-07 (Rec. 465/06)]--, pero no cuando se trate de otras formas genéricas de interrupción y en concreto del reconocimiento de deudas por parte del empresario o cualquier otro acuerdo privado que no goce de la garantía de publicidad que aquellos supuestos tienen [SSTS 24-4-01 (Rec. 2102/00) y 19-2-07 (Rec. 183/06)]. En definitiva, el aplazamiento

de la deuda concertado por el trabajador con el empresario no tiene efectos en relación con el FOGASA.

Por ello, el FOGASA en el proceso seguido por los trabajadores frente a la empresa puede oponer la prescripción de la deuda o la caducidad de la acción de despido (art. 23.3 y 5 LJS). Pero, si fue llamado como parte en aquel proceso o fue parte procesal en el mismo como responsable subsidiario probable de los salarios o indemnizaciones (art. 23.1 y 2 LJS) y no planteó en el mismo cuestión alguna sobre la realidad y, en su caso, prescripción de lo reclamado o caducidad de la acción de despido, no puede, posteriormente, en el expediente administrativo ni en ulterior proceso en el que se le reclame el cumplimiento efectivo de su garantía subsidiaria «resucitar» la prescripción o caducidad, que resultan inoperantes al no haber sido invocadas en el primer e inicial proceso en el que fue citado como parte (art. 23.5 LJS) [SSTS 23-4-01 (Rec. 4361/99), 8-5-03 (Rec. 2702/02) y 12-7-12 (Recud. 3996/11). Cfr. STS 16-3-06 (Rec. 551/05)].

FOGASA y apoyo a las reestructuraciones de plantilla

Tradicionalmente el FOGASA ha asumido la responsabilidad directa del pago de todo o parte de las indemnizaciones por extinción de contrato en dos casos: reestructuraciones de plantilla en empresas de menos de 25 de trabajadores (A) y extinciones por fuerza mayor (B).

A) El 33.8 del ET, en su nueva redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, pasa a tener el siguiente tenor:

«En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Fondo de Garantía Salarial abonará al trabajador una parte de la

indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. No responderá el Fondo de cuantía indemnizatoria alguna en los supuestos de decisiones extintivas improcedentes, estando a cargo del empresario, en tales casos, el pago íntegro de la indemnización.

El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo».

Al respecto conviene subrayar lo siguiente:

1.º) La responsabilidad que establece el nuevo art. 33.8 del ET es directa, no precisando de la acreditación de la insolvencia singular o concursal del empresario.

2.º) La responsabilidad que el art. 33.8 del ET establece con cargo al FOGASA está sujeta a la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Ha de tratarse de contratos de carácter indefinido (ordinarios, de fomento de la contratación indefinida o de apoyo a los emprendedores), siendo indiferentes la fecha de su celebración y el período de vigencia del contrato en el momento de la extinción. Por el contrario, quedan fuera todos los contratos temporales.

b) La empresa debe tener menos de veinticinco trabajadores. La fecha que ha de tenerse en cuenta para concretar el número de trabajadores de la empresa, a los efectos del abono del 40% de la indemnización prevista en el art. 33.8 del ET para los despidos objetivos, es la de la extinción efectiva de la relación laboral, y no la de su anuncio preavisado [STS 2-4-12 (Rec. 2951/11)].

c) El abono por el FOGASA de parte de la indemnización procederá «cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal». De este modo, la extinción puede tener su origen tanto en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como en supuestos de fuerza mayor. Y, en el primer supuesto, tanto si la extinción de los contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se produce conforme a los procedimientos de los arts. 51 del ET y 64 de la LC como por la vía del art. 52.c) del ET. Es más, la Ley hace referencia a la extinción de los contratos por las causas previstas en el art. 52 del ET, por lo que el FOGASA abonará parte de las indemnizaciones derivadas del despido objetivo por las causas previstas en las letras a), b) y d) y e) del referido precepto.

d) El FOGASA no responderá de cuantía indemnizatoria alguna en los supuestos de «decisiones extintivas improcedentes». Si se interpone demanda de despido y se reconoce la improcedencia del despido en el acta de conciliación extrajudicial o judicial o se dicta sentencia declarando dicho despido improcedente, aquél no responderá de parte de la indemnización, sin perjuicio del reconocimiento de prestaciones de garantía salarial, con sus límites, en caso de insolvencia de la empresa. Es más, aunque el trabajador no impugne la decisión extintiva, ello no quiere decir que el FOGASA quede obligado ya inexorablemente al cumplimiento de la obligación que le impone el art. 33.8 del ET.

3.º) El FOGASA abonará al trabajador «una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año» y «el cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo». De este modo, una vez calculado el importe de la indemnización a razón de 20 días del haber diario percibido por el trabajador a la fecha del cese --o del doble del SMI vigente, si aquél fuera superior a esta cifra-- por año de servicio en la

empresa, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de una anualidad, el FOGASA responderá directamente del 40 por 100 de la citada indemnización (los ocho días equivalen al 40% de la indemnización legal de 20 días) y subsidiariamente en caso de insolvencia empresarial del 60 por 100 restante.

4.º) De conformidad con el art. 33.8 del ET, la institución de garantía salarial «abonará al trabajador una parte de la indemnización». De este modo, éste puede solicitar la prestación de garantía salarial directamente al FOGASA, quedando relevada la empresa de su abono.

B) En los casos de extinción del contrato por causa de fuerza mayor, abonará la totalidad o una parte de las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores --con los límites legalmente establecidos [STS 16-7-08 (Tol 1383914)]--, si así lo acuerda la autoridad laboral y con derecho a resarcirse del empresario (art. 51.7 ET), con independencia de la situación patrimonial de la empresa. Para que surja la obligación de pago prevista en el art. 51.7 del ET se exige la declaración de exoneración total o parcial del empresario en el pago de la indemnización en la resolución del expediente de regulación de empleo que se haya seguido para constatar la existencia de fuerza mayor, al efecto de extinguir los contratos de trabajo. Dicha resolución será enviada por la autoridad laboral al FOGASA que iniciará de oficio el expediente (art. 22.2 RD 505/1985).

Aspectos procedimentales

Las peticiones de intervención son atendidas «previa instrucción de expediente para la comprobación de su procedencia» (art. 33.4 ET). No obstante, cuando se trata de la responsabilidad directa establecida en el art. 33.8 del ET no es preceptivo incoar expediente a instancia de parte [SSTS 27-6-95 (Rec. 619/95) y 7-5-97].

El procedimiento de solicitud, concesión y régimen de recursos viene regulado minuciosamente por los arts. 20 y siguientes del RD 505/1985. Se inicia de oficio o a instancia de los interesados, con aportación de la documentación que acredite el reconocimiento de la deuda salarial o indemnizatoria. Tras una fase de instrucción y la apertura, en su caso, de un período extraordinario para práctica de prueba, se emite resolución estimatoria o desestimatoria por el Secretario General. Las resoluciones del FOGASA son recurribles, posteriormente, ante la jurisdicción laboral [art. 2.º LJS].

En los supuestos de responsabilidad subsidiaria del FOGASA (salarios e indemnizaciones por extinción del contrato), el derecho a solicitar las prestaciones del mismo está sometido a plazo de prescripción: prescribe «al año de la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución de la Autoridad Laboral en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones» (art. 33.7 ET). Pero se añade que ese plazo «se interrumpirá por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento del crédito en procedimiento concursal y por las demás formas legales de interrupción de la prescripción» (art. 33.7 ET). De este modo, la tramitación del proceso ejecutivo y la insinuación del crédito en el procedimiento concursal interrumpen el cómputo del plazo de prescripción del derecho de garantía salarial, y en buena lógica hay que entender que las mismas han de prolongar sus efectos respectivamente hasta la conclusión del proceso ejecutivo y el cierre del procedimiento concursal --momentos a partir de los cuales empezará a correr nuevamente-- [SSTS 11-7-01 (Rec. 3960/00) y 3-4-03 (Rec. 2544/02)].

En los supuestos de responsabilidad directa del FOGASA (pago del 40% de la indemnización por despido o de la totalidad o parte de la misma en caso de fuerza mayor), el plazo para solicitar las prestaciones es igualmente de un año [SSTS 5-12-00 (Rec. 852/00) y 3-7-01 (Rec. 486/00)].

Cabe aludir, en fin, a la subrogación del FOGASA en los créditos de los trabajadores. Salvo en los casos previstos en el art. 33.8 del ET, el Fondo se subrogará

obligatoriamente en los derechos y obligaciones de los trabajadores para reclamar a la empresa el reembolso de las cantidades satisfechas, conservando el carácter de créditos privilegiados conferido por el art. 32 del ET. En caso de concurrencia del FOGASA con los trabajadores por la parte no satisfecha, «unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes» (art. 33.4 ET).

Sin embargo, existen dos supuestos de subrogación empresarial en los que la institución de garantía salarial no puede pedir la devolución de las prestaciones al nuevo empresario, asumiendo una especie de función de coadyuvante en la salida de la crisis de las empresas.

Estos supuestos son los siguientes:

- En primer lugar, cuando los trabajadores, ante la crisis de su empresa y para conservar sus puestos de trabajo, aplican el importe de las prestaciones de garantía salarial a la constitución de una empresa de economía social [STS 11-4-2011 (Recud. 1245/00) y STSJ Comunidad Autónoma del País Vasco 10-2-2004 (Rec. 2140/03)]. En este sentido, el apartado cinco del art. 2 del Real Decreto 505/1985, añadido por el Real Decreto 372/2001, de 6 de abril, establece que "cuando los beneficiarios de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial fueran trabajadores que, tras cesar en la empresa en la que prestaban servicios, constituyan una sociedad laboral, una cooperativa de trabajo asociado u otro tipo de cooperativa, a cuyos socios trabajadores les sea de aplicación las normas establecidas para los socios trabajadores de las mencionadas cooperativas de trabajo asociado, no procederá la devolución de las prestaciones recibidas, si éstas han sido íntegramente aportadas a la sociedad o cooperativa constituida, como capital social". No obstante, y a fin de evitar que esta posibilidad se utilice en beneficio propio y sin ánimo real de constituir una empresa de economía social, el apartado sexto del ante citado precepto, añadido también por el Real Decreto 372/2001, señala que "si la sociedad, por cualquier causa, perdiera su calificación de laboral en un plazo de quince años a contar desde su constitución, deberá

restituir al Fondo de Garantía Salarial las cantidades que les fueron abonadas por dicho Organismo a sus socios trabajadores en concepto de salarios o indemnizaciones adeudadas por la empresa precedente" y que "eso mismo será de aplicación si en dicho plazo causa baja como socio de la sociedad laboral o cooperativa de las referidas en el apartado anterior, cualquiera de los socios trabajadores que hubieran percibido las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y que fueron aportadas a la constitución de la propia sociedad laboral o cooperativa, en cuanto a la parte correspondiente al socio que causa baja".

- En segundo lugar, la LC introduce importantes modificaciones en el régimen jurídico aplicable a la transmisión de empresa en situaciones concursales; cambios que redundan negativamente sobre las posibilidades que tiene el FOGASA de dirigirse contra el nuevo empresario que se hace cargo de la empresa incurso en procedimiento concursal para recuperar lo pagado a los trabajadores de ésta. Para los supuestos de transmisión de empresa en la fase de liquidación, la LC prevé un régimen jurídico principal y otro supletorio, aplicable --este último-- únicamente de no aprobarse el plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado. Así, con carácter supletorio, el art. 149.2 de la LC establece que el juez "podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los trabajadores" [AJM núm. 1 de Santander de 14-10-08 (Proc. 380/2008)]. En tal caso, el adquirente no asumirá, en los créditos salariales/indemnizatorios de los trabajadores, más que la parte no costada por el citado Organismo, lo que representa una disminución de las cargas del adquirente [AAP de Barcelona 29-11-07 (Rec. 788/07)].

XXIV. INTERVENCIÓN DEL FOGASA EN EL CONCURSO

La Ley Concursal ha creado un nuevo instituto, el concurso, que será aplicable a todo tipo de deudores, con independencia de su condición de comerciantes, y que tendrá un único presupuesto objetivo que es la insolvencia del deudor, entendida ésta como la imposibilidad para hacer frente al pago de las deudas contraídas.

Se reconduce así a un único procedimiento todos los institutos anteriores, novedad que ha de ser valorada muy positivamente por su simplicidad y facilidad práctica, además de por su celeridad.

Sin embargo, no puede olvidarse que esa unificación tiene que llevar aparejada necesariamente una flexibilidad que permita adecuar el procedimiento estandarizado a las circunstancias concretas de cada caso particular.

Fruto de esa flexibilización, y sin perjuicio de que posteriormente se desarrolle esta cuestión en profundidad, se han ampliado considerablemente las facultades otorgadas al juez del concurso para que sea éste, como órgano rector del procedimiento, el encargado de acomodar el procedimiento concursal al supuesto de hecho concreto.

Los aspectos procesales generales del concurso se regulan en el Título VIII de la Ley Concursal, concretamente en el Art. 183, Ley Concursal y siguientes.

El procedimiento se divide en seis secciones que se denominan por el ordinal que se les atribuye por la ley concursal, pero dichos ordinales no se corresponden con una sucesión en el tiempo, ya que el contenido de las secciones viene determinado por la materia que contienen.

Así por ejemplo, la Sección Primera abarca desde la declaración del concurso, hasta su reapertura incluida, si tal reapertura tiene lugar, tras haber transcurrido todo el procedimiento concursal.

El Art. 183, Ley Concursal es el que divide el procedimiento concursal en dichas seis Secciones, ordenándose las actuaciones de cada una de ellas en cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes:

- La sección primera comprenderá lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso.
- La sección segunda comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de la administración concursal, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de la administración concursal.
- La sección tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a las autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción y a las deudas de la masa.
- La sección cuarta comprenderá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales y al pago de los acreedores. En esta sección se incluirán también, en pieza separada, los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o se reanuden contra el concursado.

- La sección quinta comprenderá lo relativo al convenio y a la liquidación, incluidos el convenio anticipado y la liquidación anticipada.
- La sección sexta comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos.

Ahora, la Sección tiene como subdivisión la pieza separada, por lo que el procedimiento, en su conjunto, se divide en seis Secciones y cada una de éstas en piezas separadas, quedando suprimidos, los “ramos” previstos en la legislación anterior.

Frente a la predeterminación legal de las secciones del concurso, la tramitación de actuaciones en piezas separadas no está tasada legalmente, aunque la Ley prevé su formación en los siguientes casos:

Los procesos declarativos pendientes al tiempo de la declaración de concurso que se continúan tramitando en los juzgados correspondientes, son piezas separadas

Según el 57.1 Ley Concursal, el juez acordará la tramitación en pieza separada de las ejecuciones de garantías reales.

La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado, persona física, según el 27.1 Ley Concursal puede tramitarse en pieza separada.

La determinación de las causas del incumplimiento del convenio y correspondiente depuración de las posibles responsabilidades que procedan, según el

167.2 Ley Concursal dará lugar a la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se halle abierta para su tramitación de forma autónoma.

En cualquier caso, bajo la supervisión del juez del concurso, la ordenación material de las actuaciones, en las correspondientes secciones y piezas separadas corresponde al secretario judicial, según establece la DA6 Ley Concursal referente a las funciones de los secretarios judiciales.

Además de la necesidad de crear piezas separadas cuando lo establece la Ley Concursal, resulta conveniente su creación para el “buen orden y claridad del procedimiento”.

Representación y defensa

En todas las secciones serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y la administración concursal.

Además, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184 Ley Concursal, el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores.

El Ministerio Fiscal será también parte en la sección sexta.

El deudor actuará siempre representado por procurador y asistido de letrado sin perjuicio de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de la Jurisdicción Social, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales, y de las Administraciones públicas en la normativa procesal específica.

Por excepción a lo dispuesto en el apartado 2 del Art. 184 Ley Concursal, la representación por procurador no será preceptiva para el deudor personal natural en el concurso consecutivo. (D.A.3ª Ley 25/2015, de 28 de julio)

Los acreedores y los demás legitimados actuarán representados por procurador y asistidos de letrado en las siguientes circunstancias:

- Para solicitar la declaración de concurso
- comparecer en el procedimiento
- interponer recursos
- plantear incidentes
- impugnar actos de administración

Además, y sin necesidad de comparecer en forma, podrán, en su caso, comunicar créditos y formular alegaciones, así como asistir e intervenir en la junta.

Cualesquier otra persona que tenga interés legítimo en el concurso podrá comparecer siempre que lo hagan representados por procurador y asistidos de letrado.

La administración concursal será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervengan en incidentes o recursos deberán hacerlo asistidos de letrado. La dirección técnica de estos incidentes y recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal.

Cuando se desconozca el domicilio del deudor o el resultado del emplazamiento fuera negativo, el Secretario judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá realizar las averiguaciones de domicilio previstas en el Art. 156 LEC.

En caso de deudor persona física y que hubiera fallecido, se aplicarán las normas sobre sucesión previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando se trate de persona jurídica que se encontrara en paradero desconocido el Secretario judicial podrá dirigirse a los registros públicos para determinar quiénes eran los administradores o apoderados de la entidad al objeto de emplazarla a través de dichas personas.

Cuando el Secretario judicial agotara todas las vías para emplazar al deudor el Juez podrá dictar el auto de admisión del concurso con base en los documentos y alegaciones aportadas por los acreedores y las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión.

Derecho al examen de los autos

Tal y como los acreedores pueden comunicar sus créditos a la administración concursal, sin comparecer en forma, el Art. 185 ,Ley Concursal establece, por simetría,

que los acreedores podrán solicitar de la Oficina judicial que se les exhiban los documentos que consten en autos sobre sus respectivos créditos para su examen, y podrán hacerlo, bien personalmente o por medio de letrado y procurador que les represente, con poder oportuno y según los Art. 234, Art. 235 ,LOPJ, la exhibición de documentos se complementa con la posibilidad de obtener testimonio o certificación de su contenido.

Esta facultad de información se extiende a quienes tengan un interés legítimo en relación con el proceso cuyas actuaciones se pretende examinar.

El impulso procesal: desistimiento renuncia

El Art. 186 Ley Concursal establece que el impulso procesal, en materia concursal, será de oficio por medio del Secretario judicial.

El Juez resolverá sobre el desistimiento o la renuncia del solicitante del concurso, previa audiencia de los demás acreedores reconocidos en la lista definitiva. Durante la tramitación del procedimiento, los incidentes no tendrán carácter suspensivo, salvo que el Juez, de forma excepcional, así lo acuerde motivadamente.

La Ley Orgánica del Poder Judicial refuerza que el impulso procesal es de oficio, al involucrar al secretario judicial en el Art. 456 LOPJ, establecer lo siguiente:

“1. El secretario judicial impulsará el proceso en los términos que establecen las leyes procesales.

2. A tal efecto, dictará las resoluciones necesarias para la tramitación del proceso, salvo aquéllas que las leyes procesales reserven a jueces o tribunales. Estas resoluciones se denominarán diligencias, que podrán ser de ordenación, de constancia, de comunicación o de ejecución. Las diligencias de ordenación serán recurribles ante el juez o el ponente, en los casos y formas previstos en las leyes procesales.”

En cuanto al desistimiento, como acto dispositivo procesal y a la renuncia como acto dispositivo material, de quien haya solicitado la declaración del concurso, como modos anormales de terminación del concurso, son derechos que pueden ejercerse, en cualquier momento del proceso, según disponen los Art. 19, Art. 20 LEC, excepto cuando la Ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

En el ámbito concursal, dada la pluralidad de sujetos implicados en los actos dispositivos de desistimiento o renuncia y en virtud de la existencia de un interés colectivo por las implicaciones personales, económicas, laborales y sociales que conlleva un concurso, los actos dispositivos de desistimiento o renuncia no son equiparables a los que tienen lugar en un proceso singular, estableciendo el 186.2 ,Ley Concursal, que la resolución judicial al desistimiento requerirá audiencia previa de los “demás” acreedores reconocidos en la lista definitiva.

La renuncia o desistimiento que regula 186.2 Ley Concursal tiene que tener lugar “una vez declarado el concurso”, como explícitamente se afirma en dicho artículo.

La necesidad que establece el 186.2 Ley Concursal, consistente en que se dé audiencia a todos los acreedores implica que exista una lista definitiva de todos ellos, de la que no se dispondrá hasta el término de la fase común (Art. 98 ,Ley Concursal) y el Art. 176 Ley Concursal, así lo confirma, al decir que procede la conclusión del concurso

y el archivo de las actuaciones cuando una vez terminada la fase común del concurso, quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de todos los acreedores reconocidos.

Solamente la voluntad concursal manifestada por la totalidad de los acreedores que se adhieran a la renuncia puede producir el efecto extintivo de los créditos y la posterior conclusión del concurso.

La forma de la audiencia en cuestión, parece que resulte del 191.2 Ley Concursal y que deba ventilarse por el cauce del incidente concursal aunque, en virtud del 194.2 Ley Concursal queda abierta al juez la posibilidad de dar a la cuestión la tramitación que considere más oportuna.

El desistimiento tiene un tratamiento distinto porque puede ser expreso o tácito, aunque requiera igualmente la aceptación de todos los acreedores, pero la forma del desistimiento puede consistir en el abandono o dejación del proceso, que resulte de actos que denoten tal dejación, como la incomparecencia y falta de formulación de alegaciones sobre la solicitada terminación del proceso.

A los requisitos de tiempo y forma de la renuncia o del desistimiento hay que añadir la necesidad de que la administración concursal emita previo informe.

Los efectos de la renuncia, o del desistimiento, se producen con la resolución de aprobación de tales actos previa comprobación de todas las exigencias legales.

El 186.2 Ley Concursal establece además el carácter no suspensivo de los incidentes concursales, salvo que el Juez, de forma excepcional, así lo acuerde motivadamente, aclaración necesaria por cuanto el Art. 389 ,LEC establece igualmente el carácter no suspensivo de los incidentes de especial pronunciamiento, pero el Art. 390 ,LEC, dice lo contrario, para aquellos incidentes, de previo pronunciamiento, que supongan un obstáculo a la continuación del juicio.

Autorizaciones judiciales

El Art. 188 Ley Concursal regula el cauce procesal para solicitar, sustanciar y resolver las autorizaciones judiciales necesarias en el desarrollo del proceso concursal, que la Ley considere necesarias o que los administradores concursales consideren convenientes.

Las autorizaciones judiciales pueden tener un fundamento inmediato o mediato. El fundamento inmediato se da cuando las actuaciones cuya autorización se precisa, afectan derechos en la esfera jurídica patrimonial o personal del deudor o de los acreedores o cuando exista un interés plural y colectivo, social y público que debe controlarse por la jurisdicción como salvaguarda de derechos e intereses.

La autorización se produce o se deniega tras un procedimiento contradictorio al que tendrán acceso todas las partes a las que se habrá dado traslado de la solicitud, que deberán ser oídas.

El fundamento mediato resulta de la atribución al Juez y a la administración concursal de amplias e importantes competencias, con la discrecionalidad que la L.C.

confiere al juez y de la que resulta la flexibilidad del procedimiento, que no releva al juez del deber de motivar las resoluciones.

En el ámbito de las autorizaciones necesarias que exige la Ley y cuya solicitud resulta preceptiva, se encuentran las siguientes:

- Delegación de funciones en auxiliares delegados, prevista en el 32.1 Ley Concursal, incluso cuando sea necesaria para la continuación de la actividad del deudor. Si la autorización es acordada por el juez (32.2 Ley Concursal), éste nombrará a tales auxiliares, especificando sus funciones delegadas y determinando su retribución a cargo de los administradores concursales.

- Enajenación o gravamen de bienes o derechos que forman parte de la masa activa, si debe realizarse con anterioridad a la aprobación del convenio o a la apertura de la liquidación (43.2 Ley Concursal).

- En caso de suspensión de las facultades de administración del concursado persona física, corresponde al juez la fijación de la cuantía y periodicidad del derecho a alimentos del concursado (47.1 Ley Concursal) y de las personas que tengan derecho a alimentos frente al concursado (47.3 Ley Concursal)

- Desistimiento, allanamiento y transacción de la administración concursal en procesos pendientes, cuando el concursado tenga sus facultades suspendidas (51.2 Ley Concursal)

- Ejercicio de acciones del concursado intervenido que puedan afectar a su patrimonio, cuando dicho concursado se negara a formularlas y deba hacerlo la administración concursal en su nombre, según el 54.2 Ley Concursal.

- Si antes de la fase de liquidación, fuese necesaria la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, el juez podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, quedando la obligación excluida de la masa pasiva (155.3 Ley Concursal).

- En virtud del 157.1 Ley Concursal, a solicitud de la administración concursal, el juez puede autorizar el pago de créditos ordinarios, con anterioridad a los de la masa y a los privilegiados, cuando estime suficientemente cubierto el pago de éstos.
- Según el 218.2 ,Ley Concursal, “cuando el Estado en que se hallaren los bienes del deudor no reconociera el concurso declarado en España, o cuando las dificultades de localización y realización de estos bienes, así lo justificaren, el juez podrá autorizar a los acreedores a instar en el extranjero la ejecución individual, con aplicación en todo caso de la regla de imputación prevista en el art. 229.L.C.”, que establece la regla de pago de que “el acreedor que obtenga de un procedimiento extranjero de insolvencia, pago parcial de su crédito, no podrá pretender en el concurso declarado en España, ningún pago adicional hasta que los restantes acreedores de la misma clase y rango hayan obtenido en éste, una cantidad porcentualmente equivalente”.
- La administración concursal necesitará autorización judicial para obtener una prórroga para presentar su informe, que no podrá ser superior a 15 días, en el plazo de un mes a contar desde la aceptación del cargo, del que dispone dicha administración al efecto (191.1 Ley Concursal).

Prejudicialidad penal

Existe prejudicialidad penal cuando la resolución del objeto principal de un proceso requiere la previa resolución de una materia a la que corresponde un orden jurisdiccional diferente y existe una conexión entre dichas resoluciones, requiriendo la resolución principal la previa resolución correspondiente a la otra cuestión suscitada.

En materia de prejudicialidad penal, la ley concursal se separa de lo que al respecto establece la LEC para los procesos civiles no concursales.

En los procesos civiles no concursales, es de aplicación el 10.2 LOPJ, según el cual la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión, o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras la cuestión prejudicial penal no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca.

El tratamiento de la prejudicialidad penal aparece regulado en el 189.1 Ley Concursal que establece lo siguiente:

“1. La incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste.

2. Admitida a trámite querrela o denuncia criminal sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso, será de competencia del juez de éste adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculpados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal.”

XXV. CONCURSO DE ACREEDORES Y EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO. INTERVENCIÓN DEL FOGASA

En caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (Art. 57, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre).

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal amplía los procedimientos que se tramitan ante el juez del concurso, según lo establecido en el art. 64 de la Ley Concursal, contemplando a partir de ahora los procedimientos de reducción de jornada. (Hasta ahora se incluían los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, traslados colectivos y expedientes suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales).

El principio de universalidad que informa la Ley Concursal conlleva que el juez competente por razón de la materia en relación al concurso dirima todas las cuestiones que puedan guardar relación con el concurso, como son las relaciones laborales. En todo aquello no previsto la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se aplicará la legislación laboral.

Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso.

Dentro de los 3 días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados (La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales) para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en el Art. 64, Ley Concursal. Las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado.

Si a la fecha de la declaración del concurso el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de lo establecido en los Art. 51, ET o Art. 47 ,ET o, en su caso, ya hubiera recaído resolución administrativa autorizando medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.

Partes legitimadas

Son la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales.

Podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.

La representación de los trabajadores en la tramitación del procedimiento corresponderá a los sujetos indicados en el apdo. 4 Art. 41 ,ET, en el orden y condiciones señalados en el mismo. Transcurridos los plazos indicados en el referido artículo sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca.

Informe de la administración concursal

La solicitud de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, sólo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de la Ley Concursal, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso.

Solicitud

La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

La administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación.

Período de consultas

Recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a 30 días naturales, o a 15, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores.

En caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, el juez podrá autorizar la participación del concursado en el período de consultas.

Los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrán interesar, el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas.

Si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud prevista en el apdo. 4 Art. 64, Ley Concursal y de los documentos que en su caso se acompañen.

El juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

Acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal

Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo.

El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

El acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud, en cuyo caso, no será necesaria la apertura del período de consultas.

En el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores.

Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas.

Recibida dicha comunicación, el secretario judicial recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión.

Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

Resolución por parte del juez

Cumplidos los trámites establecidos en el Ley Concursal, el juez resolverá en un plazo máximo de 5 días, mediante auto, sobre las medidas propuestas, aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

Si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días.

El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior, y producirá las mismas consecuencias que la decisión extintiva o

suspensiva adoptada por el empresario al amparo de lo establecido en los arts. 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o que, en su caso, la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

Recursos

Contra el auto del juez, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) podrán interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en la Ley de Jurisdicción Social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral.

El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

Derecho del trabajador de rescindir contrato por modificación sustancial de carácter colectivo

Los trabajadores que vean modificadas sus condiciones de trabajo sustancialmente podrán rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses, según lo establecido en el apdo. 3 Art. 41, ET.

En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el Art. 41, ET, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto, reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

La suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.

Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a 12 meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

Extinción de contratos individuales

Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del Art. 50, ET, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en el Art. 64, Ley Concursal, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del procedimiento previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme, se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vezalzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales. El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos.

XXVI. INTERVENCIÓN DEL FOGASA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DINERARIA LABORAL

Concurrencia de embargos

1. En caso de concurrencia de embargos decretados por órganos judiciales del orden jurisdiccional social sobre unos mismos bienes, la preferencia para seguir la vía de apremio contra ellos corresponde, sin perjuicio de lo establecido en esta Ley en los supuestos de acumulación de ejecuciones, al órgano que con prioridad trabó dichos bienes.

No obstante, el embargante posterior podrá continuar la vía de apremio si quedan garantizados los derechos de los embargantes anteriores.

2. La regla anterior no afectará a la prelación de créditos entre diversos acreedores.

3. En caso de concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios e indemnizaciones por despido que les puedan ser adeudados quedan sometidas a lo establecido en la Ley Concursal.

Manifestación de bienes para la ejecución

1. El ejecutado está obligado a efectuar, a requerimiento del secretario judicial, manifestación sobre sus bienes o derechos, con la precisión necesaria para garantizar sus responsabilidades. Deberá, asimismo, indicar las personas que ostenten derechos de cualquier naturaleza sobre sus bienes y, de estar sujetos a otro proceso, concretar los extremos de éste que puedan interesar a la ejecución.

2. Esta obligación incumbirá, cuando se trate de personas jurídicas, a sus administradores o a las personas que legalmente las representen y cuando se trate de comunidades de bienes o grupos sin personalidad, a quienes aparezcan como sus organizadores, directores o gestores.

3. En el caso de que los bienes estuvieran gravados con cargas reales, el ejecutado estará obligado a manifestar el importe del crédito garantizado y, en su caso, la parte pendiente de pago en esa fecha.

Esta información podrá reclamarse al titular del crédito garantizado, de oficio o a instancia de parte o de tercero interesado.

Investigación judicial del patrimonio del ejecutado

1. Si no se tuviere conocimiento de la existencia de bienes suficientes, el secretario judicial deberá dirigirse a los pertinentes organismos y registros públicos a fin de que faciliten la relación de todos los bienes o derechos del deudor de los que tengan constancia, tras la realización por éstos, si fuere preciso, de las averiguaciones legalmente posibles.

2. También podrá el secretario judicial, dentro de los límites del derecho a la intimidad personal, dirigirse o recabar la información precisa para lograr la efectividad de la obligación pecuniaria que ejecute, de entidades financieras o depositarias o de otras personas privadas que por el objeto de su normal actividad o por sus relaciones jurídicas con el ejecutado deban tener constancia de los bienes o derechos de éste o pudieran resultar deudoras del mismo.

Intereses de demora y costas

1. Salvo que motivadamente se disponga otra cosa, la cantidad por la que se despache ejecución en concepto provisional de intereses de demora y costas no excederá, para los primeros, del importe de los que se devengarían durante un año y, para las costas, del diez por ciento de la cantidad objeto de apremio en concepto de principal.

2. En cuanto a los intereses de la mora procesal se estará a lo dispuesto en el Art. 576, Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, transcurridos tres meses del despacho de la ejecución sin que el ejecutado cumpliera en su integridad la obligación, si se apreciase falta de diligencia en el cumplimiento de la ejecutoria, se hubiere incumplido la obligación de manifestar bienes o se hubieren ocultado elementos patrimoniales trascendentes en dicha manifestación, podrá incrementarse el interés legal a abonar en dos puntos.

Notificación a los representantes de los trabajadores de la empresa deudora

Atendida la cantidad objeto de apremio, los autos en que se despache la ejecución y las resoluciones en que se decreten embargos se notificarán a los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores de la empresa deudora, a efectos de que puedan comparecer en el proceso.

Intervención en la ejecución del Fondo de Garantía Salarial y las Entidades Gestoras o Servicios Comunes de la Seguridad Social

1. El Fondo de Garantía Salarial y las Entidades Gestoras o Servicios Comunes de la Seguridad Social, cuando estén legitimados para intervenir en el proceso, quedan obligados a asumir el depósito, la administración, intervención o peritación de los bienes embargados, designando a tal fin persona idónea, desde que se les requiera por el secretario judicial mediante decreto. De tal obligación podrán liberarse si justifican ante el secretario la imposibilidad de cumplirla o su desproporcionada gravosidad.

2. Igual obligación y con los mismos límites puede, motivadamente, imponerse a cualquier persona o entidad que por su actividad y medios pueda hacerse cargo de la

misma, sin perjuicio del resarcimiento de gastos y abono de las remuneraciones procedentes conforme a la ley.

3. Las actuaciones materiales relativas al depósito, conservación, transporte, administración y publicidad para su venta de los bienes judicialmente embargados podrá encomendarse a entidades autorizadas administrativamente con tal fin o a las entidades previstas a este fin en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si así lo acordara el secretario judicial.

XXVII. ADMISIÓN Y SOBRESEIMIENTO DEL PROCESO MONITORIO LABORAL. INTERVENCIÓN DEL FOGASA

El secretario judicial procederá a la comprobación de los requisitos establecidos en el apdo. a) Art. 101, LJS. De ser admisible la petición, requerirá al empresario para que, en el plazo de diez días, pague al trabajador, acreditándolo ante el juzgado.

Examen de la petición y admisión

El secretario judicial procederá a la comprobación de los requisitos establecidos en el apdo a) Art. 101, LJS, completando, en su caso, los indicados en la solicitud con otros domicilios, datos de identificación o que afecten a la situación empresarial, utilizando a tal fin los medios de que disponga el juzgado, y concederá trámite de subsanación por cuatro días de cualquier defecto que apreciare, salvo que sean insubsanables. En caso de apreciar defectos insubsanables, o de no subsanarse en plazo los apreciados, dará cuenta al juez para que resuelva sobre la admisión o inadmisión de la petición.

Actuaciones posteriores a la admisión de proceso monitorio laboral

De ser admisible la petición, requerirá al empresario para que, en el plazo de diez días, pague al trabajador, acreditándolo ante el juzgado, o comparezca ante éste y alegue sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada, con apercibimiento de que de no pagar la cantidad reclamada ni comparecer alegando las razones de la negativa al pago, se despachará ejecución contra él. Este requerimiento no podrá practicarse mediante edictos.

Del requerimiento se dará traslado por igual plazo al Fondo de Garantía Salarial, plazo que se ampliará respecto del mismo por otros diez días más, si manifestase que necesita efectuar averiguaciones sobre los hechos de la solicitud, en especial sobre la solvencia empresarial.

Sobreseimiento del monitorio

El sobreseimiento del monitorio no implica la pérdida de acción siempre que la misma no se halle prescrita o, más raramente, caducada. En todo caso, el Auto de inadmisión no impide al trabajador accionante instar un nuevo juicio monitorio con el defecto subsanado o bien plantear el correspondiente proceso ordinario en reclamación de cantidad (letras e) y f), Art. 101 LJS). Sentencia TSJ Cataluña, Sala de lo Social, nº 3532/2013, de 21/05/2013, Rec. 2468/2013.

Efectos del pago de la deuda

Si se produce el pago total se archiva el procedimiento y se entrega la cantidad al solicitante; si el pago es parcial prosigue el trámite por la diferencia.

Si no se produce ni el pago ni se formula oposición, el secretario judicial da traslado al demandante para que con una simple solicitud inste la ejecución.

Transcurrido el plazo conferido en el requerimiento, de haberse abonado o consignado el total importe se archivará el proceso, previa entrega de la cantidad al solicitante, respetando lo establecido en el párrafo segundo de la letra c) Art. 101 LJS

Finalización del procedimiento monitorio laboral

Transcurrido el plazo conferido en el requerimiento, de haberse abonado o consignado el total importe se archivará el proceso, previa entrega de la cantidad al solicitante.

De no haber mediado oposición por parte del empresario o del Fondo de Garantía Salarial, el secretario judicial dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y dará traslado al demandante para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud. Desde la fecha de este decreto se devengará el interés procesal del apartado 2 del artículo Art. 251, LJS. Contra el auto de despacho de la ejecución, conteniendo la orden general de ejecución, procederá oposición según lo previsto en el apartado 4 del Art. 239, LJS y pudiendo alegarse a tal efecto la falta de notificación del requerimiento. Contra el auto resolutorio de la oposición no procederá recuso de suplicación.

De haber oposición del demandado sólo en cuanto a parte de la cantidad reclamada, el demandante podrá solicitar del juzgado que se dicte auto acogiendo la reclamación en cuanto a las cantidades reconocidas o no impugnadas. Este auto servirá de título de ejecución, que el demandante podrá solicitar mediante simple escrito sin necesidad de esperar a la resolución que recaiga respecto de las cantidades controvertidas.

De haber oposición del demandado en el plazo (10 días) y la forma (sucinta), se dará traslado a la parte actora, que podrá, en los cuatro días siguientes, presentar, ante el Juzgado de lo Social, demanda en la forma prevenida en el Art. 101, LJS, en cuyo caso se procederá seguidamente al señalamiento ulterior de los actos de conciliación y juicio en la forma ordinariamente prevista, sobreseyendo en caso contrario las actuaciones.

El archivo no supone perjuicio para el actor, quien podrá formular nueva demanda siguiendo el procedimiento ordinario Art. 80-100, LJS. Si la oposición fuese sólo parcial, el demandante podrá solicitar del Juzgado que se dicte auto acogiendo la reclamación de las cantidades no impugnadas o conformes, que servirá de título para instar la ejecución de las mismas.

Si no hubiera sido posible notificar en la forma exigida el requerimiento de pago se procederá a dar traslado al actor para que presente demanda en el mismo plazo, si a su derecho interesare, siguiéndose el mismo trámite anterior.

Tasa judicial en el procedimiento monitorio laboral

Está exento de tasa judicial de conformidad con lo dispuesto en el Art. 4 ,Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Del requerimiento se dará traslado al FOGASA en el mismo plazo, que podrá ampliarse en dos días más, por tanto un total de doce días, para que éste realice las pertinentes averiguaciones sobre los hechos y en especial sobre la insolvencia empresarial. Y la existencia del FOGASA y su responsabilidad legal en caso de insolvencia, determinan a mi juicio, el peligro de este procedimiento.

XXVIII. COTIZACIÓN DE SALARIOS CON CARÁCTER RETROACTIVO

Cuando hayan de abonarse salarios con carácter retroactivo, el ingreso de las liquidaciones que deban de efectuarse a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, como consecuencia de ellos, se realizará en los plazos señalados en el artículo 56.1.c) del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio

El pago retroactivo de salarios en la práctica supone el ingreso de la diferencia entre la cantidad que se le pagó al trabajador en su momento y la cantidad que realmente debería haber percibido. Estos pagos suelen venir en una nómina propia en concepto de “atrasos”, pero puede surgir por varias razones:

- Actualización salarial dispuesta en el convenio colectivo.
- Condiciones laborales vigentes no aplicadas (a modo de ejemplo: falta de aplicación de la subida de IPC establecida con carácter anual en convenio).
- Subida salarial por voluntad del empresario con carácter retroactivo (a modo de ejemplo: cantidades abonadas como compensación de una prestación de servicios durante cierto tiempo).
- Ante la aplicación de categoría salarial o retribuciones indebidas (a modo de ejmp.: retribución por categoría laboral inferior a la que le corresponde según la actividad laboral o q pagado las horas extras por debajo de las cantidades establecidas en convenio).

Siguiendo el Art. 27, Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero:

- En estos supuestos, el ingreso se efectuará mediante la correspondiente liquidación complementaria, a cuyo fin se tomarán las bases, topes, tipos y condiciones vigentes en los meses a que los citados salarios correspondan.
- De igual forma se liquidarán aquellas gratificaciones que no puedan ser objeto de cuantificación anticipada total o parcialmente, a efectos del prorrateo, a cuyo fin las empresas deberán formalizar una liquidación complementaria por las diferencias de cotización relativas a los meses del año ya transcurridos, e incrementar, en la parte que corresponda, las cotizaciones pendientes de ingresar durante el ejercicio económico del año 2017.

- Las liquidaciones complementarias a que se refieren los apartados anteriores se confeccionarán con detalle separado de cada uno de los meses transcurridos.

Plazo reglamentario para el ingreso de las cuotas a la Seguridad Social en caso de abono de salarios con carácter retroactivo

El plazo reglamentario para el ingreso de las cuotas por incrementos de salarios, modificaciones de las bases, conceptos y tipos de cotización que deban aplicarse con carácter retroactivo o por las que pueda optarse en el plazo establecido al efecto, en virtud de disposición legal, acta de conciliación, sentencia judicial o por cualquier otro título legítimo, finalizará, salvo que en dichas normas o actos se fije otro plazo, el último día del mes siguiente al de la publicación en el boletín oficial correspondiente de las normas que los establezcan, al de agotamiento del plazo de opción, al de la notificación del acta de conciliación o de la sentencia judicial o al de la celebración o expedición del título (apdo. 1. c), Art. 56 Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio y Orden anual).

De igual forma se liquidarán aquellas gratificaciones que no puedan ser objeto de cuantificación anticipada total o parcialmente, a efectos del prorrateo mensual, a cuyo fin las empresas deberán formalizar una liquidación complementaria por las diferencias de cotización relativas a los meses del año ya transcurridos, e incrementar, en la parte que corresponda, las cotizaciones pendientes de ingresar durante el ejercicio económico en curso.

Las liquidaciones complementarias a que se refieren los apartados anteriores se confeccionarán con detalle separado de cada uno de los meses transcurridos.

XXIX. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2017 **NÚMERO RECURSO 1517/2016**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 4 de noviembre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º) La demandante, Doña Noelia , con DNI nº NUM000 , mayor de edad, prestó servicios para VARELA CADRECHA Y COMPAÑÍA SL, desde el 18 de agosto de 1987 hasta el 15 de mayo de 2013, fecha de efectos del despido por causas objetivas del que fue objeto tras la realización de un expediente de regulación de empleo practicado por la empresa. En la comunicación extintiva se le reconocía el derecho a percibir la cantidad de 12.847,70 euros de la empresa en concepto de 12 días de salario por año de servicio y la de 7.313,14 euros del Fondo de Garantía Salarial, correspondiente a los 8 días restantes.

2º) La actora percibió prestaciones de desempleo desde el 16 de mayo hasta el 17 de junio de 2013.

3º) El 20 de mayo de 2013 el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón, en autos 93/2013 y, al amparo de lo establecido en el artículo 176 bis 4 de la Ley Concursal , dicta auto en el que se declara en concurso a VARELA CADRECHA Y COMPAÑÍA SL, y, la conclusión del mismo.

4º) El 18 de junio de 2013 la actora fue contratada por la mercantil ASVAJUAR SL, que explota un negocio de venta de ropa y artículos infantiles en el mismo local que lo hiciera VARELA CADRECHA Y COMPAÑIA SL en la Plaza del Seis de Agosto de Gijón. Dicho local era subarrendado por PRENATAL SA a VARELA CADRECHA Y COMPAÑIA SL.

5º) La actora presentó papeleta de conciliación en reclamación de la cantidad relativa a los 12 días de indemnización, celebrándose el acto con el resultado de "sin avenencia" el 30 de mayo de 2013. Presentada demanda el 17 de julio de 2013, recayó sentencia de 3 de abril de 2014 del Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón , que estimaba la demanda presentada por la actora y otras seis trabajadoras y condenaba a la empresa a abonar a aquella la cantidad de 20.160,84 euros, sin perjuicio de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, dentro de los límites establecidos en la Ley.

6º) Solicitada por la actora la ejecución de la sentencia por escrito presentado el 9 de julio de 2014, se inadmitió la misma en atención al estado de liquidación de la mercantil demandada, por auto de 10 de julio de 2014.

7º) El 8 de octubre de 2014 se presenta escrito ante el Fondo de Garantía Salarial en reclamación de la indemnización por despido objetivo.

8º) El 27 de enero de 2015 recae resolución del Fondo de Garantía Salarial que deniega la prestación por (1) no constar auto de insolvencia judicial; (2) haber transcurrido más de un año; (3) haberse solicitado con anterioridad la responsabilidad directa al amparo del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores y (4) existencia de una subrogación empresarial entre la empleadora y ASVAJUAR SL».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Doña Noelia contra el Fondo de Garantía Salarial, condenando al organismo a que abone a la trabajadora la cantidad de 12.847,07 euros».

SEGUNDO .- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Abogado del Estado ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 15 de marzo de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, dictada en los autos seguidos a instancia de Custodia contra el Organismo recurrente, sobre Reclamación de Cantidad, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada».

TERCERO.- Por el Abogado del Estado se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 30 de marzo de 2016. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en fecha 27 de junio de 2014 (RSU 1308/2014). El recurso se fundamenta en un único motivo: la infracción del ordenamiento jurídico y, en particular, de los artículos 43.1 de la LRJPAC y 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo , en relación con el artículo 33.2 del ET , y la jurisprudencia.

CUARTO.- Con fecha 28 de octubre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la improcedencia del presente recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de julio 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión objeto del recurso de casación unificadora consiste en determinar si puede entenderse estimada por silencio administrativo positivo la solicitud presentada por la trabajadora demandante ante al FOGASA, aun cuando lo reclamado supere los límites legales de la responsabilidad que le corresponde asumir a dicho organismo.

La representación letrada del Fondo de Garantía Salarial ha formulado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 15 de marzo de 2016, rec. 150/2016 , que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por esa entidad contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, que acoge la demanda de la trabajadora y condena al Fondo de Garantía Salarial al pago de la indemnización por despido no abonada en su momento por la empresa para la que prestaba servicios.

2.- Denuncia el recurso infracción de los arts. 43.1 LRJPAC y 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, en relación con el art. 33.2 ET, e invoca como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 27 de junio de 2014, rec.1308/2014, para sostener que los efectos que se derivan de la estimación por silencio positivo de la solicitud de la actora no pueden extenderse más

allá de los límites legales en la responsabilidad del FOGASA que establece el art. 33.2 ET.

El Ministerio Fiscal en su informe no cuestiona la existencia de contradicción, y solicita la desestimación del recurso por considerar ajustada a derecho la doctrina de la sentencia recurrida.

3. - Los elementos relevantes de la sentencia recurrida en orden al análisis de la contradicción, son como siguen: 1º) la relación laboral de la actora se extingue con efectos de 15 de mayo de 2013, mediante la comunicación escrita remitida por la empresa en la que se le notifica su despido por causas objetivas, a la vez que se le reconoce el derecho a percibir la indemnización de 12.847,70 euros a cargo de la empresa, y la de 7.313,14 euros del FOGASA, al tratarse de una empresa de menos de 25 trabajadores; 2º) en reclamación del pago de la parte de la indemnización correspondiente a la empresa, presentó la trabajadora demanda de reclamación de cantidad contra la misma, que fue estimada en sentencia de 3 de abril de 2014 del Juzgado de lo Social 2 de Gijón; 3º) instada la ejecución de la sentencia, es desestimada por auto de 10 de julio de 2014, en atención al estado de liquidación de la empresa que había sido previamente declarada en situación de concurso; 4º) La demandante presentó solicitud al Fondo de Garantía Salarial el 8 de octubre de 2014, reclamando el pago de la totalidad del importe de la indemnización por despido a cargo de la empresa; 5º) El FOGASA desestimó la anterior solicitud en fecha 27 de enero de 2015, alegando que: no consta el auto de insolvencia judicial; haber transcurrido más de un año; que se había solicitado con anterioridad la responsabilidad directa al amparo del 33.8 ET; y la existencia de una subrogación empresarial entre la empleadora y una tercera empresa.

Con estos hechos, la sentencia recurrida desestimó el recurso de suplicación del FOGASA, al entender que el silencio positivo equivale a un acto administrativo eficaz que supone estimar lo reclamado en la solicitud, y respecto del cual no es posible una

ulterior resolución expresa administrativa que revoque lo ya obtenido por los efectos del indicado silencio.

4. - En el caso de la sentencia invocada de contraste: 1º) la empresa, de menos de 25 trabajadores, había procedido al despido por causas objetivas de varios de sus trabajadores a los que hizo pago de la totalidad de la correspondiente indemnización; 2º) en fecha 26 de abril de 2013, presentó solicitud ante el FOGASA en reclamación del 40% de las indemnizaciones abonadas, sin que este organismo hubiere llegado a resolver dicha solicitud; 3º) ante esa falta de respuesta presentó la empresa demanda frente al FOGASA, que fue estimada en sentencia del Juzgado de lo Social que condenó a este organismo al pago de la suma reclamada por la empresa en su solicitud; 4º) el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA es estimado en la sentencia referencial, que rebaja la condena impuesta a ese organismo hasta los límites legales de su responsabilidad conforme a lo establecido en el art. 33.8 ET , al entender que los efectos jurídicos que despliega el silencio positivo no pueden ir más allá de la responsabilidad legal que le corresponde asumir al FOGASA, lo que obliga a considerar que la solicitud no respondida en plazo debe considerarse estimada en toda la extensión, y no más, que el citado organismo puede autorizar en el caso de haber estimado la petición.

SEGUNDO.1. - A la vista de las sentencias comparadas hemos de concluir que concurre el requisito de contradicción, puesto que en ambos casos los hechos relevantes se contraen a determinar las consecuencias jurídicas que debe otorgarse al silencio administrativo positivo, en aquellos supuestos en los que se ha presentado una reclamación de cantidades al FOGASA por encima de los límites legales de las cuantías de las que debe responder conforme a lo establecido en el art. 33 ET , a la que no da respuesta dentro del plazo legalmente previsto a tal efecto.

Ambas sentencias razonan sobre si debe entenderse estimada por silencio administrativo positivo la solicitud en toda su extensión o con los límites legales por los que debe responder dicho organismo, y los fallos son totalmente contradictorios.

La sentencia recurrida considera que la figura del silencio positivo impone al FOGASA la obligación de responder por la totalidad de la cantidad reclamada, aun cuando supere los límites legales de su responsabilidad; mientras que la de contraste concluye que sus efectos no pueden ser otros que los de entender acogida la solicitud en la máxima cuantía de la que debe responder el FOGASA conforme a los límites del art. 33 ET.

Nos encontramos de esta forma ante doctrinas contradictorias que es necesario unificar.

2. - Para lo que hemos de estar al criterio que ya ha sentado esta Sala en las dos recientes sentencias de Pleno de 20/4/2017 (Rec. 701/2016 y 669/2016), a cuyos razonamientos nos vamos a remitir, reproduciendo los de la citada en primer lugar.

Como en las mismas se dice, la cuestión aquí controvertida ya había sido resuelta por esta Sala en la STS de 16 de marzo de 2015, rcud. 802/2014, en el sentido en el que se ha pronunciado la sentencia recurrida y a tal doctrina hemos de estar por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley y porque no existen razones que justifiquen un cambio de doctrina, sino todo lo contrario, hemos de mantener la ya expresada.

3. - Tras lo que la STS 20/4/2017 (Rec.701/2016), razona lo siguiente: "... la normativa legal y reglamentaria que regula los procedimientos administrativos para las

reclamaciones al Fondo de Garantía Salarial no regula los efectos que para el administrado pudiera tener el incumplimiento del referido plazo, razón por la que ha de acudirse a la Ley 30/92 -que resulta de indudable aplicación al FOGASA- y cuyo artículo 43.1 -vigente por razones temporales al supuesto de autos- establecía que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista...,«el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado... para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en que una norma con rango de ley... o una norma de Derecho Comunitario establezcan lo contrario», excepción que no se da en el caso de autos, donde sí se dictó, en cambio, resolución expresa extemporánea. El nº 2 de este artículo establecía, a su vez, que «la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento». Y el nº 3 del mismo precepto condicionaba el sentido de la resolución expresa, al disponer que «en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

"Tan claro panorama legislativo nos llevó a reseñar que «No podemos aceptar la argumentación del Abogado del Estado de que no resulta posible obtener por silencio administrativo licencias o autorizaciones contra legem o en contra del ordenamiento jurídico, ya que tal argumentación se refiere a supuestos distintos y, como hemos visto, lo único que puede impedir el juego del silencio positivo por el transcurso del plazo máximo en resolver, en los procedimientos iniciados de instancia o de parte, es que exista norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario que prevea para el caso el efecto negativo del silencio, lo cual no ocurre en el caso de autos.

Como señala con acierto el Ministerio Fiscal, la exposición de motivos de la ley 30/92 anuncia que el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando Administración no atiende eficazmente y con la celeridad

debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que de primar la eficacia sobre el formalismo, solo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista. Así, la sentencia de la Sala Tercera de 2-2-2012 precisa que el silencio administrativo pueda tener lugar ante cualquier clase de solicitud, siempre que su contenido sea real y posible desde el punto de vista material y jurídico."

2.- También en nuestra anterior sentencia recordamos que esa doctrina comportaba el seguimiento de la genuina interpretación que del silencio administrativo positivo venía haciendo la Sala Tercera de este Tribunal de la que la STS -3ª- de 25 de septiembre de 2012 (Rec. 4332/2011) resultaba ejemplo paradigmático al establecer: «una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el art. 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad».

3.- No puede ser otra la interpretación de los preceptos administrativos denunciados en el recurso a la vista de la expuesta jurisprudencia de la Sala 3ª de este Tribunal y de la propia exposición de motivos de la Ley 30/1992 (LRJPAC) que, sobre el silencio positivo, señala «El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se

vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado». En esos idénticos términos se pronuncia la STC 52/2014, de 10 de abril, confirmando que en la norma legal que se aplica el juego del silencio no está en conexión directa con la legitimidad de la solicitud del interesado, sino que aparece como la consecuencia directa del incumplimiento de la obligación legal de la Administración pública de resolver expresamente dentro del plazo máximo fijado a tal fin.

CUARTO.- 1.- Esa misma regulación se contiene en la actualidad en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en cuyo artículo 24 Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado y en el que se señala que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario; añadiendo que la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, mientras que la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

Añade el precepto que los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del

silencio producido. Este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver.

2.- Esta doctrina no significa que la Sala entienda que, como regla general, pueden obtenerse prestaciones del FOGASA superiores o no previstas en el normativa vigente en cada momento. Antes al contrario: resulta evidente el carácter imperativo del artículo 33 ET. Ocurre, sin embargo, que el citado organismo está obligado a resolver en el plazo previsto en su propia norma de funcionamiento (Real Decreto 505/1985). Si no lo hace, es la propia ley (LRJPAC) la que establece que la solicitud del interesado ha sido estimada por silencio administrativo -resolución tácita equiparada legalmente a resolución expresa- y es la propia ley la que prevé que, posteriormente, tal resolución presunta no puede dejarse sin efecto por la propia Administración al establecer que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo".

Con ello no queremos decir que el derecho así reconocido no pueda, posteriormente, ser dejado sin efecto; pero, para ello, la propia ley ha previsto que tal operación únicamente puede efectuarse a través de los procedimientos revisorios previstos en las normas legales. El FOGASA, con fundamento en el entonces vigente artículo 62.1.f) LRJPAC (en la actualidad : artículo 47.1 f) LPAC): «serán nulos de pleno derecho:... los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», podrá iniciar el correspondiente procedimiento de revisión del acto presunto a través, en este caso, del artículo 146 LRJS en el que, además de las medidas cautelares que estime oportuno, deberá solicitar la nulidad del referido acto presunto".

CUARTO.- La aplicación de la doctrina anterior al supuesto aquí examinado conduce, tal como interesa el Ministerio Fiscal en su informe, a la desestimación del recurso de casación unificadora interpuesto por el FOGASA y a la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida. Con imposición de costas al organismo recurrente.

FALLO:

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

desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 150/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, de fecha 4 de noviembre de 2015 , recaída en autos núm. 242/2015, seguidos a instancia de D.^a Noelia frente al FOGASA, sobre reclamación de cantidad; confirmar en sus términos la resolución recurrida e imponer las costas al recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2017
NÚMERO DE RECURSO 1550/2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 31 de agosto de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de León dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: « ESTIMANDO la demanda interpuesta por Doña Aida CONDENO a CLEANET EMPRESARIAL, S.L., y a la CLECE, S.A., a abonar de forma conjunta y solidaria a la indicada trabajadora la cantidad de 6.044,37 euros brutos, incrementados en el 10% de interés moratorio, por los conceptos recogidos en el hecho segundo de esta sentencia. ABSUELVO al Ministerio de Defensa de los pedimentos deducidos contra dicho organismo en este procedimiento. Procede la absolución del FOGASA sin perjuicio de las responsabilidades prestacionales que le son propias para el caso de insolvencia y tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo que se tramite a tal efecto.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La demandante viene prestando servicios en las dependencias de las dependencias de la Academia Básica del Aire, al menos desde el día dieciséis de mayo de dos mil dos, desempeñando sus funciones como limpiadora en las sucesivas contratas que iban ganando la concesión administrativa del servicio. El contrato de la señora Aida es a tiempo parcial de 32.50 horas semanales. Con fecha uno de mayo de dos mil trece se subroga en su relación laboral la mercantil CLEANET EMPRESARIAL, S.L., Que permanece como empleadora de la hoy demandante hasta la subrogación por parte de CLECE S.A., el día treinta de marzo pasado, fecha en la que la mencionada empresa ganó la concesión del servicio de limpieza de la Academia Básica del Aire.

SEGUNDO.- La empresa no abonó a la trabajadora, entre otros, sus haberes de desde septiembre de dos mil catorce hasta enero de dos mil quince, ambos inclusive. El importe de estos impagos desglosado por conceptos sería el siguiente:

Septiembre de dos mil catorce:

Salario base: 775,65 euros

Antigüedad: 155,13 euros

Plus Transporte: 33.87 euros

Paga Beneficios: 74,33 euros

Paga Veranos: 74.33 euros

Paga Navidad 74,33 euros

Octubre de dos mil catorce:

Salario base: 801,51 euros

Antigüedad: 160.30 euros

Plus Transporte: 33.87 euros

Paga Beneficios: 76.81 euros

Paga Veranos: 76.81 euros

Paga Navidad 76,81 euros

Noviembre de dos mil catorce:

Salario base: 775.65 euros

Antigüedad: 155,13 euros

Plus Transporte: 33,87 euros

Paga Beneficios: 74,33 euros

Paga Veranos: 74,33 euros

Paga Navidad: 74,33 euros

Diciembre de dos mil catorce:

Salario base: 801.51 euros

Antigüedad: 160.30 euros

Plus Transporte: 30.79 euros

Paga Beneficios: 76.81 euros

Paga Veranos: 76.81 euros

Paga Navidad 76,81 euros

Enero de dos mil quince:

Salario base: 801.51 euros

Antigüedad: 160.30 euros

Plus Transporte: 30.79 euros

Paga Beneficios: 76.81 euros

Paga Veranos: 76.81 euros

Paga Navidad: 76,81 euros

TOTAL: 6.044,37 EUROS

TERCERO.- La empresa CLEANET se encuentra en situación de concurso de acreedores declarado por auto de dos de febrero de dos mil quince.

CUARTO.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores."

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/Valladolid dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 2016 en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por CLECE S.A, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de León de fecha, 31 de agosto de 2015 (Autos nº 187/15), dictada a virtud de demanda promovida por Da Aida contra precitada recurrente, CLEANET EMPRESARIAL, S.L y su Administrador Concursal PRICE WATERHOUSE COOPERS AUDITORES, S.L con intervención de FOGASA y el MINISTERIO DE DEFENSA sobre RESOLUCIÓN DE CONTRATO; y, en consecuencia debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia con expresa condena en costas a la recurrente que abonará 400 euros en ' ' concepto de honorarios de letrado de la recurrida-impugnante. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y dese a las garantías el destino legal.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de CLECE, S.A., el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en fecha 30 de abril de 2013, recurso nº 634/13, denunciando la vulneración radical del art. 10 del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de León y aplicación indebida del art. 44 del E.T .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 6 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión controvertida en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina, resuelta ya por esta Sala en varias ocasiones como enseguida se comprobará, consiste en determinar si en un supuesto de subrogación empresarial por sucesión de contratistas operada por mandato del convenio colectivo, que exonera de responsabilidad a la empresa entrante por deudas salariales contraídas por la empresa saliente antes de la transmisión, la empresa que se hace cargo de la plantilla en aplicación del convenio responde o no de aquéllas deudas salariales.

2. La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid el 16 de marzo de 2016 en el recurso 391/16, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la mercantil CLECE,SA, confirmando así el fallo de instancia que la había condenado solidariamente junto a la otra codemandada (CLENET EMPRESARIAL, SL) al abono de la cantidad de 6.044,37 € a la actora, más el 10% de intereses moratorios, por el concepto de salarios impagados en el período comprendido entre septiembre de 2014 y enero de 2015, ambos inclusive, conforme al desglose que consta en el hecho probado 2º de la sentencia del Juzgado de instancia. En la Sala de suplicación se debatió si, en el contexto de la sucesión o sustitución del contratista de un determinado servicio de limpieza, existe responsabilidad solidaria de la nueva titular del servicio en el pago de las deudas salariales contraídas por la empresa anterior, tal y como había decidido el fallo de

instancia. Aquella Sala aplica el primer párrafo del art. 44.3 ET al entender que tal norma no puede considerarse derogada por el precepto convencional de aplicación (el art. 10 del Convenio Colectivo de Limpieza de León) que establece los requisitos para la subrogación y la responsabilidad de la empresa cesante respecto de los salarios de los trabajadores objeto de subrogación, hasta el momento del cese.

3. Disconforme con la expresada resolución, la empresa CLECE SA formula el presente recurso de casación unificadora, articulando un único motivo que denuncia la infracción del art. 44 ET , en relación con el art. 10.5.c) del Convenio Provincial del sector de la Limpieza de León para 2010/2012 (BOPL nº 150, de 8-8-2011), ofreciendo como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 30 de abril de 2013, recaída en el recurso 634/13 . En la misma se contempla el supuesto de una trabajadora que presentó reclamación por despido y cantidad y, en cuanto a esta última, obtuvo sentencia estimatoria de instancia que condenó solidariamente a CLECE y a la anterior adjudicataria (ESABE), por entender que, conforme a la doctrina de esta Sala IV, en supuestos de contrata sucesivas de servicios de limpieza, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, la sucesión se producirá conforme disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento de los requisitos del propio convenio, no operando automáticamente el art. 44 ET , en sectores como el de limpieza, si no hay cesión de elemento patrimonial alguno o de un núcleo considerable de la plantilla de la anterior.

4. Por el contrario, la sentencia de contraste consideró aplicable el art. 31, apartado 6, del Convenio colectivo de limpieza de Valencia cuando establece que las liquidaciones y demás percepciones salariales y sociales debidas por el anterior titular del servicio a sus trabajadores, serán abonadas por la misma al finalizar la contrata y que el nuevo contratista no será responsable de tales liquidaciones y percepciones.

5. La comparación de ambas resoluciones evidencia una total similitud pues en ambas se debate la posible exención de responsabilidad de la empresa entrante en la deuda salarial contraída por la anterior contratista en supuestos de sucesión de contratistas de limpieza sujetas a una regulación convencional prácticamente idéntica. Queda cumplida la exigencia prevista en el art. 219.1 LRJS , puesto que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos diferentes, tal como expone el informe del Ministerio Fiscal y no cuestiona otra mercantil implicada, que ni siquiera ha impugnado el recurso, sin que las tres diferencias que apunta el Abogado del Estado en su impugnación ["el Convenio Colectivo y los conceptos retributivos eran distintos"; "la anterior empleadora estaba en situación concursal, lo que no sucede en la sentencia de contraste; "y las partes implicadas (el Ministerio de Defensa y el administrador concursal de la anterior empleadora) no fueron parte en el pleito de la sentencia de contraste"] alcancen relevancia alguna a tales efectos.

SEGUNDO.- 1. Como hemos adelantado, al amparo del artículo 207.e) LRJS plantea la recurrente un único motivo de recurso denunciando infracción del ordenamiento jurídico, en concreto, de art. 44 ET en relación con el art. 10.5.c del ya referenciado Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de León que, como la resolución de instancia recoge del BOP de León nº 150, del 8-8-2011, dispone que "la empresa cesante será responsable de los salarios devengados por los trabajadores objeto de la subrogación hasta el momento del cese".

2. La cuestión controvertida, como también advertimos, ha sido resuelta con reiteración en dos sentencias del Pleno de la Sala. La primera, de fecha 7 de abril de 2016 (rcud. 2269/2014), relativa al Convenio Estatal de Empresas de Seguridad; la segunda, de fecha 10 de mayo de 2016 (rcud. 2957/2014), respecto del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid, en un asunto exactamente igual al presente. A la doctrina contenida en ambas sentencias, reiterada ya, al menos, en las de 3 de mayo de 2016, rcud 3165/16, referida a aquel Convenio

Estatutal de Empresas de Seguridad, y de 1 de junio de 2016, rcud 460/14, respecto al mismo convenio de Limpieza de Madrid, hay que estar por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del ordenamiento.

3. Para acoger favorablemente el recurso, pues, nos basta con reiterar los pasajes más significativos de la última de las mencionadas resoluciones:

"Para resolver la primera infracción denunciada: la del artículo 44 ET, hemos de reiterar que en supuestos como el presente no estamos ante la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Esta Sala, a partir de la STS de 5 de abril 1993, rec. 702/92, ha señalado, a propósito de la subrogación establecida en el precepto referido, que «ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación». Por ello, para garantizar en la medida de lo posible la continuidad en el empleo, en los convenios colectivos se suelen acordar, para el caso de la sucesión de contratistas en las que no se produce el fenómeno de la transmisión previsto en el artículo 44 ET, unas denominadas cláusulas subrogatorias que establecen importantes garantías de empleo para los trabajadores afectados a través de la imposición de la obligación de la empresa entrante de subrogarse en los trabajadores de la saliente adscritos a la contrata. La validez de estas cláusulas no ha venido admitiendo duda alguna porque si el supuesto de hecho a que se refieren queda excluido del artículo 44 ET, resulta perfectamente válido que la autonomía colectiva favorezca la continuidad de las relaciones laborales afectas a un servicio que permanece y que ese favorecimiento se realice en unas concretas y determinadas condiciones que son fruto del acuerdo logrado a través de la negociación colectiva.

De esta manera, en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - artículo 44 ET - si no se ha producido una

transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/02, que recoge la doctrina comunitaria-. La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable. Por tanto, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable. Dicho de otra manera: la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata.

En punto a la normativa aplicable, el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE dispone que «Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso. Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso».

En concordancia con este mandato el artículo 44.3 ET establece la responsabilidad solidaria de ambas empresas a las transmisiones por actos inter vivos durante tres años por obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. Se trata, pues, de una previsión específica incorporada por el legislador español que, yendo más allá del comunitario, ha establecido que en los casos de sucesión empresarial no sólo se produce la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior respecto los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas

laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar (SSTS de 15 de julio de 2003, rcud. 3442/2001 y 4 de octubre de 2003, rcud. 585/2003 , entre otras).

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de la Sala han sido constantes en señalar que cuando no se dan los requisitos legalmente previstos la subrogación puede producirse por mandato del convenio colectivo y para estos supuestos no se aplica el régimen previsto en la Ley, sino el previsto en el convenio con sus requisitos y consecuencias de la cláusula del convenio aplicable; la subrogación sólo se producirá si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que allí se dispongan.

Así, la ya lejana STS de 10 de diciembre de 1997, rec. 164/1997 señaló que: «en los supuestos de sucesión de contratistas la pretendida transmisión de contratistas, no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí, que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista; ante la ausencia de aquéllas, en otro caso, sólo podrá producirse aquélla, conforme a lo dispuesto en el art. 44 del ET cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pero sin que exista aquélla cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta , pues la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente» para añadir que «No existe, por tanto, una transmisión empresarial en los términos que se regulan ni en el art. 44 ET ni en el ap. 1 del art. 1 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14-II-1977 , por lo que la posible subrogación de la empresa entrante con relación a los derechos y obligaciones laborales de la saliente de

producirse no lo sería por aplicación de tales normas sino con fundamento en el convenio colectivo aplicable, a cuyos presupuestos, extensión, y límites debe estarse». Doctrina reiterada punto por punto por la SSTS de 31 de marzo de 1998, rcud. 1744/1997 y de 29 de enero de 2002, rec. 4749/2000.

Referida a empresas de limpieza, la STS de 23 de mayo de 2005, rec. 1674/2004 , señaló que «en las contrataciones sucesivas de servicio como el de limpieza, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida».

Más recientemente la STS de 21 de septiembre de 2012, rec. 2247/2011 , ha señalado que «los razonamientos que contiene la sentencia recurrida sobre la aplicación en el presente supuesto de las previsiones del artículo 44 ET y de la Jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no cabe compartirlas, precisamente siguiendo la propia doctrina de esta Sala, que se contiene en sentencias como la de 10 de diciembre de 2008, rec. 3837/2007, porque en el caso presente no se trata del enjuiciamiento de ningún supuesto de sucesión de empresa que pueda haberse producido a tenor del citado art. 44 estatutario (precepto que, por consiguiente, no es aquí objeto de interpretación ni de aplicación), sino que de lo que se trata es de saber si la empresa ... (nueva adjudicataria del servicio) debe o no acoger en su plantilla al actor, como consecuencia de haberle sido confiado el servicio que en determinada dependencia venía hasta entonces prestando "Seguridad ...", anterior empleadora del aludido demandante; y todo ello a tenor únicamente del art. 14.A) del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad , pues como decíamos en nuestras SSTS de 10 de julio de 2000, rec. 923/99 y de 18 de septiembre de 2000, rec. 2281/99 , respecto a las dos empresas de vigilancia que se sucedieron en la contrata, la posible obligación de la

segunda de subrogarse en los derechos y obligaciones de la primera con sus trabajadores, no deriva del mandato del art. 44 ET , sino concretamente del art. 14.A) del tan repetido convenio».

No constituye óbice alguno para el mantenimiento de la expresada conclusión que la STJCE 29/2002, de 24 de enero -asunto Temco Service Industries- dispusiera que "el artículo 1 apartado 1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato". Tal previsión se refiere a los efectos derivados directamente de la Directiva y, obviamente, no a los efectos singulares previstos en el artículo 44 ET , pues el Convenio Colectivo cuando impone la subrogación obligatoria lo hace en un caso en que tal efecto no deriva de un supuesto que quepa incluir en las previsiones de la Directiva o del artículo 44 ET . Por ello, la norma convencional, al establecer su propia cláusula subrogatoria, introduce el supuesto que regula en el ámbito de ordenación de la Directiva, manteniendo plena libertad para fijar las condiciones de la misma en aquellas previsiones que la Directiva no contempla. Y es que la relación entre el artículo 44 ET y el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación.

En este punto conviene advertir que la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos:

a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello.

b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una "sucesión de plantilla" y una ulterior "sucesión de empresa".

c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo.

d) Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva (art. 8 de la Directiva 2001/723/CE) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1 ET).

Este resultado, sin duda peculiar, no solo se explica por la necesidad de coherencia de las previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional) sino también por el necesario respeto a los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario. La continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que se aplica en todo lo que sea compatible con las restantes, como aquí se ha hecho. Son los propios agentes sociales quienes, conocedores de que sin su acuerdo tampoco habría

continuidad laboral en casos análogos, han conferido una solución específica al supuesto (subrogación en determinados contratos, obligaciones del empleador entrante con alcance pautado). La tarea de los órganos jurisdiccionales, en consecuencia, no es la de enjuiciar la bondad material o social de sus previsiones sino el ajuste a las normas de Derecho necesario y en tal empeño consideramos que la sentencia de instancia alberga doctrina acertada (STS4ª nº 460/16, de 1-6- 2016, R. 2468/14).

4. Ya vimos que la específica regulación contenida en el art. 10.5-c) del Convenio provincial del sector de la limpieza de León para 2010/2012 (BOPL nº 150, de 8-8-2011) establece que la contratista saliente "será responsable de los salarios devengados por los trabajadores objeto de la subrogación hasta el momento del cese" y, por tanto, en aplicación de la referida doctrina jurisprudencial, también en este caso, la subrogación se produce por mandato del convenio, con la consecuente exoneración de la empresa respecto de las deudas salariales anteriores al cambio de contrata.

5. Las anteriores consideraciones conducen, de conformidad con lo que igualmente sostiene el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, a la estimación del recurso y a la revocación de la sentencia impugnada para, resolviendo en suplicación, acoger también el recurso de tal clase de "CLECE SA" y, manteniendo la condena a "CLEANET EMPRESARIAL SL", absolver a "CLECE SA" de la pretensión en su contra ejercitada, sin que haya lugar a la imposición de costas ni a pronunciamientos específicos sobre consignaciones o depósitos.

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 la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Graciela, actuando en representación de CLECE, SA. 2) Revocar la sentencia impugnada, manteniendo la condena de instancia a la mercantil "CLEANET EMPRESARIAL, SL", pero absolviendo a "CLECE, SA" de la pretensión en su contra ejercitada. 3) No ha lugar a la imposición de costas, ni a pronunciamientos específicos sobre consignaciones o depósitos.

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

Así se acuerda y firma.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017
NÚMERO DE RECURSO 2667/2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 19 de diciembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- La actora D^a Enriqueta prestaba servicios para la empresa Promociones Sergio 2002 S.L., desde el 14-9-2004, con la categoría profesional de jefe de Administración y salario de 41,81 euros diarios incluida la prorrata de pagas extras. La actora desde agosto de 2010 estaba vinculada con la empresa en virtud de un contrato a

tiempo parcial del 50% de la jornada, con la correspondiente reducción del salario y de las bases de cotización.

2º.- La relación laboral finalizó el 31-1-2011 en virtud de despido que fue reconocido improcedente por la empresa en la propia carta, y el abono de la indemnización de 12.139,05 euros. Interpuesta demanda de reclamación de cantidad, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 1 con fecha 13-3-2013, estimando la demandada y condenando a la empresa a abonar a la actora la cantidad de 12.139,05 euros en concepto de indemnización y a la cantidad de 1.292,87 euros brutos en concepto de salarios de enero de 2011 y parte proporcional de paga extra de verano. La empresa fue declarada insolvente.

3º.- Solicitado el abono del FOGASA, se dictó por el mismo resolución con fecha 18-12-2013 reconociendo a la actora el derecho a percibir las siguientes cantidades: 751,52 euros en concepto de salarios y 4.822,13 euros en concepto de indemnización, resultantes de aplicar como módulo salarial el 50% del duplo del salario mínimo interprofesional, incluida la prorrata de pagas extras, que asciende a 25,05 euros. En caso de aplicar el módulo salarial sin la reducción del 50%, las cantidades de diferencia que debería abonar el FOGASA serían de 541,35 euros en concepto de salarios y 3.330,82 euros en concepto de indemnización.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por D^a Enriqueta contra el Fondo de Garantía Salarial, debo de absolver y absuelvo al demandado de los pedimentos de la demanda.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Enriqueta ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la cual dictó sentencia en fecha 13 de mayo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo:

«Desestimamos el recurso de suplicación núm. 264 de 2015, ya identificado antes y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.».

TERCERO.- Por la representación de D^a. Enriqueta se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 26 de junio de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en fecha 13 de noviembre de 2014.

CUARTO.- Con fecha 3 de marzo 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 20 de junio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar el límite de la responsabilidad que tiene el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), conforme al art. 33.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), a la hora de abonar los salarios e indemnizaciones a su cargo por insolvencia empresarial. Más concretamente, en el caso que nos ocupa la cuestión es determinar si, cuando se trata de trabajadores con contrato a tiempo parcial, el tope del salario a computar, duplo del salario mínimo interprofesional (SMI), debe reducirse, o no, en el

mismo porcentaje que la jornada que realiza en comparación con la ordinaria de un trabajador a tiempo completo de la misma actividad.

Tal cuestión ha sido resuelta de forma diferente por las sentencias comparadas en el presente recurso, a efectos de determinar la existencia de contradicción doctrinal que lo viabiliza, conforme al art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS). La sentencia recurrida ha estimado que, cuando se trabaja a tiempo parcial, el duplo del SMI computable como máximo debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada ordinaria. Por contra, la sentencia de contraste, dictada por el TSJ de Galicia el 13 de noviembre de 2014 (RS 1364/2013) ha resuelto lo contrario, esto es que se computa el salario realmente percibido, siempre que no se supere el límite legal, límite cuyo importe no se ve afectado por la menor jornada realizada y que no cabe reducir en proporción a la reducción de jornada que se pacte en los contratos a tiempo parcial.

La contradicción existe porque una sentencia estima que el salario máximo computable para el cálculo, según la Ley, se reduce en el mismo porcentaje que la jornada laboral, mientras que la otra entiende que el salario máximo computable no se reduce por tal motivo, pues la ley no establece expresamente esa reducción y solo limita el SMI computable y el número de días a pagar. Visto el sentido de la discrepancia, la contradicción existe aunque las sentencias comparadas hayan recaído en supuestos en los que estaban vigentes distintos topes legales, pues, lo relevante a estos efectos no es si el límite es del doble o del triple del SMI, sino si cabe la reducción del SMI computable en el mismo porcentaje que la jornada realiza.

SEGUNDO.- En el apartado del recurso, dedicado al examen de la infracción legal, se denuncia la infracción del artículo 33, números 1 y 2, del ET.

La cuestión planteada, si para el cálculo de la obligación de pago del FOGASA se computa en todo caso el límite del doble del SMI vigente o si ese límite debe reducirse en la misma proporción que la jornada laboral en los casos de beneficiarios con contrato a tiempo parcial, no ha sido abordada directamente por esta Sala, sino indirectamente, como "obiter dicta" en sus sentencias de 28 de mayo de 1998 (R. 3462/1997) y de 29 de septiembre de 2011 (R. 586/2011). En estas sentencias se empieza, al igual que en la de 31 de mayo de 2011 (R. 3581/2010), afirmando que la regla de interpretación literal y lógica es la de que se computa el salario real siempre que no exceda del límite fijado al mismo, doble del SMI, sin que, cuando el salario real sea inferior al duplo del SMI quepa incrementar el salario computable hasta el tope máximo, pues se quebraría la garantía reconocida y se daría más de lo garantizado "convirtiéndose la insolvencia de la empresa en un premio o plus a favor del trabajador. Seguidamente, las dos primeras sentencias citadas añaden «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.», argumento que se formula para robustecer la conclusión de que debe computarse el salario realmente percibido.

Este criterio interpretativo, sentado "obiter dicta" debe mantenerse añadiendo otras razones que hace la sentencia recurrida con acierto. En efecto, los Reales Decretos que anualmente fijan el importe del SMI para cada año vienen señalando en el párrafo tercero de su artículo 1 que el SMI "si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata", pudiéndose citar en tal sentido el RD 1717/2012, vigente cuando se declaró la insolvencia, así como los anteriores (RD 1888/2011) y los posteriores, como el RD 1171/2015 y el RD 742/2016. Por ello, una interpretación lógico sistemática de esos Reales Decretos y del art. 33 del ET nos muestra que cuando el legislador dice SMI se está refiriendo al que corresponde a una jornada completa y que cuando se trabaja a tiempo parcial el SMI que corresponde con arreglo a la norma debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada de trabajo.

TERCERO.- Las razones expuestas nos llevan a concluir que es más correcta la doctrina que contiene la sentencia recurrida, lo que obliga a su confirmación, cual ha informado el Ministerio Fiscal, unificando la doctrina controvertida en ese sentido. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de D^a. Enriqueta contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en recurso de suplicación nº 264/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza , en autos núm. 179/2014. 2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017
NÚMERO DE RECURSO 3694/2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 24 de junio de 2013 el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º.- Que D^a Valle ha prestado servicios por cuenta y orden de la empresa PUBLICIDAD ANDALUZA S.L. Desde el 2 de marzo de 1999, con categoría profesional de Técnico Creativo, en virtud de contrato indefinido con una jornada reducida por cuidado de hijos desde el 28 de enero de 2010, pasando de 40 horas semanales a 25 horas (documento nº 1 y 3 aportado por la demandada en la vista a requerimiento de la actora) y un salario día de 60,21 € a efectos del cálculo de la indemnización (extremo éste en el que están conformes las partes), sin ostentar o haber ostentado en el último año, cargo o representación legal o sindical de los demás trabajadores.

2º. - Que el pasado 21 de enero de 2013 la empresa demandada comunica a la actora, a través de una carta fechada el mismo 21 de enero de 2013 del siguiente tenor literal: " Como ya le preavisamos en la reunión que mantuvimos con Vd. el pasado 18 de diciembre de 2012 tenemos que proceder a su despido objetivo por las razones y en la forma que a continuación le indicamos. Por la presente ponemos en su conocimiento la decisión que ha tomado esta empresa de llevar a cabo tal despido y por tanto rescindir con fecha 21 de enero la relación laboral que venía manteniendo con la misma. Tal decisión viene motivada por medidas de carácter económico que a continuación le exponemos y que nos llevan a prescindir del puesto de trabajo que hasta ahora venía usted ocupando. [...] Que su fecha de alta en esta empresa es de 2/3/99 y el salario día que ha servido de base para el cálculo de la indemnización asciende a 60,21 € /día, ya que se ha elevado al 100% de la jornada por encontrarse en reducción de la jornada por cuidados de hijo. Dándose las circunstancias establecidas en el art. 52.c del ET , a fin de cumplir con lo previsto en el art. 53 y siguientes de dicho texto legal, de la indemnización que legalmente le corresponde, a razón de 20 días de salario por año de servicio, que asciende a 16.731,50 € y debido a la grave situación por la que actualmente atraviesa la empresa, y a falta de liquidez, se le va a abonar el 60% de la misma que asciende a 10.038,90 € de la siguiente forma: 2447 € en este acto y el resto, es decir 7.591,90 € en tres plazos de 2530,63 € el 21 de febrero, el 21 de marzo y el 21

de abril. Asimismo le indicamos que puede reclamar el porcentaje restante (40%) al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, como legalmente está establecido para las empresas de menos de 25 trabajadores (documento único aportado por la actora en el acto del juicio) De dicha carta de despido firmó el recibí la actora, haciendo constar: " Firmo por recibí, no estando conforme con el contenido ni aceptando ningún tipo de pago a 21 de enero de 2013 (Documento nº 1 aportado por la demandada en la vista).

3º.- Que la empresa demandada, remitió a la actora una carta fechada el 21 de enero de 2013, por burofax, en la que le hacía constar, tras reflejar que el 21 de enero de 2013 se le había entregado carta de despido y la forma de pago propuesta en la misma del 60% de su indemnización, que: " Ante la falta de negativa a recibir cantidad alguna y a firmar ningún documento, a excepción de la carta de despido, por medio de la presente queremos informarle que a fin de dar cumplimiento con lo establecido legalmente, le hemos ingresado en su cuenta bancaria el importe antes indicado de 2.447 € (le adjuntamos copia del justificante bancario) ante la negativa de la actora Frente a lo expuesto en el contrato, la trabajadora ha prestado sus servicios a jornada completa en turnos de mañana y tarde, durante la apertura de la frutería que explota la demandada (documento nº 2 aportado por la demandada en la vista).

4º.- Que con fecha 6 de mayo de 2013 por la demandada se presentó escrito en el Juzgado por el que venía a manifestar que D^a Valle no ha querido en ningún momento aceptar el pago aplazado de la indemnización pese a que la entidad demandada ha intentado entregarle sin éxito los pagarés correspondientes a la cantidad adeudada, llegando incluso a cumplirse la fecha de pago de cada uno de ellos. Adjuntando al escrito los pagarés referidos por importe cada uno de ellos de 2.530,63 €. (Documento nº 3 aportado por la demandada en la vista, y folios 65 y 66 de los autos).

5º. - Que la empresa adeuda a la actora la cantidad de 3.794,29 € líquidos en concepto de salarios dejados de percibir en los meses de marzo de 2012, extra de marzo

de 2012, meses de noviembre y diciembre de 2012 y extra de diciembre de 2012, extremo éste en el que están de acuerdo ambas partes, como así se manifestó por las mismas en el mismo acto del juicio.

6º.- Que en fecha 25 de enero de 2013, se presentó papeleta de conciliación y el 15 de febrero de 2013 se celebró el preceptivo acto sin avenencia. Habiéndose agotado así la reclamación previa».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Que debo desestimar y desestimo la petición de nulidad del despido hecha valer por la actora en el acto del juicio, estimando la formulada en el suplico de la demanda por D.^a Valle contra la empresa PUBLICIDAD ANDALUZA, S.L., debiendo declarar y declarando que la extinción de la relación laboral llevada a cabo con efectos del 21 de enero de 2013, tiene la consideración de un despido improcedente y, en consecuencia, no siendo posible la readmisión del trabajador por la situación en la que se encuentra la empresa, se ha de declarar extinguido el contrato de trabajo, con fecha de efectos de la presente resolución, condenando a la demandada a abonar a la actora en concepto de indemnización la cantidad de VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA EUROS, CON CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (24.490,41 €). Que asimismo debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la suma de TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO EUROS CON VEINTINUEVE CÉNTIMOS DE EURO LÍQUIDOS (3.794,24 €) en concepto de percepciones salariales dejadas de percibir en el periodo recogido en el hecho probado quinto. Sin costas (FD 7º). Que de dichas cantidades deberán descontarse las ya recibidas por la actora, 2.247 € y 1.082,52 €».

SEGUNDO .- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de Publicidad Andaluza, S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), la cual dictó sentencia en fecha 26

de febrero de 2015, en la que se modifican los hechos probados de la sentencia de instancia que a continuación se exponen:

1º.- Se suprime la última frase del hecho probado tercero, que queda redactado con el siguiente tenor: «Que la empresa demandada, remitió a la actora una carta fechada el 21 de enero de 2013, por burofax, en la que le hacía constar, tras reflejar que el 21 de enero de 2013 se le había entregado carta de despido y la forma de pago propuesta en la misma del 60% de su indemnización, que: " Ante la falta de negativa a recibir cantidad alguna y a firmar ningún documento, a excepción de la carta de despido, por medio de la presente queremos informarle que a fin de dar cumplimiento con lo establecido legalmente, le hemos ingresado en su cuenta bancaria el importe antes indicado de 2.447 € (le adjuntamos copia del justificante bancario) (documento nº 2 aportado por la demandada en la vista)»; 2º.- Se reforma el texto del hecho probado sexto; 3º.- Se adiciona un nuevo hecho probado, enumerado como séptimo, cuya redacción es del siguiente tenor: «Que la empresa demandada presentó en el Juzgado de lo Social nº 1, con fecha 11-6-2013, escrito mediante el cual justificaba el pago de 1.082,52 €, que es la cantidad que excede del tope del 40 % a abonar por el Fondo de Garantía Salarial, ante la negativa de la demandante a recibir cantidad alguna»; y 4º.- Se adiciona un nuevo hecho probado, enumerado como octavo, cuya redacción es la misma que mantenía el hecho probado sexto previa a su modificación.

En la precitada sentencia consta el siguiente fallo: «Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Publicidad Andaluza S.L. contra la sentencia de fecha 24/06/13, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba, Autos nº 265/13, seguidos a instancia de D^a. Valle, contra Publicidad Andaluza S.L., y, en consecuencia, REVOCAMOS la Resolución impugnada y absolvemos a la demandada de los pedimentos de la actora. Se impone la devolución de los depósitos efectuados para recurrir y se ordena dar a las consignaciones el destino legal».

TERCERO.- Por la representación letrada de D.^a Valle se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el 8 de julio de 2015. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 16 de abril de 2013 (RCUD. 1437/2012). El recurrente considera que la sentencia impugnada infringe el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- Con fecha 12 de mayo 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. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar la desestimación del recurso por falta de contradicción y, subsidiariamente, que se declare su improcedencia.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de junio 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. - La cuestión objeto del presente recurso de casación unificadora reside en determinar si puede considerarse como error excusable, que no afectaría a la calificación del despido, la circunstancia de que la empresa haya puesto a disposición de la trabajadora una indemnización inferior a la que legalmente le correspondería el momento de notificarle la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas al amparo del art. 52, c) ET.

Diferencia en la cuantía indemnizatoria que trae causa del hecho de que la empresa tiene una plantilla inferior a 25 trabajadores y puso correctamente a disposición de la actora la cantidad correspondiente al 60% de la indemnización de los 12 días que debe pagar directamente a su cargo, remitiéndola al FOGASA para el cobro de los 8 días restantes, pero sin tener en cuenta los límites legales de la responsabilidad de este organismo en el doble del salario mínimo interprofesional.

2.- La sentencia del Juzgado de lo Social entiende que se trata de un error inexcusable que conduce a la declaración de improcedencia del despido.

Contra dicha resolución ha recurrido en suplicación la empresa, siendo acogido su recurso en la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sevilla de 26 de febrero de 2015, rec. 3383/2013, que considera el error excusable y califica en consecuencia el despido como procedente.

Frente a dicha sentencia se formula el recurso de casación unificadora que denuncia infracción del art. 33. 2º y 8º ET, en la redacción vigente a los efectos de este litigio, e invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013, rcud. 1437/2012.

La empresa en su escrito de impugnación afirma que la cuantía a la que afecta el error en el cálculo de la indemnización no es la de 1.255,24 euros que se dice en la sentencia recurrida, sino en realidad de 1.082,52 euros conforme a los cálculos que ofrece, para sostener a continuación que la sentencia recurrida lo que hace es justamente aplicar la doctrina que refleja la sentencia de contraste a la que de forma expresa se acoge, para razonar que estaríamos en este caso ante un error excusable en atención las

particulares circunstancias que concurren y con base a las que motiva fundadamente su decisión.

En el mismo sentido argumenta el Ministerio Fiscal en su informe que no concurre el requisito de la contradicción, ya que la sentencia recurrida ha venido en aplicar la misma doctrina que la de contraste, por más que haya alcanzado un resultado diferente al ser en este caso muy inferior la cuantía del error en el cálculo de la indemnización, que porcentualmente es de 8% del total mientras que en la referencial llega exactamente al doble y asciende hasta el 16% del importe de la indemnización, lo que en el supuesto de autos permite atribuirle naturaleza excusable que niega la sentencia referencial.

SEGUNDO.1.- La primera cuestión que hemos de resolver es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones contrastadas concurre la necesaria contradicción que exige el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala en sentencias de 9 de febrero de 2004 (Rec. 2515/2003); 10 de febrero de 2005 (Rec. 914/2004); 15 de noviembre de 2005 (Rec. 4922/2004); 24 de noviembre de 2005 (Rec. 3518/2004); 29 de noviembre de 2005

(Rec. 6516/2003); 16 de diciembre de 2005 (Rec. 338020/04); 3 de febrero de 2006 (Rec. 4678/2004); 6 de febrero de 2006 (Rec. 4312/2004); 7 de febrero de 2006 (Rec. 1346/2005); y 28 de febrero de 2006 (Rec. 5343/2004), interpretando el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, con igual redactado que el del ya citado artículo 219.1 de la LRJS.

2. - Los hechos relevantes a efectos de la contradicción son como siguen: 1º) el 21 de enero de 2013 la empresa notifica a la actora la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, siendo 16.731,50 euros el importe total de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio; 2º) en ese momento se pone a su disposición la suma de 10.038,90 euros que corresponde al 60% de la misma, y se le indica que debe reclamar al FOGASA el 40% restante; 3º) en fecha 19 de febrero de 2013 se presenta la demanda de despido y el 11 de junio de 2013 la empresa paga a la actora la suma de 1.082,52 euros, en la que cuantifica la diferencia entre la cantidad del 60% de la indemnización que ya puso a su disposición en el momento del despido y la que corresponde al exceso del 40% que el FOGASA no asume por superar los límites legales de su responsabilidad.

En esas circunstancias la sentencia recurrida se acoge de forma expresa al criterio establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013, rcud. 1437/2012 -que ya hemos dicho que es precisamente la invocada de contraste -, para sostener que de su doctrina se desprende que el error en el cálculo de la indemnización puede ser calificado como excusable cuando sea de muy escasa cuantía y poca relevancia la diferencia entre la suma del 40% que corresponde pagar al FOGASA y el límite legal de su responsabilidad por exceder el doble o el triple del salario mínimo interprofesional, en función de la fecha que resulte aplicable. Razona a tal efecto, que la precitada sentencia del Tribunal Supremo alude específicamente al elevado importe de la diferencia de 4.566,62 euros entre la cantidad consignada y la que debió consignar la empresa, que abonó 22.999,38 euros cuando debió de haber pagado 27.566 euros, tras lo que concluye que en el caso de autos se trata de una diferencia menor de 1.255,24

euros, y que , además, la empresa ha obrado de buena fe al consignar la diferencia en el momento de ser consciente de su error.

Como es de ver, en el caso resuelto por la sentencia referencial se trata de la misma situación y problemática jurídica, siendo que son distintas, en los términos que ya se ha dicho, las cantidades a las que se ciñe el error cometido por la empresa y no concurre en la referencial el dato adicional de que hubiere consignado posteriormente la diferencia en la que el error consiste.

TERCERO. 1. - Así las cosas, se trata por lo tanto de analizar si la doctrina que sienta la sentencia de esta Sala IV que se invoca de contraste es la de que cualquier error en el cálculo de la indemnización, cualquiera que pudiere ser su cuantía, tiene naturaleza inexcusable cuando afecta al cálculo de la parte de la indemnización del 40% que corría a cargo del FOGASA en empresas de menos de 25 trabajadores, o por el contrario, esa calificación depende de las demás circunstancias concurrentes en cada concreto supuesto, y, especialmente, de la mayor o menor cuantía de la diferencia existente entre la cantidad abonada por la empresa y la que legalmente debiere de haber puesto a disposición del trabajador.

2. - Y la conclusión no puede ser otra que la de considerar que no concurre el requisito de la contradicción desde el momento en que la sentencia recurrida no solo cita y refleja correctamente la doctrina de la propia sentencia de contraste, sino que de forma expresa indica que se acoge al criterio establecido en la misma, para acabar entendiendo que su aplicación lleva en ese caso a calificar como excusable el error en el cálculo de la indemnización en el que ha incurrido la empresa, en cuanto se residencia finalmente en una irrelevante cantidad de escasa importancia respecto al monto total de la indemnización, dándose además la circunstancia añadida de que la empresa actúa de buena fe y corrige el error una vez detectado.

La lectura de la sentencia de contraste permite afirmar que no se modifica con ella el criterio tradicional de esta Sala IV en la materia, que pasa por considerar excusable o inexcusable el error en el cálculo de la indemnización, en función, principalmente, de la cuantía a la que pudiere ascender la diferencia entre la indemnización legal y la suma abonada por la empresa, pero no solo en razón de este único elemento puramente cuantitativo, sino también por relación con otras posibles circunstancias concurrentes en cada específico supuesto que pudieren abonar una u otra calificación, tal y como recuerda nuestra STS 22/07/2015, rcud. 2393/ 2014, al decir que " La escasa entidad del importe diferencial constituye un indicio muy relevante de que el error es poco trascendente y disculpable. Pero ese criterio solo puede invocarse como único cuando estamos ante unas operaciones aritméticas sin especial dificultad jurídica. La indiferencia del importe y la fatal consideración como inexcusable del error jurídico padecido es aplicable pero cuando, atendidas las circunstancias, la empresa no posee justificación para haberlo cometido. En suma, ni todo error jurídico es necesariamente constitutivo de error inexcusable, ni toda diferencia de escasa entidad aboca a la consideración del error como excusable".

La propia sentencia de contraste ratifica la vigencia de esta doctrina, al hacer un repaso de numerosos supuestos en los que esta Sala IV ha considerado el error excusable y otros en los que lo califica como inexcusable, para acabar concluyendo que en aquel caso " el elevado importe de la diferencia entre la cantidad consignada y la que se debió consignar.....impide calificar el error de excusable por no ser escasa la cuantía de la diferencia entre una y otra cantidad".

A esto último se acoge expresamente la sentencia recurrida, para entender que en el presente supuesto estamos ante un error excusable porque la diferencia es de escasa relevancia económica, añadiendo, como hemos dicho, que es de apreciar buena fe en la actuación de la empresa.

3. - Aun así, podría considerarse la existencia de contradicción si la cuantía a la que asciende el total de la indemnización y, más específicamente, la diferencia en la cantidad erróneamente abonada por la empresa, fuesen más o menos similares en el presente supuesto a la cifras manejadas en el asunto de contraste.

Pero lo cierto es que la cantidades que están en juego en uno y otro caso son manifiestamente diferentes y permiten por ello una distinta calificación del error en el que ha incurrido la empresa al cuantificar el importe de la indemnización que debía pagar a su cargo en razón de los límites legales aplicables a la responsabilidad del FOGASA sobre el 40% restante.

Mientras que en el caso de contraste la empresa consigna 22.299 euros cuando la indemnización correcta era de 27.566 euros, incurriendo de esta forma en una diferencia de 4.566 euros que, como bien razona el Ministerio Fiscal, supone un 16% del total; en el supuesto de la recurrida la diferencia es de 1.225 euros - 1.082 según la empresa-, lo que ni tan siquiera alcanza un porcentaje del 8% del total de 16.731 euros a que asciende la indemnización.

A lo que se añade la circunstancia, igualmente considerada en la sentencia recurrida, de que la empresa habría procedido a subsanar el error una vez que tuvo conocimiento del mismo.

4.- No estamos por lo tanto ante doctrinas contradictorias que sea necesario unificar, sino frente a un supuesto en el que la sentencia recurrida se acoge al mismo criterio que sienta la sentencia de contraste y cuya aplicación en este caso conduce, justificadamente, a un resultado diferente.

CUARTO.- Lo razonado obliga a entender, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que no concurre el requisito de contradicción, lo que en esta fase del procedimiento se constituye en causa de desestimación del recurso. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a Valle , representada por D. Francisco Gordon Suárez, contra la sentencia dictada el 26 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 3383/2013, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Córdoba, de fecha 24 de junio de 2013 , recaída en autos núm. 265/2013, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra Publicidad Andaluza, S.L., con citación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre despido y reclamación de cantidad. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017
NÚMERO DE RECURSO 3983/2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 22 de abril de 2015, el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «ESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada a instancia de D. Bartolomé , representado por la Procuradora Sra. Pariente Pouso y asistido por el Letrado Sr. Méndez Torres, contra las entidades GALCA NETWORKS SL y RENOVATIO TRADE SL, que no comparecen en este acto pese a estar debidamente citadas, con intervención del Fogasa, representado y asistido por el Letrado Sr. Alejandro Crespi, sobre despido objetivo, en consecuencia declaro: . - La IMPROCEDENCIA del despido del actor llevado a cabo con efectos a 21.11.2014 por la entidad Galca Networks SL; .- La EXTINCIÓN la relación laboral existente entre las partes a fecha de la presente resolución; .- CONDENO a las empresas demandadas a que abonen solidariamente al actor la cantidad de 9.692,21 euros en concepto de indemnización; .- CONDENO a las empresas demandadas a que abonen solidariamente al actor los salarios de tramitación desde la fecha del despido a la fecha de la extinción de la relación laboral en el día de hoy a razón de 42,65 €/día, lo que da la cantidad de 6.525,85 euros. .- CONDENO a las demandas al abono de las costas procesales en la cantidad de 200 euros. - No ha lugar a condenar en esta instancia al FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad en los términos del artículo 33 del ET.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «Primero.- El demandante D. Bartolomé , prestaba servicios en las empresas demandadas desde el día 15/06/2009, con la categoría profesional de responsable de informática y debiendo percibir un salario bruto mensual de 1.395,93 € incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (de los que 98,58 euros se corresponde con el concepto de plus de transporte).Segundo.- Según consta en la vida laboral del actor el mismo fue dado de alta en la entidad GALCA NETWORKS SL en los siguientes periodos:

15.6.2009 a 14.12.2009, contrato cod. 401

15.12.2009 a 14.06.2010, contrato cod. 401

15.6.2010 a 21.11.14, contrato cod. 189

Tercero.- La entidad GALCA NETWORKS dio de baja al actor en la Seguridad Social el 21.11.2014. Según consta en el certificado de empresa: "causa: despido por causas objetivas". La empresa no le notificó formalmente al trabajador carta de despido al tiempo de ser dado de baja, entregándole posteriormente una carta de fecha 03/11/2014 en la que se alegan causas de naturaleza económicas y cuyo contenido se da por reproducido (doc. nº 1 del ramo de prueba de la actora) fijando la fecha de efectos el 21/11/2014. La indemnización por despido objetivo no fue abonada. Cuarto.- Es de aplicación el convenio colectivo del sector vario de la provincia de A Coruña. Quinto.- La empresa GALCA NETWORKS SL inicio sus actividades el 22.2.2005 siendo su objeto social el desarrollo de programas informáticos, redes informáticas, instalaciones informáticas, industriales y domésticas, montajes de equipos y comunicaciones electrónicas. Los administradores solidarios son D Felipe y D Humberto. Sexto.- La empresa RENOVATIO TRADE SL, inicio su actividad el 16/02/2012, siendo su objeto social comercio al por mayor y al por menor, distribución comercialización, importación y exportación. Los administradores solidarios son D Felipe y D Humberto. Séptimo.- Ambas entidades se dedican a la venta on line de material informático. El Sr. Felipe era el que daba las órdenes e instrucciones en ambas entidades y el actor era la persona encargada de la gestión, montaje y mantenimiento de la página web de las dos entidades demandadas, daba de alta los productos, los actualiza, publicaba artículos... Octavo.- El trabajador no ostenta la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical. Noveno.- El actor instó acto de conciliación ante el SMAC que se celebró el 13.1.2015, en virtud de papeleta de conciliación que se presentó el 22.12.2014 y que finalizó con el resultado de sin efecto, dada la incomparecencia de las demandadas.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de FOGASA formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Coruña, dictó sentencia en fecha 15 de octubre de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que con desestimación del recurso interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, confirmamos la sentencia que con fecha 22/04/15 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Santiago de Compostela, a instancia de Don Bartolomé y por la que se acogió la demanda formulada.»

Con fecha 5 de noviembre de 2015, se dictó auto de aclaración, en cuya parte dispositiva: «LA SALA ACUERDA: Que ha lugar a la subsanación del Fallo de nuestra sentencia de fecha 15/10/15 dictada en el Recurso de Suplicación número 2967/14 de manera que se añada la siguiente frase: «Asimismo condenamos a la parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga 601 € al Sr. Letrado de la parte recurrida».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la representación letrada de 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 Galicia de fecha 11 de octubre de 2013 (rec. suplicación 2401/13).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado los recurridos, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 20 de junio de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión litigiosa se centra en determinar si la sentencia que declara la improcedencia del despido puede realizar la condena al pago de salarios de tramitación, y en consecuencia si el FOGASA es responsable subsidiario del abono de los mismos, en los supuestos de imposibilidad de readmisión.

2.- Consta que el trabajador fue despedido el 21/11/2014, por causas objetivas de índole económica, y la sentencia de instancia, estimando la demanda, declaró la improcedencia del despido y la extinción de la relación laboral, condenando a la empresa demandada al pago de la indemnización y de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la extinción del contrato decretada por la propia resolución.

3.- Frente a dicha resolución recurrió el FOGASA en suplicación, denunciando la infracción de los arts. 56.1 y 33 ET, 26.3 y 110.1b) de la LRJS, por cuanto conforme al art. 56.1 ET en su redacción dada por la L. 3/2012, sólo procede el reconocimiento de los salarios de tramitación en el caso de opción por la readmisión.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 15 de octubre de 2015 (rec. 2967/2015), desestima el recurso y confirma la resolución impugnada siguiendo el criterio de la propia Sala de suplicación sentado en otros supuestos similares, con arreglo al cual no hay necesidad de llevar el asunto a ejecución de sentencia (incidente de no readmisión) cuando se ha producido el cese de la actividad empresarial y está claro que la readmisión no puede tener lugar. En estos casos, ante el silencio de los arts. 56 ET y 110 LRJS la sentencia considera que cabe la aplicación analógica de los arts.286 y 281 LRJS, reconociendo por ello al actor el derecho a los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la sentencia que declaró la extinción de la relación laboral.

SEGUNDO.- 1.- Contra la referida sentencia, recurre el FOGASA en casación para la unificación de doctrina, articulando un único motivo, en el que se denuncia la infracción del art. 110.1 b) LRJS, en relación con el art. 33 del Estatuto de los trabajadores (ET). Para sustentar su pretensión de que se suprima de la condena el concepto de salarios de tramitación, designa el recurrente como sentencia de contraste, la dictada por la misma Sala del TSJ de Galicia el 11 de octubre de 2013 (rollo 2401/2013).

La sentencia aportada como referencial niega que quepa la condena a salarios de tramitación cuando la opción corresponde a la empresa y ésta no ha optado por la readmisión. Se trataba en ese caso de una trabajadora de la Xunta de Galicia cesada por amortización de la plaza que cubría como interina. Impugnado tal cese, el Juzgado había declarado la existencia de un despido improcedente y había aplicado al mismo las consecuencias legales inherentes a tal declaración, si bien incluía en el fallo la condena al abono de salarios de tramitación, pese a tratarse de un despido producido con posterioridad a la reforma operada por el RDL 3/2012. La Sala de suplicación parte del cambio normativo operado y señala que no cabía aquella condena de salarios de tramitación al no haberse producido la opción del empresario por la readmisión.

2.- La cuestión litigiosa, ha sido abordada y resuelta por esta Sala IV del Tribunal Supremo, entre otras, en la STS/IV de 19 julio 2016 (rcud. 338/2015), en la que se trataba de un supuesto de acumulación de acciones de despido y extinción del contrato del art. 50 ET , respecto del cual no obstante se daba la circunstancia de que la sentencia del Juzgado había declarado la imposibilidad de cumplimiento de la opción por la readmisión por cese de actividad y declaraba extinguida la relación en la fecha de la sentencia incluyendo la condena a los salarios "adeudados". Asimismo, la STS/IV de 21 julio 2016 (rcud. 879/2015) se pronunciaba de nuevo sobre el tema del abono de los salarios de tramitación cuando - como sucede en este caso- en la sentencia declarando la improcedencia del despido y el derecho a la indemnización correspondiente se declara asimismo extinguida la relación laboral por constatarse la imposibilidad de readmisión.

El análisis de esas dos sentencias de casación unificadora se centró en la aplicabilidad al caso del mencionado art. 110 LRJS ; esto es, del efecto que sobre las consecuencias económicas del despido pueda tener la petición del trabajador de que se adelante la declaración de extinción del contrato por imposibilidad material de readmisión (bien por extinguirse la relación por mor de la acumulación de acciones, bien por efectuarse tal declaración extintiva ante la imposibilidad material de la readmisión).

3.- Sin embargo, como ha señalado esta Sala IV/TS en la STS de 5-abril-2017 (rcud. 1491/16), y reiterando otras en igual sentido: "(...) hemos de llegar a la conclusión de que no concurre en este caso la necesaria contradicción, pues, pese a los matices que puedan observarse, tanto las sentencias mencionadas como la aquí recurrida abordan un debate jurídico que no tiene parangón con el del caso de la sentencia que aquí se aporta de contraste. Tal particularidad se daba también en el caso de las STS/4ª de 13 octubre (rcud. 4009/2015) y 5 diciembre 2016 (rcud. 3832/2015), en los que, ante dos supuestos análogos a los anteriores - extinción por acumulación de la acción del art. 50 ET y de despido (STS/4ª de 13 octubre 2016) o cierre de empresa (STS/4ª de 5 diciembre 2016)-, la Abogacía del Estado proponía la misma sentencia de contraste que ahora aporta (la de la Sala de Galicia de 11 de octubre de 2013).

(...) En el caso de dicha sentencia referencial el punto litigioso se halla lisa y llanamente en la inclusión de los salarios de tramitación en todo caso, y sin que concurren las particularidades de los supuestos de imposible readmisión. Se trataba, pues, de decidir si la literalidad del fallo de instancia que hacía tal pronunciamiento era ajustado al art. 56 ET habida cuenta de que no constaba en el momento de dictarse que la empresa fuera a optar por la readmisión.

No se está en el caso de la sentencia de contraste ante la imposibilidad de readmitir constatada antes de pronunciarse la sentencia, ni tampoco ante la declaración de la extinción del contrato por estimación de la acción acumulada del art. 50 ET; situaciones ambas que sí subyacen en la doctrina a la que nos referimos y que se reproduciría, en su caso, en relación con la sentencia recurrida.

4.- Iguales circunstancias concurren en el supuesto enjuiciado, en el que se designa como referencial la misma sentencia de la Sala Social del TSJ de Galicia de 11 de octubre de 2013, por lo que por razones de seguridad jurídica, igual respuesta merece el supuesto enjuiciado. Así, el recurso debió ser inadmitido por no cumplir con el requisito de la contradicción del art. 219.1 LRJS y debe ser ahora desestimado, visto el informe del Ministerio Fiscal.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede la condena en costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 15 de octubre de 2015 (rollo 2967/2015) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela de fecha 22 de abril de 2015 en los autos nº 41/2015 seguidos a instancia de D. Bartolomé, contra GALCA NETWORKS SL y RENOVATIO TRADE SL, siendo parte el FOGASA. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

**6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE
2016**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 2 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Jenaro, Everardo, Jose Manuel y Patricio frente a la empresa INMOBILIARIA HERJA SA y FOGASA, sobre Soc Ord, condeno a la empresa demandada a que abone a los actores las siguientes cantidades:

- D. Jenaro: 31.563,81 euros
- D. Everardo: 39.173,53 euros
- D. Jose Manuel: 30.303,61 euros
- D. Patricio: 39.173,53 euros

Condenando a la empresa asimismo al abono del 10% de interés por mora.

Se declara prescrita la deuda en lo que respecta al FOGASA, que procede absolver».

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- Los actores D. Jenaro con D.N.I. NUM000, D. Everardo con D.N.I. NUM001, D. Jose Manuel con D.N.I. NUM002 y D. Patricio con D.N.I. NUM003, mayores de edad, vinieron prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa demandada con las siguientes circunstancias profesionales:

- D. Jenaro: Antigüedad: 8/11/04, Salario con prorrata de pagas: 3.181,85 euros y categoría de Oficial 1ª.

- D. Everardo: Antigüedad: 8/10/03, Salario con prorrata de pagas: 3.181,85 euros y categoría de Oficial 1ª.

- D. Jose Manuel: Antigüedad: 8/01/05, Salario con prorrata de pagas: 3.181,85 euros y categoría de Oficial 1ª.

- D. Patricio: Antigüedad: 8/11/04, Salario con prorrata de pagas: 3.181,85 euros y categoría de Oficial 1ª.

No ostentan, ni han ostentado cargo sindical alguno.

SEGUNDO.- A la relación entre empresa y trabajadores le resulta de aplicación el Convenio Colectivo de la Construcción de Bizkaia.

TERCERO.- En fecha 7/9/2011, D. Jenaro causó baja en la empresa demandada por despido, y D. Patricio, D. Jose Manuel y D. Everardo, en fecha 15/09/2011, por igual causa.

A los actores se les adeudaban las siguientes cantidades por los conceptos y períodos que se especifican:

TRABAJADORES PARTE PROPORCIONAL INDEMNIZACION TOTAL

EXTRA NAVIDAD 2011 POR DESPIDO

Jenaro 639,72 € 32.424,09 € 33.063,81 €

Everardo 713,89 € 39.959,64 € 40.673,53 €

Jose Manuel 713,89 € 31.089,72 € 31.803,61 €

Patricio 713,89€ 39.959,64 € 40.673,53 €

Estas cantidades fueron reconocidas a cada trabajador en respectivas escrituras notariales:

En fecha 23/09/2011 Don. Jenaro, se le reconoció la suma de 32.424,09 euros, cantidad que se comprometió la empresa a abonar en el plazo de un año a contar de la fecha de la escritura.

En fecha 19/10/2011 al Sr. Patricio se le reconoció la suma de 39.959,64 euros, cantidad que se comprometió a abonar la empresa en el plazo de un año a contar de la fecha de la escritura.

En fecha 19/10/2011 al Sr. Jose Manuel, se le reconoció la suma de 31.089,72 euros, cantidad que se comprometió la empresa a abonar en el plazo de un año a contar de la fecha de la escritura.

En idéntica fecha al Sr. Everardo se le reconoció la suma de 39.959,64 euros, cantidad que se comprometió la empresa abonar en el plazo de un año a contar de la fecha de la escritura.

A cuenta de las sumas adeudadas en el mes de diciembre de 2012, la demandada, INMOBILIARIA HERJA, S.A., abonó a los anteriores la suma de 1.500 euros a cada uno de ellos, en concepto de deuda, por lo que las cantidades pendientes ascienden a:

- Jenaro: 31.563,81 euros.
- Everardo: 39.173,53 euros.
- Jose Manuel: 30.303,61 euros.
- Patricio: 39.173,53 euros.

CUARTO.- En fecha 16/04/2013 fue formalizada escritura de novación de reconocimiento de deuda, ante el Notario de Getxo D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, ante la imposibilidad de hacer frente en los plazos convenidos al resto de la deuda y pago de intereses correspondientes del 3,50%, y a petición de la mercantil INMOBILIARIA HERJA, S.A. los comparecientes prorrogan los plazos o vencimientos de cada una de las deudas, estableciendo ahora como fecha de vencimientos de cada una de ellas el 31/12/2013.

QUINTO.- Con fecha 26/12/2013 se presentó papeleta de conciliación previa, celebrándose acto de conciliación sin efecto el 29/1/2014».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«FALLAMOS: Que estimamos en parte el recurso de suplicación en nombre de don Jenaro, don Everardo, don Jose Manuel y don Patricio contra la sentencia de fecha dos de octubre de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de los de Bilbao en los autos 120/2014 seguidos ante el mismo y en los que también son partes Inmobiliaria Herja, S.A., en concurso y el Fondo de Garantía Salarial. En su consecuencia, confirmamos la misma en todos sus aspectos, a salvo el relativo a las costas del proceso ante el Juzgado, que se imponen a aquella sociedad anónima demandada, que deberá abonar quinientos euros en concepto de honorarios de letrado del demandante, abogado señor don José Ramón Zabalbeitia Egizabal, manteniendo el resto de sus pronunciamientos. Cada parte deberá abonar las costas de este recurso que hayan sido causadas a su instancia».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Everardo y otros, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 17 de junio de 2013, así como la infracción de lo dispuesto en el art. 33.1 y 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 59.2 y concordantes de dicha norma y art. 1975 y 1973 del Código civil, en relación con el art. 23.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 11 de noviembre de 2015, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos

los autos, señalándose para la votación y fallo el 7 de diciembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La reclamación de cantidad de cuatro trabajadores correspondiente a parte proporcional de la paga extra de navidad e indemnización por despido fue resuelta en la instancia estimando parcialmente la demanda y reconociendo las cantidades solicitadas condenando a la empresa a su abono y declarando prescrita la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). En suplicación se estima parcialmente el recurso de los actores confirmando aquel pronunciamiento excepto en lo referente a las costas del proceso ante el Juzgado, que se imponen a favor del letrado demandante por importe de 500 €. Recurren nuevamente los trabajadores en casación unificadora para que se declare también la responsabilidad del FOGASA citando de contradicción la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2013. Impugna el Abogado del Estado alegando, en primer lugar, falta de contradicción y subsidiariamente el art 23.5 de la LRJS. El Mº Fiscal considera que hay contradicción pero se opone en cuanto al fondo y solicita se declare improcedente el recurso.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida recoge como relato que las cantidades en cuestión fueron reconocidas a cada trabajador en respectivas escrituras notariales y que a cuenta de las sumas adeudadas la empresa demandada abonó a cada uno 1500 € en el mes de diciembre de 2012, por lo que lo pendiente de abono se redujo en cada caso en igual cuantía, formalizándose nueva escritura el 16/04/2013 de novación de reconocimiento de deuda y prorrogándose los plazos o vencimientos de cada deuda para fijar como nueva fecha de vencimiento el 31/12/2013. En su fundamentación jurídica, dicha resolución arguye, tras referirse precisamente a la sentencia que ahora se menciona de contradicción, que ya citaba el FOGASA en esa fase, que la norma realmente aplicable es el art 23. 5 de la LRJS, de la que se desprende que "los

reconocimientos de deuda no producen efecto interruptivo de la prescripción para el Fondo de Garantía Salarial y tal principio general sólo admite dos excepciones en la Ley: el reconocimiento de deuda ante el servicio administrativo de mediación, arbitraje o conciliación o el acta de conciliación en proceso judicial", por lo que mantiene la absolucióndel FOGASA efectuada en la instancia.

Por su parte, en la sentencia referencial se contempla un caso del que se recoge como hechos probados que el contrato de trabajo del actor se declaró extinguido por causas objetivas reconociendo la empresa a favor del mismo una deuda de 14.578,01 € como finiquito (nómina de febrero e indemnización) y acordando su pago en nueve mensualidades de 1.500 € y una de 1.078,01 €, plazos que no se cumplieron, por lo que se condenó a dicha entidad demandada a su abono, así como al del 10% de interés de demora, acogiendo también la demanda frente al FOGASA, cuya excepción de prescripción se rechaza porque "la interrupción de la prescripción que inicialmente se efectúa en documento privado, en la misma fecha se eleva a escritura pública y por lo tanto no es de aplicación lo dispuesto en el art 1975 del CC", reiterando que "esta solución... está siempre referida a reconocimientos privados de deuda y tiende a impedir la efectividad de posibles maniobras fraudulentas en perjuicio del Fondo de Garantía Salarial, pero ello no acontece en el caso que nos ocupa donde se ha plasmado en escritura pública" y, como consecuencia, acoge el recurso del trabajador y condena también al FOGASA.

De la comparativa de ambas resoluciones resulta que, como sostiene el Mº Fiscal, ha de apreciarse la contradicción normativamente exigida porque se da la coincidencia sustancial que requiere el nº1 de tal precepto, sin que el hecho de que la sentencia recurrida se refiera en apoyo de su tesis al art 23.5 de la LRJS y la de contraste únicamente diga concluyendo que "por lo tanto, no es de aplicación el art 1975 del CC", no basta para dejar de apreciar la concurrencia del mencionado requisito procesal como hace la representación y defensa del organismo codemandado alegando que en la de contraste no se aplica el referido art 23.5 de la LRJS "sino la anterior Ley

de Procedimiento Laboral (LPL)", lo que considera una diferencia sustancial, porque ni ello es tal en este caso (donde ni siquiera se cita la LPL en esa sentencia) ni, coincidiendo en lo esencial tanto los hechos como las pretensiones, existe tampoco diferencia real de fundamentos, que sobre ser los que las partes aleguen y no los que apliquen las sentencias, en éstas no se contraponen, al sostener la recurrida, precisamente y como se ha dicho, con referencia expresa a la de contraste, que "no cabe asumir que sea ésa la interpretación legal" (la de esta última) sino que "hay norma legal expresa que indica los supuestos concretos en los que cabe apreciar efecto interruptivo en caso de que haya un reconocimiento de deuda por el deudor" y que esa norma es el ya citado art 23.5 de la LRJS, de manera que, en estos términos, es evidente y expresa la contradicción en este punto, al girar en ambos casos la cuestión en torno a si el reconocimiento de deuda efectuado en escritura pública por la empresa produce, o no, efectos interruptivos de la prescripción alegada respecto al FOGASA, lo que se resuelve de modo distinto en uno y otro caso.

TERCERO.- En cuanto al fondo del asunto, se alega como único motivo del recurso la infracción de los arts. 33.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con su art 59.2 y concordantes y artículos 1975 y 1973 del CC en relación con el art 23.5 de la LRJS, subrayando la parte recurrente que al mediar escritura pública de reconocimiento de deuda y no un mero reconocimiento privado, se está ante una "condición asimilada" a las previstas como interruptivas de la prescripción con igual efecto en este caso, lo que lleva a extender la responsabilidad del organismo en cuestión, como hace la sentencia de contraste.

La demanda que da origen a las actuaciones se interpuso el 3 de febrero de 2014 y en su hecho cuarto se hace constar que medió una escritura de novación de reconocimiento de deuda por la que se prorrogaban los plazos o vencimientos de cada una de las contraídas por la empresa con los trabajadores, estableciéndose en ella como fecha de vencimiento de las mismas el 2 de diciembre de 2013, fechas en las que ya se

hallaba en vigor la LRJS que comenzaba a aplicarse el 11 de diciembre de 2011, según su disposición final séptima.

El párrafo segundo del art 23.5 de esta norma establece que " la estimación de la caducidad o prescripción de la acción dará lugar a la absolución del empresario y del propio Fondo de Garantía, si hubieran alegado la prescripción o si se apreciase de oficio o a instancia de parte la caducidad. No obstante, si se apreciase interrupción de la prescripción por haber existido reclamación extrajudicial frente al empresario o reconocimiento por éste de la deuda, éstos no surtirán efectos interruptivos de la prescripción frente al Fondo de Garantía y se absolverá a éste, sin perjuicio del pronunciamiento que proceda frente al empresario, salvo que el reconocimiento de deuda haya tenido lugar ante un servicio administrativo de mediación, arbitraje o conciliación, o en acta de conciliación en un proceso judicial, en cuyo caso la interrupción de la prescripción también afectará al Fondo de Garantía".

Conforme, pues, a la dicción literal del precepto, sólo en el caso de reconocimiento de deuda ante el servicio administrativo referido o en el de acta de conciliación en un proceso judicial cabe entender que es posible, por vía de excepción, la interrupción de la prescripción frente al FOGASA, de modo que queda excluido cualquier otro supuesto, que pudo igualmente preverse en la norma y no se hizo, por lo que quedan fuera no sólo los reconocimientos privados sino incluso los públicos que no tengan el carácter de alguno de los antes referenciados.

En efecto: según el artículo 3.1 del CC, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, de manera que la literalidad del precepto es la regla número uno en su hermenéutica, que se mantiene, por lo tanto, como regla general que ha de cumplirse de este modo pues el legislador en su nueva norma y tras cuanto la doctrina y la jurisprudencia tenían declarado respecto de la anterior pudo prever como tal excepción la constancia del reconocimiento de deuda en cualquier documento

público, habiéndose sin embargo constreñido a los dos citados, que tienen en común tratarse de sendos reconocimientos de deuda en el contexto y marco del proceso laboral, de manera que es precisamente ese ámbito el elegido, lo que tácitamente excluye a los documentos que carecen de tal marchamo y en este sentido, pues, ha de resolverse el debate, desestimando, en consecuencia, el recurso interpuesto como propone el Ministerio Fiscal.

FALLO:

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

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DON Everardo, DON Jenaro, DON Patricio y DON Jose Manuel, contra la sentencia de fecha 3 de marzo de 2015, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 194/2015, formulado frente a la sentencia de fecha 2 de octubre de 2014, dictada en autos 120/2014 por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao, seguidos a instancia de dichos recurrentes, contra INMOBILIARIA HERJA S.A. y FOGASA, sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- Con fecha 17 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Valencia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda deducida por D. Severiano contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, condenando al demandado a abonar al actor 155,61 euros, absolviendo a los codemandados PREFABRICADOS EL CAMPANERO SL y los Administradores Concursales DÑA. Elvira y D. Juan Alberto de las pretensiones deducidas en dicha demanda.»

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- El trabajador demandante Severiano con DNI NUM000, cuyas restantes circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda rectora de las presentes actuaciones, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa PREFABRICADOS EL CAMPANERO SL, desde el 5 de junio de 2001, con categoría profesional de chófer, con un salario medio mensual de 2.049,91 euros.

2º.- La empresa fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 16-09-2011, dictado por el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia , y por auto nº 262/2012 de dicho Juzgado de fecha 12 de septiembre de 2012, en Incidente Concursal Laboral, se declaró la extinción colectiva de los contratos de trabajo de toda la plantilla, notificando el despido colectivo con efectos de' 19-09-2012, fijando las indemnizaciones de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades.

3°.- La Administración Concursal expidió certificaciones, en fecha 28-09-2012, por importe de 19.240,04 euros, de los que corresponden a indemnización 15.487,68 euros, siendo coincidente con el importe que consta en el auto de 12-09-2012, y el resto a salarios de marzo a junio de 2012, y pagas -extras de 2011, y una segunda certificación en fecha 23-03- 2012, por importe de 2.832,41 euros, referida a salarios de junio a agosto de 2011, y pagas extras de 2011.

4°.- El trabajador solicitó al FOGASA el abono de las prestaciones de garantía salarial e indemnizatoria, la primera en fecha 24-04-2012 y la segunda, el 8-10-2012.

5°.- Mediante resolución de fecha 7 de abril de 2014, dicho organismo, previa tramitación del correspondiente Expediente, reconoció al trabajador en concepto de prestaciones de garantía salarial el importe de 2.828,91 euros, no habiendo sido controvertido en juicio que existe una diferencia a favor del trabajador por dicho concepto por importe de 155,61 euros, que no ha sido reconocida ni abonada por el demandado.

6°.- En una segunda resolución de fecha 18 de junio de 2014, se reconoció al trabajador el derecho a percibir la cantidad de 14.620,10 euros, de los que corresponden a indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo, 11.285,90 euros, cuyo importe ha sido percibido por el demandante.

7°.- La solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajo se presentó ante el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia por escrito de fecha 19-06-2012, (RUE) según el art. 64 de la Ley Concursal, y en aplicación del 44,4 de la misma norma, se interesó conjuntamente el cese de actividad y el cierre pie la empresa, dando lugar al inicio del periodo de consultas, que se dio por finalizado con acuerdo, según providencia de dicho Juzgado de fecha 9-07-2012».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictó sentencia con fecha 9 de febrero de 2016 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON Severiano , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Valencia, de fecha 17 de julio de 2014; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda, condenamos al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL a abonar al demandante la cantidad de 4.201,78 euros. Sin costas».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Abogado del Estado en representación del Fondo de Garantía Salarial, mediante escrito de 28 de abril de 2016, 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 Superior de Justicia de Madrid de 21 de octubre de 2015.
SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 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.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 6 de octubre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- No habiéndose personado las partes recurridas, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 6 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

El problema que accede a nuestro conocimiento posee estricto corte interpretativo de la regulación sobre alcance de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). En concreto, se trata de determinar si, en caso de concurso de acreedores de la empresa, esa responsabilidad nace cuando se declara el concurso o, por el contrario, cuando (posteriormente) se extingue la relación laboral a través de lo que suele identificarse como un ERE concursal. Lejos de estar ante cuestión teórica, la cuestión posee una relevancia práctica clara cuando existen variaciones normativas.

1. Hechos relevantes.

Son muy escuetos los datos fácticos que debemos resaltar para centrar los términos del debate:

El 16 de septiembre de 2011 la empresa es declarada en concurso por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia.

El 19 de junio de 2012 se presenta ante el Juzgado la solicitud de extinción de todos los contratos de trabajo.

El 12 de septiembre de 2012 dicta Auto el Juzgado de lo Mercantil, declarando la extinción colectiva de los contratos de trabajo en toda la plantilla.

El 19 de septiembre de 2012 se produce el cese efectivo de todos los contratos.

Es pacífico que el FOGASA adeuda al trabajador 155,61 euros en concepto de prestaciones de naturaleza salarial. El litigio surge porque el trabajador le reclama asimismo una indemnización de 14.620,10 euros, mientras que el Fondo advierte que la misma debe calcularse sobre la base del doble del SMI y le reconoce 11.285,90 euros.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia de 17 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia desestima en lo sustancial la demanda, pues asume la interpretación patrocinada por el organismo gestor.

B) La STSJ Valencia 304/2016 de 9 febrero (rec. 1166/2015), reiterando el criterio acogido en anteriores ocasiones, estima el recurso de suplicación del trabajador. Entiende que debe aplicarse la legislación vigente en la fecha de la declaración del concurso, que es el momento que se constata su insolvencia y se inicia el proceso de saneamiento financiero (el 19 de septiembre de 2011).

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 las posteriores modificaciones.

3. Recurso de casación e Informe del Fiscal.

Disconforme con el criterio de suplicación, con fecha 28 de abril de 2016, el Abogado del Estado formaliza el recurso de casación para la unificación de doctrina que resolvemos. En él postula que la responsabilidad del FOGASA no nace en la fecha de declaración de concurso sino cuando se termina la relación laboral. Identifica como contradictoria la STSJ Madrid 810/2015 de 21 octubre (rec. 302/2015).

Cumpliendo con las previsiones del art. 225.3 LRJS, con fecha 12 de enero de 2017, la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala emite su Informe. Considera que la contradicción entre las sentencias opuestas resulta evidente y que respecto de la materia discutida debe prevalecer el criterio de contraste.

4. Sentencia referencial.

La STSJ Madrid 810/2015 de 21 octubre (rec. 302/2015) resuelve el litigio surgido sobre las siguientes coordenadas:

El 19 de diciembre de 2011 la empresa es declarada en concurso.

El 20 de julio de 2012, mediante Auto, el Juez Mercantil declara extinguida la relación laboral de 23 trabajadores, con efectos de esa misma fecha.

Los demandantes solicitan el pago de la indemnización y el FOGASA la calcula aplicando el módulo máximo constituido por el doble del SMI. La Sala del TSJ de Madrid confirma la sentencia de instancia que consideró debía aplicarse la legislación vigente en la fecha de la extinción de los contratos.

5. Análisis de la contradicción.

En su momento, esta Sala consideró claro el cumplimiento de los presupuestos procesales del recurso, incluyendo el de la contradicción pedida por el art. 219.1 LRJS. Ratificamos ahora esa apreciación interina.

Parece evidente tanto la identidad de los supuestos cuanto de las pretensiones que se deducen en los respectivos procedimientos. También 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.

Se trata, al cabo, de saber si los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 20/2012 son operativos cuando sobreviene un despido colectivo en el seno de un concurso iniciado con anterioridad, pero siendo el Auto de extinción de los contratos de fecha posterior a la entrada en vigor de la norma.

SEGUNDO.- Normas y doctrina aplicables.

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, que conviene examinar.

Asimismo, invoca como infringida la doctrina de la STS de 24 abril 2001 (rec. 2102/2000), que repasaremos junto con otros antecedentes relevantes.

1. Normas aplicables.

A) El artículo 33.2 ET viene regulando la responsabilidad del Fondo en los supuestos en que la empresa deudora de salarios o indemnizaciones es declarada en concurso. Discutiéndose la versión del mismo que debe aplicarse, ahora interesa recordar los términos de cada una de ellas.

En la versión vigente a 16 de septiembre de 2011 (fecha en que se dicta el Auto declarando en concurso a la empresa) el art. 33.3 ET afirma el carácter del Fondo como "responsable legal subsidiario", omitiendo cualquier precisión sobre el alcance de su obligación.

En consecuencia, opera el límite del número anterior, conforme al cual abonará las indemnizaciones " sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias".

B) Cuando se solicita la extinción de los contratos (19 de junio) la redacción del precepto sigue siendo la reseñada.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 3/2012 (vigente desde 12 de febrero), prescribiría que "Las indemnizaciones a abonar a cargo del FOGASA, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias". En esa redacción insiste la Ley 3/2012 (BOE 7 de julio), vigente desde 8 de julio de 2012.

C) Sin embargo, el 15 de julio de 2012 entra en vigor la redacción derivada del Real Decreto-Ley 20/2012; esa es la vigente en el momento de dictarse el Auto extintivo por el Juzgado de lo Mercantil (12 de septiembre de 2012) y de terminar efectivamente los contratos (19 de septiembre de 2012).

La norma explica que "se articulan medidas encaminadas a preservar la viabilidad financiera del Fondo de Garantía Salarial, en la línea de las funciones para las que fue concebido". Su artículo 19 modifica la regla del art. 33.3 que aquí interesa, de modo que las indemnizaciones a abonar a cargo del FOGASA, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Interesa reseñar que este RDL fue publicado en BOE de 14 de julio de 2012 y entró en vigor al día siguiente (Disp. Final 15ª), sin que ninguna de sus dieciséis disposiciones transitorias aluda a la materia que ahora interesa.

D) Por otro lado, el artículo 64 de la Ley Concursal viene regulando los principales aspectos laborales del concurso. La Ley 38/2011, reformando la Ley Concursal, incorpora la regulación expresa en sede concursal de la subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial en los créditos salariales e indemnizaciones cuyo pago anticipe a los trabajadores por cuenta del empresario en el marco de lo dispuesto en el citado artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

2. Doctrina de la Sala.

A) La STS de 24 abril 2001 (rec. 2102/2000), mencionada en el recurso, examina un problema de prescripción que no tiene mucho que ver con el presente.

Para resolverlo, se sienta la doctrina de que el FOGASA, "en su condición de fiador o responsable legal subsidiario, se verá perjudicado por la interrupción de la prescripción frente al empresario deudor cuando ésta se produce mediante reclamaciones judiciales - art. 1975 CC , primera parte, que alcanza a los supuestos normales de reclamación contra dicho Organismo-, o asimiladas -acciones ejecutivas o reconocimiento de deuda en pleito concursal, del art. 33.7 ET -, pero no cuando se trate de otras formas genéricas de interrupción, y en concreto del reconocimiento de deudas u otros pactos que no gocen de la garantía de publicidad que aquellos otros supuestos tienen".

B) La STS 23 marzo 2006 (rec. 1264/2005) aborda una cuestión bastante similar a la que nos ocupa. Examina la responsabilidad del FOGASA por salarios de tramitación. En concreto, un problema de transitoriedad o aplicación cronológica de las

normas que regulan los efectos del despido improcedente (el devengo de salarios de tramitación) y la responsabilidad del asegurador.

El RDL 5/2002 suprimió los salarios de tramitación en determinados casos, que consiguientemente desaparecieron de la mención que hace el art. 33.1 ET al alcance de la responsabilidad del FOGASA. Pero esta situación tuvo una vigencia muy limitada, pues la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, restableció los salarios de trámite y en consecuencia volvió a introducir la alusión expresa a los mismos en el citado art. 33.1 ET.

En el caso que aborda la sentencia los despidos se produjeron durante la vigencia del RDL 5/2002, lo mismo que la sentencia que los calificó como improcedentes, que lleva fecha de 6 de noviembre de 2002. Y al no haber ejercitado la empresa la opción entre la indemnización o la readmisión, y siendo ésta imposible, por Auto de 19 de diciembre se declaró extinguida la relación laboral. Con posterioridad, el 6 de junio de 2003, se dictó Auto declarando la insolvencia empresarial. Descartada esta última fecha, que claramente no es en la que se extingue la relación, la Sala afirma que, en el caso, la extinción no se produce hasta tanto se dicta el Auto de 19 de diciembre, que es el que, ante la imposibilidad de proceder a la readmisión, declara definitivamente extinguida la relación, y acontecida pues la extinción bajo la vigencia de nuevo de la responsabilidad del Fondo, debe hacer frente a los citados salarios de trámite.

Es cierto, como afirma la parte recurrida en su escrito de impugnación, que esta Sala ha dicho en múltiples ocasiones que la acción que se dirige contra el FOGASA no es directa, sino que tiene un carácter subsidiario, de modo que la obligación de pago no nace hasta que se produce la declaración de insolvencia, desde cuyo momento el trabajador tiene la posibilidad de ejercitar contra FOGASA las reclamaciones y acciones encaminadas al reconocimiento de sus derechos, de modo que es la fecha de la tal declaración judicial de insolvencia la que acarrea la responsabilidad sustitutoria del Fondo.

Pero una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito o el momento en que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo.

C) La STS 26 julio 2006 (rec. 2843/2005) aborda asunto "prácticamente idéntico" al anterior y reitera la expuesta doctrina en relación con el momento en que ha de entenderse extinguida la relación laboral, a los efectos de imputar responsabilidad al FOGASA por los salarios de tramitación adeudados como consecuencia de un despido improcedente.

El momento clave, a los efectos de determinar, en cada caso, la normativa aplicable, es aquél en el que se produce la extinción del contrato de trabajo; en el caso, ese es el de la fecha del auto que puso fin al incidente de no readmisión tramitado después de que la sentencia de despido hubo ganado firmeza y, precisamente, en ejecución de lo ordenado en tal sentencia.

TERCERO.- Consideraciones específicas y resolución.

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 al acordarse posteriormente la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores ya ha desplegado sus efectos el Real Decreto-Ley que rebaja ese techo al doble del SMI. Los efectos de optar por una u otra solución quedan al descubierto si se compara el fallo de la sentencia de instancia (155,61 €) con el de la ahora recurrida (4, 201,78 €).

1. El punto de conexión temporal en supuestos concursales.

A) Con arreglo a la doctrina que hemos expuesto, 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 la 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.

B) Con independencia de que deba ser citado el FOGASA desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia en los casos de procedimientos concursales (art. 33.3 ET), su obligación no nace hasta que se dicte auto, conforme al art. 64 Ley Concursal , de extinción de las relaciones laborales colectivas.

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. Cuando se dicta el auto por el Juzgado y finaliza el contrato es cuando nace la obligación de indemnizar; por tanto, ahí es donde se encuentra el punto de conexión cronológica que debemos utilizar para fijar la legislación aplicable.

C) 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.

D) La extinción de la relación laboral entre el actor y la empresa se acuerda mediante Auto de 12 de septiembre de 2012, teniendo lugar al día 19 siguiente. Como queda expuesto, desde el 15 de julio precedente ya había entrado en vigor la reforma introducida por el RDL 20/2012.

Por tanto, como conclusión, el régimen jurídico de la responsabilidad legal del FOGASA es el establecido en dicha norma, sin que sea posible imponer al Fondo 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. No conteniendo el RDL 20/2012 norma transitoria alguna que determine lo contrario, debe mantenerse el mismo criterio que se sigue en la sentencia referencial porque si cuando se declaró el concurso aún no se había producido la extinción del contrato de trabajo que determinó la indemnización, en realidad no había nacido entonces derecho alguno, ni frente a la empresa ni frente al Fondo.

E) La solución a que accedemos es no solo compatible, sino armónica con la acogida en otros casos en que hemos señalado el momento de declaración del concurso como el relevante. Así, por ejemplo, en la STS 12 febrero 2007 (rec. 3.951/2005) se resuelve supuesto en que el crédito salarial o la indemnización ya habían nacido cuando se declaró la insolvencia y por eso se sienta la regla general de que "debe ser la fecha de la declaración de insolvencia, y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo la determinante del momento en que nace para el trabajador la facultad de ejercer sus derechos frente al Fondo"; ello es así porque la declaración de insolvencia se produce en el procedimiento de ejecución (actual art. 276 LRJS).

Como en esa y otras ocasiones hemos advertido, una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito o precisar el momento en que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo.

2. Resolución del recurso.

A) La doctrina contenida en la sentencia que se recurre se separa del enfoque que esta Sala viene adoptando y, conforme a lo apuntado por el Informe del Ministerio Fiscal, debe declararse errónea.

Conforme al art. 228.2 LRJS " Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina , alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada ".

B) La anulación de la sentencia recurrida, por tanto, es la primera declaración que debe contener nuestra sentencia, aunque con ella no baste para otorgar una tutela judicial adecuada a los requerimientos del legislador. Habremos, por tanto, de resolver el debate suscitado en suplicación.

En nuestro caso, puesto que el Juzgado de lo Social asumió el mismo criterio que hemos considerado acertado, bastará con desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el demandante frente a su sentencia para restablecer la unidad de doctrina.

C) La resolución del debate suscitado en suplicación en términos desfavorables para el recurrente, sin embargo, no comporta su condena en costas puesto que el art. 235.1 LRJS excepciona la regla del vencimiento cuando se trata de quien goza del beneficio de justicia gratuita, como es el caso.

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 la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por el Abogado del Estado. 2) Casar y anular la sentencia 304/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 9 de febrero de 2016, en el recurso de suplicación nº 1166/2015. 3) Resolver el debate de suplicación, desestimando el recurso de tal índole interpuesto por D. Severiano. 4) Declarar la firmeza de la sentencia 270/2014 dictada el 17 de junio de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia , en los autos nº 386/2013, seguidos a instancia de D. Severiano contra el Fondo de Garantía Salarial y otros. 5) No imponer las costas de ninguno de los recursos.

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

Así se acuerda y firma.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 11 de abril de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Castellón, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por D. Alonso contra el Fondo de Garantía Salarial, absuelvo a la entidad demandada de los pedimentos formulados en su contra».

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- En fecha 3/12/2012 se dictó resolución por el fondo de Garantía Salarial en el expediente NUM001, relativo a la empresa UNIPAL S.L. Y OTRAS, por la que se reconoció a favor del demandante, en concepto de salarios debidos 3.421,13 euros y como 60% de la indemnización por despido objetivo, 8.215,35 euros (folio 12) previa insolvencia de la empresa declarada por Decreto de 18 de julio de 2012 del Juzgado de lo Social nº 3. Dicho decreto de insolvencia fue aclarado por auto de 26 de julio de 2013, y se dictó en el ámbito de la ejecución iniciada a instancia de parte tras sentencia de este mismo Juzgado de lo Social nº 3 en autos nº 1027/10, de reclamación de cantidad, seguidos por el actor contra la empresa UNIPAL y BIOMETRÍA MÉDICA S.L.U. y BIOMÉDICA I SOCIAL S.L., y cuyo contenido se da por reproducido a los folios 5/ss, en la que, fijando como hechos probados respecto del actor una antigüedad de 24/10/1996 y un salario diario de 109,65, reconocía el adeudo por parte de las empresas demandadas (no comparecidas, así como tampoco el FOGASA que había sido citado) de la suma de 22.042,35 euros como indemnización por extinción de contrato por causas objetivas, así como otras cantidades por salarios y vacaciones que no se discuten (contenido de la sentencia).

SEGUNDO.- Previamente y respecto de otros trabajadores de la misma empresa se dictó insolvencia por este Juzgado de fecha 19/1/2012 y se hace referencia en el decreto de insolvencia de 128/7/2012 del Juzgado nº 3 a la insolvencia ya declarada por el Juzgado de lo Social nº 1 respecto de la misma empresa y otros trabajadores el 18/6/2012 (hechos no controvertidos).

TERCERO.- Consta agotada la vía previa».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS: Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por Alonso contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de CASTELLÓN en sus autos núm. 60/13 de fecha 11-4-2014, procedemos a revocar la resolución recurrida, en el sentido de estimar la demanda que el recurrente dedujo frente al Fogasa, fijando su responsabilidad derivada del despido de éste en la cantidad de 12.323,02, condenando a la entidad demandada a abonar al actor la diferencia entre dicha cantidad y la ya abonada con anterioridad por el referido concepto. Sin costas».

Con fecha 7 de abril de 2015, se dictó Auto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "LA SALA ACUERDA: Complétese el fallo de la sentencia de instancia en el sentido de que la responsabilidad del FOGASA por los salarios se fija con el tipo del triple del SMI, CONDENANDO AL FOGASA al abono de la diferencia entre lo ya abonado por ese concepto y lo que resultaría de aplicarse el anterior tope".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Fondo de Garantía Salarial, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 24 de junio de 2014, así como la infracción de lo dispuesto en el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 10 de diciembre de 2015, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 25 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. - La demanda que dio origen a las actuaciones tenía por objeto una reclamación de cantidad en concepto de responsabilidad del FOGASA en un procedimiento por despido que era exigida desde la fecha de la declaración de insolvencia empresarial efectuada en un decreto de la Secretaría de un Juzgado de lo Social tras sentencia en un procedimiento anterior del año 2010. La sentencia de instancia desestimó dicha pretensión pero en suplicación fue revocada, acogándose el recurso del actor y fijándose la responsabilidad del Fondo en 12.323,04 €, conforme al texto del art 33.2 del ET en su redacción anterior al RDL 20/2012, con condena a dicho organismo a abonar la diferencia entre la cantidad inicialmente reconocida y la ahora declarada. Acude a la casación unificadora el Estado citando de contraste la STSJ del País Vasco de 24 de junio de 2014. Impugna el actor. El Mº Fiscal considera improcedente el recurso.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida declara probado que al trabajador se le reconoció por el organismo demandado en resolución del ente gestor del 03/12/2012 en concepto de salarios debidos 3.421,13 €, y 8.215,13 € como 60% de la indemnización por despido objetivo tras ser declarada la insolvencia de la empresa por decreto de 18 de julio de 2012 de un Juzgado de lo Social aclarado por auto de 26 de julio de 2013. Sostiene la Sala que el cálculo del FOGASA se efectuó sobre la base de un salario

diario del doble del salario mínimo interprofesional y no sobre el triple como pretendía el actor y ello porque aquél era el tope establecido en el art 33.2 del ET tras su reforma por RDL 20/2012, de 13 de julio, señalando que el referido decreto judicial era consecuencia del mismo estado económico empresarial que llevó a dictar anteriores decretos de 19 de enero y 18 de junio de 2012 en otros tantos procedimientos de diferentes trabajadores y que la legislación aplicable para determinar la cuantificación económica de la responsabilidad subsidiaria del Fogasa ha de ser la vigente a la fecha de la (primitiva) declaración de insolvencia con fundamento en la doctrina del TS de 6 de marzo de 1989 , lo cual es predicable igualmente de los casos en que antes de esa declaración formal de la insolvencia de la empresa exista ya una constatación judicial de la misma, como sucede en este caso, en que la insolvencia declarada en el decreto de 18 de julio de 2012 era consecuencia del mismo estado económico empresarial que llevó al dictado de los anteriores decretos de 19 de enero y 18 de junio de ese año.

En la sentencia de contraste, por su parte, se alude a otra de 11 de abril de 2011 de un Juzgado de lo Social declarando la improcedencia de los despidos de varios trabajadores con auto de 13 de octubre de 2010 declarando insolvente a la entidad empleadora, seguido de otro de 6 de octubre de 2011 de diferente Juzgado en el mismo sentido, señalándose en dicha referencial que "tan solo cuando tiene lugar la declaración de insolvencia para tales trabajadores (los actores) les nace el derecho a la exigibilidad de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, que acontece en la vigencia posterior y aplicación del RDL 20/2012", por más que haya habido antes otra declaración de insolvencia de la/s misma/s empresa/s en relación con otros trabajadores.

De la comparativa expresada se infiere, sin necesidad de mayores razonamientos, que existe la contradicción exigida por el art 219 de la LRJS al tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente coincidentes, siendo diferentes las soluciones a los mismos, como entiende el Mº Fiscal en su preceptivo informe, sin que las diferencias que apunta la parte actora en su escrito de impugnación posean la relevancia suficiente para sostener lo contrario.

TERCERO.- En el motivo que formula la representación y defensa del organismo demandado en su recurso se alega la infracción del art 33.2 del ET en la redacción dada por el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que en su art 19 disponía que "se modifica en los siguientes términos el artículo 33 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo:

Uno. El apartado 1 queda redactado en los siguientes términos:

«1. El Fondo de Garantía Salarial, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario.

A los anteriores efectos, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días.»

Dos. El apartado 2 queda redactado en los siguientes términos:

«2. El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, 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 conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta Ley, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior.»

Tres. La regla segunda del apartado 3 queda redactada en los siguientes términos:

«Segunda. Las indemnizaciones a abonar a cargo del FOGASA, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias».

En tal sentido, dicha parte recurrente argumenta que "lo único que aquí se debate es si esa declaración de insolvencia es la efectuada de forma genérica respecto de otros trabajadores de la misma empresa o si , en cambio, hay que atender a la declaración que se refiera precisamente de forma individual al propio trabajador demandante",

arguyendo al respecto que "como bien dice la misma sentencia de contraste, así como la declaración de concurso de la empresa produce efectos generales sobre todas las relaciones laborales de la empresa, no sucede lo mismo cuando falta dicha situación concursal, porque, en tal caso, la declaración judicial de insolvencia se vincula únicamente al o a los trabajadores concretos que sean parte del proceso en el que se haya dictado aquella resolución", y que, tratándose de un fiador ex lege (el Fogasa), se hace necesario interpretar siempre en sentido restrictivo toda posible atribución de responsabilidad al mismo con cargo a los fondos públicos.

Delimitado en los precedentes términos el recurso interpuesto y no discutiéndose cuanto se afirma en el hecho segundo de la demanda acerca de la preexistencia de una sentencia de 7 de noviembre de 2011 (recaída en los autos 1027/10 del Juzgado de lo Social que se cita en el hecho segundo de los declarados probados de la de instancia) sobre una reclamación de cantidad del actor derivada del expediente de regulación de empleo NUM000 en que fue declarada la extinción de su relación laboral, la conclusión que se impone es que el crédito de dicho trabajador sobre la empresa empleadora es anterior a la reforma del RDL 20/2012, lo que tampoco resulta cuestionado.

A partir de ahí, lo que resulta decisivo es la declaración de insolvencia para determinar el nacimiento de la obligación a cargo del Fondo de Garantía Salarial, que, como señala nuestra sentencia de 6 de marzo de 1989, no deriva directamente del despido o acto extintivo o del reconocimiento judicial de la deuda, sino que tiene su hecho causante en la resolución de insolvencia que, en cuanto refleja la insuficiencia económica de la empresa, constata la producción de la contingencia protegida por dicho organismo en su función de mecanismo público asegurador contra el impago de créditos laborales.

Debe tenerse en cuenta, pues, que la situación de insolvencia (total o parcial) de la empresa se declara en el procedimiento laboral cuando se constata que ésta no puede

hacer frente a las obligaciones de las que debe responder como consecuencia de la resolución judicial en que se ha producido la condena correspondiente, por lo que se trata de una nueva resolución en tal sentido en un concreto contexto jurídico de ejecución de una determinada sentencia, que, sin embargo, no impide su extrapolación a otro/s procedimiento/s conforme a lo prevenido en el art 276.3 de la LRJS y con los efectos de publicidad del nº5 de ese mismo precepto, cuyo contenido coincide -el primero totalmente y el segundo sustancialmente- con lo establecido en el art 274. 3 y 5 de la extinta LPL.

Sobre esta base normativa, si es posible en un procedimiento de ejecución posterior dictar el decreto de insolvencia sin necesidad de reiterar los trámites que han conducido a ello, aunque adoptando cautelarmente la medida de audiencia previa a la parte actora y al Fogasa para que puedan señalar la existencia de nuevos bienes, la solución que de ello se sigue es la de que *rebus sic stantibus*, esto es: mientras no haya evidencia de otra cosa, la insolvencia se entiende que produce sus efectos desde el momento de su primitivo reconocimiento y, por tanto, que, en esas circunstancias, los subsiguientes procedimientos, aun exigiendo cada uno su propia declaración de insolvencia, al traer causa de la primitiva, no tienen carácter constitutivo para la exigencia de la responsabilidad del Fogasa ex artículo 33 del ET más que en lo relativo al específico crédito del acreedor pero no en lo de su fecha en función de la del auto en que se refleja.

De ahí resulta que siendo el crédito del caso ahora enjuiciado anterior a la reforma del ET operada por el referido RDL 20/2012, cuya entrada en vigor es de 15 de julio de 2012 según establece su Disposición final decimoquinta, y habiéndose dictado la primera resolución de insolvencia empresarial el 19 de enero de 2012 y la segunda el 18 de junio de ese mismo año (hecho segundo de los declarados probados de la sentencia de instancia), esto es, antes de la reforma normativa, ha de resolverse el debate en los términos que lo ha hecho la sentencia recurrida porque como en la misma se argumenta (primer fundamento de derecho), se está en el caso de la doctrina sentada

por nuestra precitada sentencia, "cuando matiza el punto de vista expuesto anteriormente por la Gestora en los casos en que, antes de esa declaración formal de insolvencia de la empresa, exista ya una constatación judicial de la misma, habiéndose comprobado que la insolvencia apreciada en la primera resolución, cuando aun no había entrado en vigor la norma modificadora, es también referible cuantitativamente a los créditos a los que se concreta la segunda, y que no hay solución de continuidad entre el estado económico de la empresa considerado en ambas resoluciones; supuesto en el que la norma que ha de tenerse en cuenta es la que regirá al tiempo de esa primera declaración".

El motivo, pues, y, en consecuencia el recurso, ha de ser desestimado, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de suplicación núm. 1973/2014, formulado frente a la sentencia de fecha 11 de abril de 2014, dictada en autos 60/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Castellón, seguidos a instancia de DON Alonso, contra dicho recurrente, sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. Con costas.

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

Así se acuerda y firma.

**9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE NOVIEMBRE
DE 2016**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 21 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social número 2 de Zaragoza, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Los/as demandantes D. Fausto, con DNI: NUM000.- D. Almudena, con DNI: NUM001.- D^a Carmen, con DNI: NUM002.- D. Jerónimo, con DNI: NUM003.- D. Maximiliano, con DNI: NUM004.- Da. Flora, con DNI: NUM005.- D^a: Maite, con DNI: NUM006.- D^a. Raimunda, con DNI: NUM007.- D^a. Virginia, con DNI: NUM008.- D. Severino, con DNI: NUM009.- D. Carlos Miguel, con DNI: NUM010.- D. Pedro Enrique, con DNI: NUM011.- D. Artemio, con DNI: NUM012.- D. Cesáreo, con DNI: NUM013.- D. Eulalio, con DNI: NUM014.- D. Guillermo, con DNI: NUM015.- D. Justino, con DNI: NUM016.- Prestaban servicios para la empresa AUTOVIAN S. L, siendo autorizada la extinción de su contrato de trabajo por resolución de la Autoridad Laboral de fecha 3-1 2012, dictada en ERE con efectos de 20-1-2012.- SEGUNDO.- Los/as demandantes interpusieron demanda turnada en el Juzgado de lo Social de reclamación de cantidades correspondientes a la paga extraordinaria de junio de de 2011,de noviembre de 2011, paga extraordinaria de diciembre de 2011, mes de 2011, mes de enero de 2012, finiquito (parte proporcional de la extra 2012 y paga de navidad de 2012 y vacaciones) , así como la indemnización legalmente establecida del 60% por el ERE anteriormente reseñado, dado que la empresa demandada cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores La empresa fue condenada al abono de las cantidades reclamadas, declarándose la insolvencia de la empresa por Decreto de fecha 14-4-2013.- TERCERO.- Los/as demandantes solicitaron del FOGASA el abono del 40% de la indemnización que les fue concedido por el FOGASA, aplicando el límite del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, atendiendo a la regulación vigente del art 33.2 y 8 del ET.- CUARTO.- Los/as demandantes solicitaron del FOGASA el abono

de salarios y del 60% de la indemnización, al haber sido declarada la insolvencia de la empresa. Dictándose resolución por el FOGASA con fecha 26-9- 2013 por la que se reconocía abonar las siguientes cantidades:

NOMBRE Y APELLIDOS	SALARIOS	INDEMNIZACIÓN	SALARIO MÓDULO
--------------------	----------	---------------	----------------

Virginia	5.241,77	2.739,45	50,09
----------	----------	----------	-------

Almudena	2.138,70	10.809,79	49,59
----------	----------	-----------	-------

Eulalio	5.416,93	2.009,44	50,09
---------	----------	----------	-------

Pedro Enrique	4.932,13	3.288,35	50,09
---------------	----------	----------	-------

Cesáreo	5.666,73	8.305,21	50,09
---------	----------	----------	-------

Artemio	5.055,42	7.379,57	50,09
---------	----------	----------	-------

Guillermo	5.326,32	2.055,56	50,09
-----------	----------	----------	-------

Raimundo	5.469,14	4.678,06	50,09
----------	----------	----------	-------

Jerónimo	3.589,94	2.156,65	50,09
----------	----------	----------	-------

Severino	4.922,06	7.620,75	50,09
----------	----------	----------	-------

Maite	2.773,66	10.455,79	50,09
-------	----------	-----------	-------

Carmen	2.017,83	2.543,27	49,37
--------	----------	----------	-------

Carlos Miguel	4.464,98	2.331,93	42,66
---------------	----------	----------	-------

Justino	4.915,95	7.379,57	50,09
---------	----------	----------	-------

Flora	5.617,04	10.610,50	48,91
-------	----------	-----------	-------

Fausto	3.847,01	8.619,46	48,38
--------	----------	----------	-------

Maximiliano	3.678,80	7.312,24	50,09
-------------	----------	----------	-------

QUINTO.- El cálculo del 60% de la indemnización se ha efectuado teniendo en cuenta el límite del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, sin embargo el FOGASA ha deducido la cantidad del 40% abonada que excedía del cálculo con el límite del duplo del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.- En el supuesto de no efectuar dicha deducción la cantidad que les correspondería percibir ascendería a: Virginia 379,58 €.- Almudena 50,42€.- Eulalio 361,94 €.- Pedro Enrique 51,35€.- Cesáreo 2.664,50€.- Artemio 3.590,14€.- Guillermo 989,36€.- Raimunda 428,65€.- Jerónimo 1.010,14€.- Severino 1.563,42€.- Maite 513,92€.- Carmen 203.05€.- Carlos Miguel 35,52€.- Justino 3.590.14€.- Flora 100,79€.- Fausto 701,31€.- Maximiliano 3.543,43€".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando como estimo la demanda interpuesta por D. Fausto, D. Almudena, D^a Carmen, D. Jerónimo, D. Maximiliano, Da. Flora, D^a: Maite, D^a. Raimunda, D^a. Virginia, D. Severino, D. Carlos Miguel, D. Pedro Enrique, D. Artemio, D. Cesáreo, D. Eulalio, D. Guillermo, D. Justino, contra el FOGASA, debo de condenar y condeno al demandado a que abone a los/as demandantes las siguientes cantidades a: Virginia 379,58 €.- Almudena 50,42C.- Eulalio 361,94 €.- Pedro Enrique 51,35€.- Cesáreo 2.664,50C.- Artemio 3.590,14E.- Guillermo 989,36C.- Raimunda 428,65C.- Jerónimo 1.010,14€.- Severino 1.563,42 €.- Maite 513,92€ Carmen 203,05€ Carlos Miguel 35,52 € Justino 3.590,14C Flora 100,79C Fausto 701,31 €.- Maximiliano 3.543,43 €".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictó sentencia de fecha 7 de noviembre de 2014, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Estimamos el recurso de suplicación nº 623/2014, ya referenciado, interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia nº 272/2014, dictada en 21 de julio del corriente por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Zaragoza que revocamos y dejamos sin efecto. Desestimamos la demanda interpuesta por Fausto, Almudena, Carmen, Jerónimo, Maximiliano, Flora, Maite, Raimunda, Virginia,

Severino, Carlos Miguel, Pedro Enrique, Artemio, Cesáreo, Eulalio, Guillermo y Justino contra el Fondo de Garantía Salarial, a quien absolvemos libremente de cuantos pedimentos contra él han sido deducidos. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Fausto y otros recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos de fecha 5 de junio de 2014 (Rec. nº 341/2014).

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso y evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal consideró el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 22 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. Los trabajadores demandantes recurren en Unificación de Doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 7 de noviembre de 2014 (recurso 623/2014), que estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, frente a la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de Zaragoza, que fue revocada y dejada sin efecto, y en su lugar desestimó la demanda interpuesta por los trabajadores, absolviendo libremente al Fondo de Garantía Salarial de cuantos pedimentos contra él han sido deducidos.

2. En presente caso, según la narración fáctica descrita en los antecedentes de esta resolución, y en lo que aquí interesa, concurren las siguientes circunstancias : a) Los trabajadores demandantes prestaban servicios para la empresa "Autovian SL", que fue autorizada por la autoridad laboral para la extinción de los contratos de trabajo, lo que se produjo con efectos de 20 de enero de 2012; b) Los demandantes interpusieron demanda de cantidad frente a la empresa por diversos conceptos así como la indemnización legalmente establecida del 60% por el ERE, dado que la empresa contaba con una plantilla inferior a 25 trabajadores. La empresa fue condenada y posteriormente declarada insolvente, por decreto de 14 de abril de 2013; c) El Fondo de Garantía Salarial abonó a los trabajadores el 40 % de la indemnización, aplicando el límite del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, atendiendo a la regulación vigente del art. 33.2 y 8 del ET; d) Los demandantes solicitaron del FOGASA el abono de salarios y del 60% de la indemnización, al haber sido declarada la insolvencia de la empresa; y, e) Para el cálculo del 60% de la indemnización, FOFASA dedujo la cantidad del 40% abonada que excedía del cálculo con el límite del duplo del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

3. La Sala de Suplicación delimita el objeto del proceso en determinar la cuantía máxima de la indemnización que por todos los conceptos ha de satisfacer el FOGASA, en el caso de despido objetivo, y todo ello en relación con el cambio legislativo habido en el intervalo temporal transcurrido entre la fecha del despido y la de la declaración de insolvencia. Así, en la fecha de declaración de insolvencia de la empresa, se había reformado el art. 33.2 ET por el R.D.-Ley 20/2012 de 13 de julio, de forma que el parámetro para el cálculo de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA sólo alcanza el doble del SMI, a partir de su entrada en vigor. Los trabajadores demandaron al Fondo para que les abonara el 60% de la indemnización calculada con el límite del doble del SMI, conforme a la regulación vigente a la fecha de declaración de insolvencia de la empresa, y no con el límite del triple, que fue la cantidad abonada conforme a la regulación legal a la fecha del despido.

La sentencia revoca la sentencia de instancia que había estimado la demanda de los trabajadores, siguiendo el criterio de esta Sala, en sentencia de 18-11-2005, RCU 3472/2004, que consideró que no se trata de dos indemnizaciones separadas e independientes, una de ocho días por año de servicio con cargo al Fondo y otra de doce días por la empresa, sino de una indemnización única de 20 días por año, con el límite de doce mensualidades, de las que excepcionalmente se libra al empresario del pago de un 40% que pasa a correr a cargo de FOGASA, haciéndose efectiva una de forma directa y otra subsidiariamente, sin que en ningún caso pueda la suma de ambas superar los topes máximos previstos en el art. 33.2 ET, que representa el límite de la responsabilidad total del FONDO, es decir, directa y subsidiaria.

Por otra parte, la sentencia recuerda que esta Sala en sentencia de 31-01-2007 (RCUD 3797/2005, entre otras que cita, tiene declarado que la norma a aplicar es la vigente a la fecha del despido, para la obligación del empresario y para la directa del FOGASA y la de la declaración de insolvencia, para la subsidiaria del FOGASA , Concluyendo la Sala de Suplicación que a la fecha de pago por FOGASA del 60% de la indemnización, con carácter subsidiario por insolvencia, ha de aplicarse el art. 33.2 ET en la redacción dada por el RD-ley 20/2012 de 13 de julio, lo que determina que el límite máximo de la indemnización a satisfacer por el Fondo ha de ser calculado conforme a salario módulo no superior al doble del SMI.

SEGUNDO.-1. Disconformes los trabajadores con la solución alcanzada por la sala de suplicación, interponen recurso de casación para la unificación de doctrina, centrando el motivo de su recurso en la determinación de la cuantía máxima a abonar por el Fondo, por indemnización por despido, una vez declarada la insolvencia de la empresa, y en este supuesto de cambio legislativo producido entre la fecha del despido y la de declaración de insolvencia de la empresa. Citan de contraste los recurrentes, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Burgos), de 5 de junio de

2014, (recurso 341/2014). En esta sentencia, la trabajadora demandante fue despedida por causas objetivas el 22 de julio de 2011, despido que no fue impugnado y el FOGASA pagó el 40% de la indemnización con el límite salarial del triple del salario mínimo interprofesional. La empresa no pagó el resto de la indemnización, y fue condenada y declarada insolvente el 5 de noviembre de 2012. La sentencia de instancia estimó la demanda de la trabajadora frente al Fondo de Garantía Salarial, y la Sala de Suplicación desestimó el recurso del FOGASA, que denunciaba la infracción de lo dispuesto en el art. 33.2 y 8 ET por considerar que las obligaciones jurídicas que surgen del mismo, aún con un mismo origen, tienen consecuencias jurídicas diferentes, al ser la responsabilidad del FOGASA por la vía del 33.8 de carácter principal y directa, pudiendo realizarse desde el momento mismo del despido, (22-07-2011), con los topes vigentes en ese momento, del triple del SMI y siendo por el contrario la derivada del art. 33.2 ET de carácter subsidiario, para el caso de insolvencia del empresario, que sólo se puede reclamar a partir de la declaración de insolvencia (05-11-2012), con los topes vigentes para dicha cantidad en ese momento, es decir, el doble de SMI. Justifica la referencial su conclusión en la diferente naturaleza entre las prestaciones establecidas en los apartados 2 y 8 del art. 33 ET siendo también el diverso régimen jurídico aplicable a las mismas en materia de prescripción. Así, la deuda derivada del 40% de la indemnización por la extinción del contrato de trabajo, se establece con cargo al Fondo de Garantía Salarial en el núm. 8 del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores , mientras que la que se discute en este proceso es la que deriva del 60% de esa indemnización que corresponde a la empresa, y que siendo cierto que las dos obligaciones derivan de la misma causa -la indemnización por el cese-, este elemento común no determina que se trate de una misma deuda, pues tanto el sujeto obligado al pago como el objeto de la prestación del deudor son distintos.

2. El abogado del Estado, en representación del Fondo de Garantía Salarial, sostiene en su escrito de impugnación al recurso, que no concurre el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora. Sin embargo, a juicio de la Sala, como se deduce de lo expuesto, y como informa el Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe se da la

contradicción legalmente exigible entre las sentencias comparadas. En efecto, existe identidad en los supuestos de hecho y de la normativa aplicable a los mismos, tratándose en ambos casos de situaciones a las que ha afectado la misma reforma legislativa, con la consecuencia diversa, en función del distinto criterio que se mantenga respecto de la naturaleza, uniforme o no, de las obligaciones que derivan para el Fondo de Garantía Salarial, sus obligaciones de pago por responsabilidad directa o subsidiaria por insolvencia de la empresa.

TERCERO.- 1. La controversia aquí suscitada ya fue objeto de examen y resolución por esta Sala en nuestra sentencia -que cita la recurrida- de 18-11- 2005 (rcud 3472/2004). Los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de esta resolución razonan así:

"CUARTO.- En el recurso se denuncia infracción del artículo 33-2 del E.T .; la tesis correcta es la de la sentencia de contraste.

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 .

QUINTO.- 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 al 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".

2. La aplicación -a las circunstancias ya expuestas del presente caso- de la trascrita doctrina de esta Sala -a la que debemos estar, por compartir el criterio y por razones de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso-, conduce indefectiblemente a su desestimación, y consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

CUARTO.-1. Los razonamientos precedentes conllevan, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación unificadora interpuesto por los trabajadores demandantes, sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO:

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

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a Elena Pascual Peña, en nombre y representación de los trabajadores D. Fausto, D^a Almudena, D^a Carmen, D. Jerónimo, D. Maximiliano, D^a Flora, D^a Maite, D^a Raimunda, D^a Virginia, D. Severino, D. Carlos Miguel, D. Pedro Enrique, D. Artemio, D. Cesáreo, D. Eulalio, D. Guillermo y D. Justino, contra la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2014, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el recurso de suplicación núm. 623/2014, interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) contra la sentencia de fecha 21 de julio de 2014 del Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Zaragoza, resolución recaída en autos núm. 985/2012, seguidos a instancia de los trabajadores recurrentes contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), en reclamación por cantidad. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 10 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social número 3 de Oviedo, dictó sentencia , en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "1º) D. Gaspar y D. Ildefonso prestaron servicios para la empresa Caminza Construcciones y Servicios S.L. con antigüedades respectivas de 18.07.07 y 27.10.08, categorías recíprocas de oficial de 2ª y oficial de 1ª, ambos con contrato por obra a tiempo completo, cesando por fin de obra el 12.02.11 y 05.03.11, reconociéndoles la empresa al cese una "indemnización especial", de convenio, recíproca de 4.377,42 € y de 2.953,01 € (7% de los conceptos salariales devengados durante la relación laboral

según el convenio colectivo de aplicación, de la construcción y obras públicas de Asturias).- 2º) Por sentencia de 14.11.2011 se condenó a la empresa citada a abonarles entre otros conceptos la citada indemnización (autos 330- 331/2011) del juzgado de lo social nº 5 de Oviedo), despachándose ejecución por auto de 18.04.2012 y declarándose después la insolvencia empresarial, total y provisional, por decreto de 23.05.2012.- 3º) Solicitadas prestaciones el 01.06.2012 al Fogasa, por resolución del organismo de 14.09.12 se reconoció por indemnización a los trabajadores el tope de 8 días año, en concreto a D. Gaspar 1.012,06 € y a y D. Ildefonso 971,53 €.- 4º) El 29.10.13 se interpuso demanda solicitando del Fogasa las diferencias de indemnización: abonándose 3.365,36 € a D. Gaspar y 1.981,48 € a y D. Ildefonso ".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D. Gaspar y D. Ildefonso, debo absolver y ABSUELVO de sus pedimentos al organismo demandado Fondo de Garantía Salarial".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia de fecha 16 de enero de 2015 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Gaspar y D. Ildefonso contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo, en los autos sobre indemnización por fin de contrato de obra seguidos a instancia de los recurrentes contra el Fondo de Garantía Salarial, revocamos la resolución impugnada y condenamos al organismo demandado a abonar, en concepto de diferencia de indemnización, las siguientes cantidades: - a D. Gaspar 3.365,36€.- a y D. Ildefonso 1.981,48€".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando

la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de junio de 2008 (Rec. nº 1551/08).

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso y evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal consideró el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 4 de octubre de 2016, 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 el Organismo demandado ha de hacer frente a la indemnización por fin de contrato de obra a la que, en aplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de la Construcción, fue condenada la empleadora de los dos trabajadores demandantes.

2. En el supuesto enjuiciado en la sentencia recurrida (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 16 de enero de 2015 (recurso 2419/2014), revocando la sentencia dictada en instancia por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Oviedo en fecha 10 de julio 2014 (autos 1041/2013, se desestima la demanda interpuesta por 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 prestaron servicios para la empresa Caminza Construcciones y Servicios S.L. con contrato por

obra a tiempo completo, cesando por fin de obra el 12.02.11 y 05.03.11, reconociéndoles la empresa al cese una "indemnización especial", de convenio, recíproca de 4.377,42 € y de 2.953,01 € (7% de los conceptos salariales devengados durante la relación laboral según el convenio colectivo de aplicación, de la construcción y obras públicas de Asturias); b) Por sentencia de 14.11.2011 se condenó a la empresa citada a abonarles entre otros conceptos la citada indemnización, despachándose ejecución por auto de 18.04.2012 y declarándose después la insolvencia empresarial, total y provisional, por decreto de 23.05.2012; c) Solicitadas prestaciones el 01.06.2012 al Fogasa, por resolución del organismo de 14.09.12 se reconoció por indemnización a los trabajadores el tope de 8 días año, en concreto a D. Gaspar 1.012,06 € y a Ildefonso 971,53 €; y d) El 29.10.13 se interpuso demanda solicitando del Fogasa las diferencias de indemnización: 3.365,36 € para Gaspar y 1.981,48 € para Ildefonso .

3. La sentencia de instancia desestima las diferencias por indemnización reclamadas por los trabajadores, en aplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de la Construcción del Principado de Asturias, apoyando su decisión en lo resuelto por esta Sala IV en sentencia de 16-10-2013 (rcud. 203/2013). Interpuesto recurso de suplicación, la sala de suplicación lo estima, pues entiende que la decisión del TS no contempla la cuestión a la luz del vigente art. 33.2 ET , versión legal con arreglo a la cual ya no opera la limitación de los 8 días de salario por año de servicios, sino que impone al Fondo la obligación de su abono "en los casos que legalmente procedan" con los límites que establece. Por otro lado, el art. 49.1 c) del ET contempla dos módulos legales para el cálculo de la indemnización por finalización de contrato: el de 8 días de salario por año de servicio, o el establecido en su caso, en la normativa de aplicación, que, en el presente supuesto, es el Convenio de la Construcción, por lo que, salvo que la indemnización resultante supere los límites fijados en el art. 33.2 del ET, el FOGASA está obligado a abonarla.

SEGUNDO.-1. Disconforme el FOGASA con la solución alcanzada por la sala de suplicación, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, señalando

que la cuestión casacional que se plantea queda ceñida a determinar si el Fondo puede ser declarado responsable de abonar una cantidad por encima del límite legalmente establecido, en concreto el límite máximo de 8 días de salario por año de servicio conforme el art. 33.2 en relación con el art. 49.1.c9 ET , o si, por el contrario, debe abonar la indemnización que reconozca un Convenio Colectivo, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala homónima de Madrid de 30 de junio de 2008 (recurso 1551/08). Dicha resolución estima el recurso formulado por el FOGASA y reduce las cantidades que el Organismo ha de abonar a los trabajadores. Se trata de un supuesto en el que los demandantes obtuvieron sentencia que condenaba a la empresa a determinados importes, y al no ser satisfechos por su situación de insolvencia legal, solicitaron al FOGASA la prestación correspondiente por indemnización y salarios pendientes. El Organismo denegó el pago de las cantidades relativas a indemnización del 7% del Convenio de la Construcción por fin de contrato, al considerar que no tenían naturaleza salarial de acuerdo con los artículos 33.1 y 26.2 del ET. La Sala, remitiéndose a las SSTS de 26/12/01 (rcud 4042/00) y de 11/03/02 (rcud 2492/01), acoge la tesis del FOGASA de que el límite de la indemnización sería de 8 días por año, que es el legalmente establecido por terminación de los contratos temporales de los actores.

2. Como se deduce de lo expuesto, y como informa el Ministerio Fiscal, concurre el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora. En efecto, en ambos casos se trata de trabajadores que prestaron servicios en el sector de la construcción, reclamaron contra la empresa y obtuvieron sentencia condenatoria; en uno y otro supuesto, declarada la insolvencia de la empleadora, interpusieron demanda contra el FOGASA solicitando prestaciones correspondientes a la indemnización del 7% del Convenio de la Construcción por fin de contrato, que habían sido denegadas por superar el límite legal de 8 días de salario por año de servicio, y pese a la similitud de supuestos fácticos y de pretensiones, las sentencias comparadas llegan a fallos distintos, pues en tanto la recurrida considera que el FOGASA está obligado al abono salvo que supere los límites del art. 33.2 del ET, la decisión de contraste afirma que el límite de la

indemnización sería de 8 días por año, que es el legalmente establecido por terminación de los contratos temporales.

TERCERO.- 1. La controversia aquí suscitada ha sido objeto de examen y resolución por el Pleno de esta Sala en su sentencia de 16 de junio de 2015 (rcud 1519/2013). Los fundamentos jurídicos segundo y tercero de esta resolución razonan así:

"SEGUNDO: "La cuestión debatida había sido ya resuelta en casación unificadora por esta Sala, entre otras, en sentencia de 16 de octubre de 2013 (rcud. 102/01 y 4042/00) y de 11 de marzo de 2002 (rcud. 2492/01), ambas dictadas en el marco normativo anterior a la nueva redacción del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) -redacción dada por la Ley 5/2006, luego Ley 43/2006-. La más reciente (de 16 de octubre de 2013, recurso 203/13) -dictada ya en el nuevo marco normativo del art. 33.2 ET - se remite a la misma doctrina, citando la de 31 de octubre de 2001, y transcribe literalmente:

"... de la parte II del Convenio, [173 de la OIT] dedicada a determinar los créditos laborales que deben quedar protegidos por un privilegio, el art. 6. d) incluye, "las indemnizaciones por fin de servicio adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo". Y en la III -- que es la que aquí interesa -- al enumerar las obligaciones de la institución de garantía, se vuelve a reiterar, art. 12. d), que la institución deberá cubrir, "al menos , las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo".

Por su parte, el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores que determina las obligaciones que asume la institución de garantía española, dispone que "el Fondo de Garantía Salarial (...) abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de

sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50 , 51 y 52 c) de esta ley ". Solo garantiza pues, el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a decisiones unilaterales del empresario. Y es obvio que la conclusión de la obra objeto del contrato, no puede calificarse de decisión unilateral del empresario, pues constituye, ex. Art. 49.c) ET , una causa de extinción inherente a la propia naturaleza del contrato.

(...) Una primera lectura comparada de ambos preceptos, podría inducir a pensar que no se trata de regulaciones homogéneas, que el art. 33. ET es más restrictivo que el Convenio 173 de la OIT y, por consiguiente, que deben prevalecer las prescripciones de este último. Sin embargo, esta Sala llega a la conclusión de que no es así, porque los términos utilizados por ambas normas, siendo literalmente distintos, se refieren a los mismos créditos, de modo que el actual art. 33 ET se ajusta plenamente a las prevenciones del Convenio 173 y no precisa de más acomodación a la norma internacional. Claro indicio de que el legislador español también lo entiende así es que Ley 60/1997 de 19 de diciembre, pese a ser posterior a la fecha de ratificación del Convenio por España, no ha introducido más garantía, al reformar el art. 33 ET, que la referida a los despidos -- el Estatuto los denomina "extinciones por causas objetivas" -- objetivos del art. 52.c). Son precisamente dos instrumentos emanados de la propia OIT los que nos permiten afirmar la correcta adecuación de la norma española a las exigencias del Convenio.

I. El primero es el Convenio 158, de 2 de junio de 1.982 "sobre la terminación de la relación del trabajo por iniciativa del empleador", ratificado también por España el 16 de febrero de 1.985 (B.O.E. de 29 de junio). Aclara en su art. 3 que "a los efectos del presente Convenio, las expresiones [terminación] y [terminación de la relación de trabajo] -- que es literalmente la misma expresión que utiliza el Convenio 173 -- significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador". Ciertamente se trata de una norma válida, como tal, solo en el seno del propio Convenio. Pero

también constituye un elemento interpretativo de primer orden para el Convenio 173. En términos generales, por emanar ambos de la misma OIT de la que cabe presumir que, para evitar riesgos interpretativos -- así lo aconseja el amplio abanico de miembros, idiomas y culturas que acoge --, atribuye siempre, en la medida de lo posible, el mismo alcance y significado a los términos y conceptos que utiliza. Y más específicamente en este caso, por la íntima conexión que existe entre ambos Convenios, dado que el 158 regula los despidos y extinciones contractuales producidas a iniciativa del empleador, y el 173, en la parte que ahora interesa, determina las garantías que deben acompañar a las indemnizaciones legales que se derivan de "la terminación de la relación de trabajo".

No es pues aventurado afirmar, vista la identidad de los términos utilizados en ambos Convenios, que cuando el 173 habla de las indemnizaciones por fin de servicio adeudadas al trabajador con motivo de la "terminación de la relación de trabajo" se está refiriendo exclusivamente, y en concordancia con el Convenio 158, a las debidas cuando la terminación se produce "a iniciativa del empleador". Es decir, a los mismos supuestos, despidos, considerados estos con la amplitud que entiende la jurisprudencia, y extinciones previstas en los artículos 50 , 51 y 52.c) ET., que garantiza del art. 33 ET . Supuestos que comprenden todas las decisiones extintivas de las relaciones de trabajo a iniciativa del empresario que en nuestro ordenamiento pueden generar derecho a una indemnización a su cargo, pues también las acordadas a instancia del trabajador vía art. 50 obedecen a causas que tienen origen en una decisión del empresario, y de ahí que el número 2 de dicho precepto las equipare a efectos indemnizatorios al despido improcedente.

II. El segundo instrumento lo constituye la Recomendación de la O.I.T. nº 180, de igual título que el Convenio 173, suscrita el 23 de junio de 1.992, y adoptada con la finalidad expresa de "complementar" dicho Convenio. No se trata, al contrario de lo que ocurre con este, de una norma de carácter vinculante para los Estados que lo ratifican, sino de una simple propuesta sin fuerza de obligar, a tenor de lo dispuesto en el art.19.6 d) de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 28 de junio de

1.919 (BOE 21-9-1982). No obstante, dada su complementariedad con el Convenio 173. La Recomendación opera a modo de una interpretación auténtica de aquél e ilustra plenamente sobre su contenido real.

La Recomendación enumera, en sus arts. 3.1.e), inserto en la parte II que examina la protección privilegiada de los créditos, y 9.1.f), sito ya en la parte III dedicada a su cobertura por la institución de garantía, todos créditos que la protección privilegiada "debería cubrir" y la institución de garantía "debería proteger". La diferencia de redacción respecto del Convenio es pues ostensible. Este, como corresponde a su carácter de regulación vinculante -- de mínimos, dada su vocación multiestatal -- enumera los créditos laborales que está obligada a asegurar la institución de garantía, únicos que debe salvaguardar todo Estado miembro que lo ratifica. La Recomendación, como un "desideratum" que es y no compromete a los Estados que suscriben el Convenio, invita a ir más allá de lo que este obliga, y a tal fin ofrece un listado mucho más amplio que comprende todos los créditos que la Conferencia General de la OIT considera que "debería cubrir" la institución de garantía. Así, además de reiterar los créditos que ya enumera el Convenio, añade todos aquellos otros que también podrían ser objeto de garantía.

En concreto, el apartado f) del art. 9.1 alude, como es lógico, a las "indemnizaciones por despido injustificado" y "otras sumas adeudadas al trabajador con motivo la terminación de la relación de trabajo". Se refiere con ello la Recomendación, utilizando conceptos algo mas afines a los nuestros, a la cobertura que ya dispensa el Convenio a la "terminación de la relación de trabajo", si bien distinguiendo, lo que no hacía el Convenio, entre las indemnizaciones que derivan de los despidos injustificados, o improcedentes en nuestro derecho, y otras sumas adeudadas -- aquí introduce además una evidente ampliación porque el concepto de indemnización es mas restrictivo que el de deuda -- por la terminación del trabajo. Pero en todo caso, por lo ya dicho al comentar el Convenio 158, hay que seguir entendiendo que se refiere exclusivamente a las terminaciones o extinciones contractuales debidas a la iniciativa del empleador. A

las anteriores añade las "indemnizaciones por fin de servicio", que menciona por primera vez, sin duda por tratarse de créditos sobre los que no se alcanzó el consenso suficiente para que quedaran incorporados al Convenio. Lo que permite concluir que si la Recomendación aconseja ampliar la garantía a las indemnizaciones "por fin de servicio" -- entre las que ha de incardinarse, como ya hemos dicho, la aquí discutida de fin de obra --, se debe a que el Convenio la limita solo a las derivadas de su terminación por iniciativa del empleador; justamente las que, en nuestro ordenamiento, cubre el Fogasa según lo dispuesto en el art. 33.2 ET.

(...) Un argumento más cabría añadir si, por hipótesis, atribuyéramos carácter vinculante a una Recomendación que no lo tiene o interpretáramos que el Convenio 173 engloba la indemnización de fin de obra, cuando no es así. Ni aun en tal caso, vendría obligado el Fogasa a abonar la que se reclama, dada la fecha en que surgió el derecho a la misma.

Cuando el Convenio de la OIT enumera las indemnización garantizar, se está refiriendo exclusivamente, como es lógico, a aquellas establecidas o determinadas por la legislación del Estado que lo ratifica, no a las que tienen un origen puramente convencional. Entender lo contrario y suponer que la obligación del Fogasa alcanza también a las indemnizaciones que, sin respaldo legal, tengan a bien pactar voluntariamente los negociadores en el convenio colectivo, equivaldría a dejar la institución de garantía, su patrimonio, su financiación y, por reflejo, el porcentaje de cotización que corresponde a los empresarios, a disposición de la autonomía colectiva. Y se estaría desconociendo su naturaleza de Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, sometido a los mandatos y límites fijados por el legislador en los artículos 33 ET y 1.1 y 2 del Real Decreto 505/1985 que regula su organización y funcionamiento”.

TERCERO.- El cambio normativo operado en el art. 33.2 ET no permite ya sostener la afirmación de que el FOGASA solo garantiza el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a decisiones unilaterales del empresario, puesto que ahora el art. 33.2 se refiere ya, como objeto de su garantía, a "las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada..."; pero permite suscitar dudas -y esa es la cuestión que se plantea en este pleito- sobre si la cuantía de la indemnización garantizada por el FOGASA debe limitarse al máximo de doce días de salario por cada año de servicio, que se fija legalmente en el art. 49.1 c) ET en caso de extinción "por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato" -supuesto de contrato temporal al que se remite el repetido art. 33.2 ET -, o también debe comprender las indemnizaciones eventualmente superiores que se fijen en un convenio colectivo.

La Sala entiende que en la referida garantía debe limitarse al importe máximo previsto legalmente en el art. 49.1 c), y ello por las siguientes razones:

1.- La regulación del art. 49.1 c) establece el supuesto de contrato temporal en el que el trabajador debe ser también indemnizado a su extinción: cuando ésta obedece a la "expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato", y a tal supuesto anuda "una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio", añadiendo "o la establecida en su caso en la normativa específica que sea de aplicación. Es evidente que este mandato del legislador obliga al empresario, que será el deudor de la indemnización legal establecida, o en su caso -y esto aunque el precepto no lo mencionase -también la establecida en la normativa específica que sea de aplicación, fundamentalmente el convenio colectivo- sin que en este precepto se haga referencia alguna, como es lógico, a una eventual responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

2.- La garantía de pago subsidiario -por insolvencia del empresario- de la indemnización a que nos referimos viene establecida en el art. 33.2 ET, al comprender ahora las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada "en los casos que legalmente procedan". Ahora bien, esta remisión se refiere a "los casos", lo cual, en nuestro ordenamiento se concreta en el supuesto previsto en el art. 49.1 c), a cuyo supuesto se anuda, también legalmente, una determinada indemnización.

3.- Que el empresario pueda pactar y responsabilizarse de cualquier "supuesto" e "importe indemnizatorio" es evidente, aunque el referido artículo no tuviera referencia concreta a "la normativa específica que sea de aplicación"; pero ello no quiere decir que el FOGASA haya de garantizar cualquier indemnización voluntariamente pactada por el empresario, si así no se establece claramente en la norma de garantía, y la redacción de ésta "en los casos que legalmente procedan" -cuando pudo perfectamente fijar la obligación de garantía hablando de los casos en que procediera legal o convencionalmente- no permite la ampliación a otros supuestos y cuantías pactadas al margen de la ley, pues la obligación garantizadora a cargo de un fondo público obliga a una interpretación estricta de las normas que la regulan.

4.- Esta interpretación se refuerza si tenemos en cuenta que fuera del límite máximo del importe de una anualidad, y de no exceder del doble del salario mínimo interprofesional como base de cálculo del salario diario, el art. 33.2 no señala para estos casos ningún tope de número de días por año de servicio para calcular el importe de la indemnización a los solos efectos de su abono por el FOGASA, como así lo establece expresamente -30 días por año de servicio- "para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al art. 50 de esta Ley". No siendo admisible, bajo cualquier criterio pausable de interpretación, que el legislador haya omitido la fijación de este tope precisamente en estos supuestos del art. 49.1 c), al que, como hemos visto, se remite en el mismo número 2 del art. 33, hemos de colegir que no lo hizo porque dicho tope ya

venía legalmente fijado de forma específica en el repetido art. 49.1 c) con la referencia a un máximo de 12 días por año de servicio".

CUARTO.-1. La doctrina expuesta es coincidente con la que se contiene en la sentencia de contraste, en el sentido de que la responsabilidad subsidiaria del FOGASA no comprende el importe indemnizatorio por fin de obra que haya podido pactarse en convenio colectivo, viniendo tal responsabilidad limitada al máximo legalmente establecido -en este caso, y dada la fecha de extinción, de 8 días por año de servicio- y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida procede, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida, y resolviendo el debate de suplicación desestimar el recurso esta clase interpuesto por los demandantes, confirmando la sentencia de instancia, sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO:

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 16 de enero de 2015, en recurso de suplicación nº 2419/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Oviedo , en autos núm. 1041/2013, seguidos a instancias de D. Gaspar y D. Ildefonso , en reclamación por cantidad, contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL . Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso esta clase interpuesto por los demandantes, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

Así se acuerda y firma.

**11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE OCTUBRE DE
2016**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 22 de abril de 2013, el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la demanda planteada por D. Iván junto al FOGASA, debo absolver al organismo demandado de los pedimentos deducidos en su contra en el escrito de demanda.»

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

«1º.- El demandante prestó servicios para la empresa COVEX SA desde el 22 de mayo de 2000 con la categoría de operario de mantenimiento, con una remuneración mensual neta de 1.913,89 euros. 2º.- Con fecha 23 de enero de 2009, el demandante fue despedido por causas disciplinarias. EL demandante presento papeleta ante el SMAC el día 30 de enero de 2009, papeleta que obra en autos y que se da por reproducida, llegando a una avenencia con la empresa ante el citado organismo el 16 de febrero de 2009, en el sentido de reconocer la empresa, la improcedencia del despido y ofreciendo indemnización por despido, saldo de cuentas, finiquito mutuo y recíproco de la relación

laboral y salarios de tramitación hasta el citado día, siendo la cantidad por la que se concilio de 36.000 euros netos, que se harían efectivos, según consta en la citada acta, 4.500 euros netos en el plazo de 48 horas y resto, por importe de 31.500 euros netos en 18 plazos, con vencimientos los 5 primeros días de cada mes, desde marzo de 2009 hasta agosto de 2010 ambos inclusive. Con el percibo de la citada cantidad quedara saldada y finiquitada la relación laboral, no teniendo las partes nada más que reclamarse. El acta de conciliación obra en autos y se da por reproducida, dándose el acto por celebrado con avenencia. 3º.- La empresa COVEX SL, abono al demandante la cantidad pactada de 4.500 euros y dos pagos por importe de 1.750 euros cada uno. 4º.- La empresa COVEX SL, está en situación de concurso voluntario en el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, autos 50/2009. En la actualidad el concurso de la citada mercantil está en el Juzgado de lo Mercantil nº 7 (concurso voluntario 119/2009). 5º.- Los administradores concursales de COVEX SL, emitieron un certificado el 25 de enero de 2011, en el cual reconocían un crédito a favor del demandante de 28.000 euros con la clasificación de crédito con Privilegio General, en concepto de indemnización por despido improcedente, en virtud del acta de conciliación celebrada. 6º.- El demandante solicitó prestaciones al FOGASA el 28 de enero de 2011. 7º.- El FOGASA denegó al demandante la cantidad solicitada, por resolución de fecha 1 de julio de 2011. 8º.- Por auto del Juzgado de lo social nº 32 de Madrid, autos 992/2012, de fecha 15 de febrero de 2013, en un procedimiento, en el que es parte demandante el actor y demandada la mercantil COVEX SL y el FOGASA, siendo la materia "reclamación de cantidad", se ha establecido en su parte dispositiva "archivar la demanda presentada por D. Iván contra COVEX SL Y FOGASA", estableciéndose en el fundamento segundo del citado auto que "Habida cuenta que la parte está ejercitando una acción ya resuelta por un título ejecutivo, el acta de conciliación respecto del cual, si convienen al derecho de la parte puede solicitar su ejecución, mediante demanda ejecutiva". Dicho auto obra en autos y se da por reproducida.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Iván formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2014, en la que consta el siguiente

fallo: «Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el/la Letrado D./Dña. HERMINIA LOPEZ COLMENAREJO, en nombre y representación de D./Dña. Iván , revocamos la sentencia de fecha 22/04/2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 750/2012, y estimando en lo sustancial la demanda revocamos la resolución impugnada, condenando al FOGASA al pago de la cantidad reclamada, sin perjuicio de las limitaciones que procedan como consecuencia de la aplicación de los topes legales de su responsabilidad.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Sr. Abogado del Estado en representación 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 Madrid, de fecha 20 de diciembre de 2005 (rec. suplicación 4196/2005).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, no presentando escrito de impugnación la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 20 de septiembre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- El trabajador demandante fue despedido el 23/01/2009, llegando con la empresa a un acuerdo en el citado organismo el 16/02/2009 por el cual la empresa reconocía la improcedencia de dicho acto extintivo y ofrecía al trabajador la cantidad de 36.000 euros en concepto de indemnización y finiquito, que haría efectiva

4.500 € en las 48 horas siguientes y el resto por importe de 31.500 € netos en 18 plazos mensuales desde marzo de 2009 hasta agosto de 2010.

La empresa demandada Covex SL abonó al trabajador los 4.500 € y dos pagos por importe de 1.700 € cada uno, habiendo sido declarado en situación de concurso voluntario. Los administradores concursales emitieron un certificado el 25/01/2011 en el que reconocían a favor del trabajador un crédito con privilegio general de 28.000 €, en concepto de indemnización por despido improcedente en virtud del acta de conciliación celebrada, con lo que el 28/01/2011 el trabajador solicitó prestaciones al FOGASA, que le fueron denegadas por resolución de 01/07/2011.

2.- La sentencia de instancia desestimó la demanda del actor en reclamación al FOGASA de 28.000 € por entender justificada la posición del ente gestor al tratarse de una deuda reconocida en conciliación extrajudicial y no desglosarse ninguno de los conceptos que integran dicha cantidad.

3.- Pero la sentencia dictada por la Sala de suplicación (TSJ Madrid de 30/06/2014 -rec. 2022/2013 -) ahora recurrida, estima el recurso del trabajador y revoca dicha resolución partiendo de la doctrina sentada por la STS 09/07/2009 que haciéndose eco de la reforma operada por el RD-L 5/2006 y la Ley 43/2006 del art. 33 ET en el sentido de que en los casos de insolvencia o concurso del empresario el FOGASA "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...", llega a la conclusión de que la doctrina anterior debe ser modificada para concluir que las retribuciones pactadas en conciliación a presencia judicial deben también cubrirse por el FOGASA, sin que sea requisito imprescindible la concreción de los conceptos e forma separada para generar la prestación solicitada. Y en aplicación de dicha doctrina, sin mayor argumentación, la

sentencia recurrida considera que debe declararse en el caso que se enjuicia la responsabilidad del FOGASA, con los límites legales de su responsabilidad.

SEGUNDO.- 1.- Frente a la referida resolución, recurre el FOGASA en casación para la unificación de doctrina insistiendo en su pretensión, y aportando como sentencia de contraste la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de diciembre de 2005 (rec. 4916/2005), donde se plantea la misma cuestión ante supuestos sustancialmente iguales porque en este caso también el trabajador había alcanzado un acuerdo con el empresario en conciliación ante el SMAC el 09/01/2002, por la extinción del contrato de trabajo comprometiéndose la empresa a abonarle 10.767 € en concepto de indemnización, saldo y finiquito, en las concretas condiciones acordadas. La empresa fue declarada en insolvencia total por auto de 02/04/2003, y el 07/06/2003 el actor solicitó al FOGASA las prestaciones por salarios e indemnización, que fueron denegadas al no considerar que el acta de conciliación fuera título suficiente.

La sentencia referencial estima el recurso de suplicación del FOGASA y revoca la resolución de instancia que había estimado la demanda, partiendo de que los razonamientos de las SSTJUE de 12/01/2002 (Rodríguez Caballero) y de 16/12/2004 (asunto nº C-520/2003) tienen como premisa fáctica la conciliación judicial, que no es el supuesto de autos, considerando por ello que debía mantenerse la doctrina unificada que excluye la conciliación extrajudicial como título habilitante para poder exigir la responsabilidad subsidiaria del FOGASA prevista en el art. 33.2 ET .

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (RCUD) exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo, o alguna de las resoluciones previstas en el apartado 2

de dicho precepto. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones substancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos substancialmente iguales (Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992 (R. 824/1991 y 1053/1991), 18 de julio, 14 de octubre, y 17 de diciembre de 1997 (R. 4035/4996, 94/1997, y 4203/1996), 23 de septiembre de 1998 (R. 4478/1997), 7 de abril de 2005 (R. 430/2004), 25 de abril de 2005 (R. 3132/2004) y 4 de mayo de 2005 (R. 2082/2004).

3.- En el presente caso, la contradicción es evidente porque ante supuestos iguales de acuerdos alcanzados ante el SMAC, las sentencias alcanzan fallos distintos, sin que a ello obste que la regulación legal sea distinta -anterior a la Reforma del año 2006 en la de contraste y posterior a la misma en la recurrida-, por cuanto dicha reforma no afecta a la conciliación administrativa que nunca ha estado prevista como supuesto protegido en el art. 33.2 ET. Y superado el requisito de la contradicción, procede entrar en el examen de los motivos de fondo.

TERCERO.- 1.- Entrando en el examen de la cuestión de fondo que el recurso plantea ha de señalarse que por el Abogado del Estado en la representación que ostenta del FOGASA recurrente se denuncia infracción de los artículos 33.2 del ET y 14.2 del Real Decreto 505/1085 de 6 de marzo y jurisprudencia que los interpreta.

2.- En concreto, y en lo que aquí ahora interesa, el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por dicha Ley de aplicación al caso, establece que El Fondo de Garantía Salarial, en los casos de insolvencia o concurso del empresario, "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...".

La cuestión de la interpretación que ha de hacerse del citado art. 33.2 en relación a las indemnizaciones por despido improcedente ha sido analizada de forma ya reiterada por esta Sala IV.

Ya en la STS/IV de 22 de enero de 2007 (rcud. 3011/2005) se razonaba que " el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos".

Por ello, se ha afirmado que "en casos como el presente, en que no hay controversia alguna sobre la improcedencia de despido, si el trabajador acepta la decisión adoptada por el empresario y comunicada por escrito con determinación y oferta de pago de la indemnización correspondiente, es claro que no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar una acción de tal clase con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la parte

demandada; y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda la indemnización establecida por ley" (STS de 2 de julio de 2009, rcud. 1952/2008).

Es cierto que dicha doctrina se matiza para decir que " no basta, por tanto, a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria del FOGASA con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que esa indemnización esté reconocida por alguno de los títulos habilitantes que puntualiza el citado art. 33-2 ", sino que " es preciso disponer de un título habilitante que la norma exige. Para los salarios es suficiente con una conciliación, previa o judicial. Para las indemnizaciones por despido u otras modalidades extintivas, se precisa una sentencia o una resolución administrativa"; debiéndose de añadir a estos "títulos habilitantes", como se ha precisado, los autos y conciliaciones judiciales, en base a las reformas de este precepto llevadas a cabo en los últimos años " (STS de 31 de enero de 2008, rcud. 3863/2006).

Esta Sala en STS/IV de 09/07/2009 (rcud. 3286/2008) señala a modo de antecedente que, "conviene precisar, que la doctrina de esta Sala iniciada en la sentencia de fecha 4 de julio de 1990, dictada en recurso en interés de Ley, y seguida por las sentencias -dictadas ya en unificación de doctrina- entre otras las de 18 de diciembre de 1991 (rec. 681/1991), 17 de enero de 2000 (rec. 574/1999), 17 de marzo de 2003 (rec. 907/2002), 23 de abril de 2004 (rec. 1216/2003), 23 de noviembre de 2005 (rec. 3429/2004), y 22 de enero de 2008 (rec. 490/2007), venía señalando, en interpretación del artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores , que para que el Fondo de Garantía Salarial abonase, en sustitución de obligaciones incumplidas por un empresario insolvente, salarios e indemnizaciones por cese, era necesario disponer un título habilitante que la norma exige, y que si bien para los salarios era suficiente con una conciliación, previa o judicial, para las indemnizaciones por despido u otras modalidades extintivas, era precisa una sentencia o resolución administrativa. Y esta doctrina, traía como consecuencia, que el Fondo de Garantía Salarial no se hiciese cargo

de las cantidades por indemnización por despido y liquidación de partes proporcionales, reconocidas en concepto de saldo y finiquito en acto de conciliación judicial; y así se dijo expresamente en las sentencias ya citadas de 17 de enero de 2000, 17 de marzo de 2003 y 22 de enero de 2008.

(...) Ahora bien, estima la Sala que esta doctrina debe ser modificada en razón a la reforma legal operada por el Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre de Mejora del crecimiento y del empleo, uno de cuyos objetivos lo constituía la mejora de la protección de los trabajadores dispensada por el Fondo de Garantía Salarial en caso de insolvencia empresarial. Para ello, se modificaron los límites y topes de cálculo que se venían aplicando (cuantía del salario mínimo, consideración de las pagas extraordinarias, número de días de salario e indemnización adeudados), y se incluyeron entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA algunas que no figuraban en la redacción del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (indemnizaciones por determinadas extinciones de contratos por causas objetivas o en el marco de un procedimiento concursal, así como las debidas por finalización de contratos temporales)".

De ahí que se haya admitido como título habilitante para poner en marcha el mecanismo de garantía y la responsabilidad del FOGASA tanto la propia sentencia de despido, como la dictada en el procedimiento ordinario posterior incluyendo la condena al pago de la indemnización por despido improcedente, como los acuerdos alcanzados en conciliación judicial. Respecto de éstos la Sala había venido sosteniendo que, si bien para los salarios era suficiente con una conciliación, previa o judicial, para las indemnizaciones por despido u otras modalidades extintivas, era precisa una sentencia o resolución administrativa. Y esta doctrina, traía como consecuencia, que el Fondo de Garantía Salarial no se hiciese cargo de las cantidades por indemnización por despido y liquidación de partes proporcionales, reconocidas en concepto de saldo y finiquito en acto de conciliación judicial; y así se dijo expresamente en las sentencias ya citadas de 17 de enero de 2000, 17 de marzo de 2003 y 22 de enero de 2008. Ahora bien, tras la

reforma operada en el art. 33.2 del Estatuto de los trabajadores por el Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre de Mejora del crecimiento y del empleo, se incluye expresamente la conciliación judicial (STS de 9 de julio de 2009, rcud. 3286/2008). Por tanto puede decirse que la doctrina jurisprudencial excluye sólo la conciliación administrativa y el reconocimiento extrajudicial de la improcedencia del despido efectuado por la empresa, cuando no va seguido de conciliación judicial o sentencia posterior (STS de 13 de octubre de 2008 - rcud. 3465/2007 - y 2 de julio de 2009 -rcud. 1952/2008).

CUARTO.- Aplicando la doctrina expuesta, ha de concluirse que la buena doctrina se contiene en la sentencia de contraste, por lo que ha de estimarse el recurso formulado por FOGASA. La sentencia recurrida aplica incorrectamente la doctrina expuesta en la sentencia que cita, STS/IV de 9 de julio de 2009, pues en ésta se estima la pretensión actora, partiendo de la existencia de una conciliación judicial, y en el supuesto enjuiciado se trata de una conciliación administrativa previa a la que no le alcanza la garantía, supuesto distinto al resuelto por el Tribunal Supremo en aquella sentencia.

QUINTO.- En su consecuencia, por las razones expuestas y visto el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso formulado por el FOGASA, a la casación y anulación de la sentencia recurrida y a que, resolviendo el debate en suplicación, se desestime el recurso de tal clase interpuesto en su día por el demandante, confirmando la sentencia de instancia y absolviendo al Organismo demandado. Sin costas.

FALLO:

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, contra la sentencia dictada en fecha 30 de junio de 2014 por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ; la casamos y anulamos y resolviendo el debate en suplicación, desestimamos el recurso de igual clase interpuesto por el demandante, confirmando así la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 19 de los de Madrid el 22 de abril de 2013 , que desestima la demanda formulada por D. Iván frente al FOGASA en reclamación de cantidad. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 25 de noviembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 15 de Valencia dictó Auto, en el que consta la siguiente parte dispositiva: «Declarar la incompetencia de este órgano de la jurisdicción social para conocer de la demanda interpuesta por Constanza, contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, a los que remito a la contencioso administrativa, ante la que deberán comparecer en el plazo de los dos meses siguientes a ser notificados de esta resolución.».

SEGUNDO.- Contra dicho Auto se interpuso recurso de reposición por la parte actora que fue desestimado por Auto de 8 de enero de 2015, cuya parte dispositiva

establece: «Desestimar el recurso de reposición interpuesto frente al auto de 25 de noviembre de 2014 que confirmo en su integridad.».

TERCERO.- Frente al referido Auto se interpuso recurso de suplicación por la parte actora y por el Ministerio Fiscal, que no fue impugnado por el Fondo de Garantía Salarial.

CUARTO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Ministerio Fiscal y por D^a Constanza, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 19 de mayo de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos en nombre del Ministerio Fiscal y de Doña Constanza, contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Social n^o 15 de los de Valencia y su provincia, de fecha 8 de enero de 2015, en virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente contra el Fondo de Garantía Salarial; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.».

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, al que se adhiere la Letrada D^a Teresa Feliú Frau, actuando en nombre y representación de D^a Constanza, en el que se alega la infracción por interpretación errónea de los artículos 9.5 L.O.P.J., en relación con el artículo 2-ñ de la L.R.J.S.

SEXTO.- Por providencia de ésta Sala de procedió a admitir a trámite el citado recurso y no habiendo sido impugnado el recurso se declararon conclusos los autos, señalándose para su votación y fallo el día 14 de septiembre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La demandante presentó demanda el 7 de noviembre de 2014 frente al Fondo de Garantía Salarial en la que solicitaba el abono de cantidades en concepto de indemnización y salarios adeudados, según expediente NUM000 como consecuencia de certificación concursal de fecha 19 de junio de 2012. En su escrito de demanda la actora manifiesta que el FOGASA le ha satisfecho la cantidad total de 7.806,24 habiendo transcurrido 638 días desde la fecha de la solicitud por lo que reclama en concepto de intereses legales, al 4%, desde la fecha de la solicitud hasta que la cantidad de 7.806,24 € ha sido efectivamente abonada. Hace constar en su demanda que ha presentado escrito ante el FOGASA el 19 de mayo de 2014 solicitando el pago de intereses sin que pasados tres meses haya recibido respuesta. Por último en el suplico de la demanda se cifra en 545,80 € el importe de los intereses reclamados.

El Juzgado de lo Social Nº 15 de los de Valencia dictó el 25 de noviembre de 2014 Auto declarando la incompetencia de la Jurisdicción Social para conocer de la demanda interpuesta, considerando que la competencia viene atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El citado Auto fue recurrido en reposición por la demandante siendo desestimado y frente al Auto de 8 de enero de 2015 recurrieron en suplicación la demandante y el Ministerio Fiscal, sin impugnación por el FOGASA.

La sentencia del T.S.J de la Comunidad Valenciana desestimó ambos recursos en la sentencia de 19 de mayo de 2015 y frente a dicha resolución recurre en casación para la unificación de doctrina el Ministerio Fiscal, habiendo solicitado la parte actora que se modifique su situación a resultas del recurso interpuesto.

SEGUNDO.- En el recurso de casación para la unificación de doctrina ha sido interpuesto por el Ministerio Fiscal al amparo de la legitimación que le confiere el

artículo 219.3 de la LRJS para aquellos supuestos en los que la norma cuestionada es de reciente vigencia o bien no existen aún resoluciones suficientes e idóneas sobre la materia dificultando así el acceso a la unificación de doctrina, se alega la infracción por interpretación errónea de los artículos 9.5 de la LOPJ y del artículo 2-ñ) de la LRJS.

Se somete a la Sala la cuestión relativa a la jurisdicción competente para conocer de una reclamación al Fondo de Garantía Salarial por una trabajadora cuyo objeto es el pago de intereses legales por demora en el cumplimiento de la obligación, aceptada por silencio administrativo, de abono de cantidades en concepto de indemnización y salarios.

La controversia se ha suscitado con la declaración de incompetencia del órgano judicial al que por turno de reparto correspondió conocer de la demanda, remitiendo a las partes a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En el desarrollo del motivo de recurso el Ministerio Fiscal, añadiendo la cita de la STS de 16 de marzo de 2015 (R.C.U.D. 802/20145), destaca el modo en que debe considerarse unidas las reclamaciones de cantidad y de intereses derivados de falta de pago puntual dado que el artículo 2 ñ) de la LRJS atribuye a los órganos de la Jurisdicción Social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan contra el Fondo de Garantía Salarial, cuando le imponga responsabilidad la legislación laboral.

La sentencia recurrida asienta su decisión en el hecho de que los intereses objeto de reclamación no dimanen de una obligación nacida de la norma laboral sino de la actuación del Organismo frente al que se dirige la demandante al no haber atendido su solicitud de pago de cantidades en el plazo asignado y señala como la demanda se remite a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley General Presupuestaria (L.G.P.), tratándose en definitiva de una pretensión de responsabilidad patrimonial administrativa

competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por ser su naturaleza la de un resarcimiento pecuniario por daños y perjuicios. Por último cita en apoyo de su decisión el mandato imperativo del artículo 9.4 de la LOPJ.

En reiteradas ocasiones ha sido objeto de aplicación el artículo 24 de la ley General Presupuestaria (Ley 47/2003 de 26 de noviembre) y las que le precedieron en reclamación de intereses al INSS y la TGSS por retraso en el pago de prestaciones de Seguridad Social reconocidas, siendo indiscutida la competencia de la Jurisdicción Social para conocer de dichas reclamaciones.

Desde esta perspectiva, la carga adicionalmente impuesta solamente puede ser debatida ante la jurisdicción que deba conocer de la obligación principal con la consecuencia que depara el artículo 2.º de la LRJS en relación con los artículos 23 y 24 de la citada ley ritaria y artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

La accesoriadad de la obligación de pago de intereses, ya que no puede existir en ausencia de una obligación principal, determina que el régimen legal de la primera deba ser el de la segunda. La equiparación de la actuación del FOGASA a cualquier otra de los órganos de la Administración Pública causando un daño en el administrado que deba ser reparado como forma de funcionamiento anormal de los servicios públicos prescinde de que en tales supuestos la reparación no es accesoria de la prestación atendida sino que surge de manera autónoma de la culpa en la que el sujeto responsable ha podido incurrir de suerte que nos hallaríamos en presencia de tres elementos, la prestación que es en sí misma el cumplimiento de la obligación contraída, la actuación dañosa y la compensación que de ésta deriva. Por el contrario en la pago de intereses tan solo nos hallamos ante una obligación pecuniaria cuyo incumplimiento, por impuntual, lleva consigo la puesta en marcha de la accesoriadad, es decir, el pago de intereses.

Por lo expuesto y de conformidad con la pretensión impugnatoria ejercitada por el Ministerio Fiscal, procede la estimación del especial recurso de casación para la unificación de doctrina por el mismo deducido y atendiendo al signo de lo que se resuelve, y no ha lugar a pronunciarse sobre la situación jurídica de la demandante dado que la doctrina unificada afecta exclusivamente a la competencia, sin que haya lugar a la imposición de las costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LRJS.

FALLO:

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal al que se adhiere la Letrada D^a Teresa Feliú Frau, actuando en nombre y representación de D^a Constanza , contra de la sentencia dictada el 19 de mayo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recurso de suplicación nº 1033/2015 , interpuesto contra el Auto de fecha 8 de enero de 2015, dictado por el Juzgado de lo Social nº 15 de Valencia , en autos núm. 1170/2014, seguidos a instancias de D^a Constanza frente al Fondo de Garantía Salarial. Casar y anular la sentencia de suplicación impugnada y, resolviendo el debate de suplicación estimamos el recurso de igual clase interpuesto por el Ministerio Fiscal con la adhesión de D^a Constanza que versa sobre la jurisdicción competente sin que haya lugar a la imposición de las costas. Fijamos la competencia del orden jurisdiccional Social para conocer de las demandas dirigidas frente al Fondo de Garantía Salarial en reclamación del pago de intereses derivados de las cantidades de cuyo pago el demandado sea responsable con arreglo a las presentes actuaciones. Publíquese el presente fallo en el BOE, y a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes del Tribunal Supremo. Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución

para que a su vez las remita al Juzgado de lo Social nº 15 de Valencia al objeto de resolver con libertad de criterio sobre el fondo de la reclamación.

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

Así se acuerda y firma.

13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 5 de diciembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia dictó Auto, en el que consta la siguiente parte dispositiva: «Declarar la falta de competencia del orden jurisdiccional Social para conocer de la demanda formulada, sin perjuicio del derecho de la parte a promover la misma ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa.».

SEGUNDO.- Contra el citado Auto se formuló por la parte actora recurso de reposición que fue desestimado por Auto de 11 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva establece: «Desestimar los recursos de reposición formulados por la parte actora Herminia y el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 5 de diciembre de 2014, que se confirma en todos sus extremos.».

TERCERO.- Frente al referido Auto se interpuso recurso de suplicación por la parte actora, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, siendo impugnado por el Fondo de Garantía Salarial.

CUARTO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D^a Herminia , al que se adhirió el Ministerio Fiscal, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 11 de febrero de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación formulado por Doña Herminia contra el auto de fecha 11 de febrero de 2015, dictado por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Valencia en el procedimiento a que el presente rollo se contrae, auto que se confirma íntegramente. Sin costas.».

QUINTO.- por el Ministerio Fiscal y la representación procesal de D^a Herminia, se interpusieron los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina.

Por el Ministerio Fiscal se alega, al amparo del artículo 224 e) de la L.R.J.S ., infracción por interpretación errónea de los artículos 9.5 de la L.O.P.J. y 2 ñ) de la L.R.J.S.

Por la representación procesal de D^a Herminia se interpone un único motivo de recurso al amparo del artículo 224 e) de la L.R.J.S ., por interpretación errónea de los artículos 9.5 de la L.O.P.J. y 2 ñ) de la L.R.J.S. A mayor abundamiento, y por economía procesal, hacemos nuestras las argumentaciones realizadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de formalización del presente Recurso de Casación.

La Legitimación activa la tiene el Fiscal conforme dispone el artículo 219.3 de la L.R.J.S.

Esta modalidad del recurso e casación para la unificación de doctrina en la que está únicamente legitimado el Fiscal está prevista en el artículo 219.3 de la L.R.J.S ., en concreto se trata del supuesto previsto cuando, sin existir doctrina unificada en esta materia, la norma cuestionada es de reciente vigencia y no existen aún resoluciones suficientes e idóneas sobre la misma que cumplan los requisitos del apartado 1 del citado artículo.

SEXTO.- Por providencia de ésta Sala de procedió a admitir a trámite el citado recurso y no habiendo sido impugnado el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para su votación y fallo el día 14 de septiembre de 2016 llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada. En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millán señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excma. Sr^a. D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- El recurso que interpone el Mº Fiscal al amparo del art 219.3 de la LRJS , en el ámbito de legitimación que ofrece respecto de nuevas disposiciones o por la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina sostiene en resumen y sustancia, que «a partir de la fecha en que se entiende estimada por el FOGASA la solicitud de prestación salarial, por silencio administrativo, surge la obligación de pago, y en caso de retraso, la posibilidad de reclamación de los pertinentes intereses de demora, cuestión indisolublemente vinculada a la reclamación principal y que entra de lleno en el ámbito del art 2º LRJS», añadiendo que se

considera que, de conformidad con el art 5.1 LOPJ , una interpretación de las normas (art 9.5 LOPJ y 2ª LRJS) conforme al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE) conduce a atribuir a una misma jurisdicción, la Social, el conocimiento de las acciones de reclamación de cantidad por las dos partes de una misma deuda de prestación de garantía salarial (principal e intereses) y no a dividirla entre dos jurisdicciones con diferentes presupuestos y principios procesales... con consecuencias claramente perjudiciales para los beneficiarios de la garantía salarial indemnizatoria del FOGASA que, pese a no poder cobrar la totalidad de los derechos salariales e indemnizaciones establecidos por ley debido a la insolvencia de las empresas, verían agravada su situación al tener que acudir a dos jurisdicciones diferentes".

2. - Conforme al art 33.1 del ET, « El Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario», añadiendo su nº 2 que « ...en los casos del apartado anterior, 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 conforme a los artículos 50 , 51 y 52 de esta ley , y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente proceda ». Se trata, por tanto, de una subrogación, por ministerio de la ley, en el lugar que ocupa el empresario y en la responsabilidad que le incumbe como consecuencia de esa posición en la relación laboral y con ocasión de la extinción de ésta, con la precisión al respecto en el nº 4 de que « el Fondo asumirá las obligaciones especificadas en los apartados anteriores, previa instrucción de expediente para la comprobación de su procedencia », es decir, siguiendo un procedimiento administrativo de cuyo resultado depende tal asunción.

Por otra parte, el nº 5 de ese mismo precepto establece que « el Fondo de Garantía Salarial se financiará con las aportaciones efectuadas por todos los empresarios a que se refiere el artículo 1.2 de esta ley , tanto si son públicos como privados » . No se trata, en consecuencia -y al menos en lo sustancial, dada la ampliación que a estos efectos supone el art 3 del RD 505/1985 - de fondos asignados por una norma presupuestaria a una Administración Pública, aunque sea ésta la condición que ostente dicho organismo, a quien únicamente compete la gestión de aquéllos.

A partir de ahí, el art 23 de la LRJS reconoce a dicho organismo la legitimación como parte « cuando resulte necesario en defensa de los intereses públicos que gestiona y para ejercitar las acciones o recursos oportu» , disponiendo, por su parte, el art 2º de la misma norma que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan « contras las Administraciones Públicas, incluido el Fondo de Garantía Salarial, cuando les atribuya responsabilidad la legislación laboral » , lo que reconduce al mencionado art 33 del ET y al RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, cuyos arts 1 y 2 establecen su naturaleza y fines, distinguiendo los arts 18 y 19 entre prestaciones por salarios pendientes de pago y prestaciones indemnizatorias, si bien como conceptos ambos a los que abarca su responsabilidad en los términos en que cada uno se concreta, e indicando, en fin, su art 28.7 que « el plazo máximo para dictar resolución en primera instancia será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud. ».

Por último, en fin, ha de tenerse en cuenta lo que la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, dispone en su art 24 que, « si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación. » (20), sin olvidar que previamente se indica que « el

interés de demora resultará de la aplicación, para cada año o periodo de los que integren el período de cálculo, del interés legal fijado en la Ley de Presupuestos para dichos ejercicios» (17), con la precisión también de que en el ámbito de las entidades del sector público estatal no integrantes de la Hacienda Pública estatal las referencias hechas al Ministerio de Hacienda se entenderán hechas al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (18).

SEGUNDO.- En el recurso de casación para la unificación de doctrina ha sido interpuesto por el Ministerio Fiscal al amparo de la legitimación que le confiere el artículo 219.3 de la LRJS para aquellos supuestos en los que la norma cuestionada es de reciente vigencia o bien no existen aún resoluciones suficientes e idóneas sobre la materia dificultando así el acceso a la unificación de doctrina, se alega la infracción por interpretación errónea de los artículos 9.5 de la LOPJ y del artículo 2-ñ) de la LRJS.

Se somete a la Sala la cuestión relativa a la jurisdicción competente para conocer de una reclamación al Fondo de Garantía Salarial por una trabajadora cuyo objeto es el pago de intereses legales por demora en el cumplimiento de la obligación, aceptada por silencio administrativo, de abono de cantidades en concepto de indemnización y salarios.

La controversia se ha suscitado con la declaración de incompetencia del órgano judicial al que por turno de reparto correspondió conocer de la demanda, remitiendo a las partes a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En el desarrollo del motivo de recurso el Ministerio Fiscal, añadiendo la cita de la STS de 16 de marzo de 2015 (R.C.U.D. 802/20145), destaca el modo en que debe considerarse unidas las reclamaciones de cantidad y de intereses derivados de falta de pago puntual dado que el artículo 2 ñ) de la LRJS atribuye a los órganos de la

Jurisdicción Social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan contra el Fondo de Garantía Salarial, cuando le imponga responsabilidad la legislación laboral.

La sentencia recurrida asienta su decisión en el hecho de que los intereses objeto de reclamación no dimanen de una obligación nacida de la norma laboral sino de la actuación del Organismo frente al que se dirige la demandante al no haber atendido su solicitud de pago de cantidades en el plazo asignado y señala como la demanda se remite a lo dispuesto en el artículo 24 de la LGP, tratándose en definitiva de una pretensión de responsabilidad patrimonial administrativa competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por ser su naturaleza la de un resarcimiento pecuniario por daños y perjuicios. Por último cita en apoyo de su decisión el mandato imperativo del artículo 9.4 de la LOPJ.

En reiteradas ocasiones ha sido objeto de aplicación el artículo 24 de la ley de Presupuestos Generales del Estado Ley 47/2003 de 26 de noviembre y las que le precedieron en reclamación de intereses al INSS y la TGSS por retraso en el pago de prestaciones de Seguridad Social reconocidas, siendo indiscutida la competencia de la Jurisdicción Social para conocer de dichas reclamaciones.

Desde esta perspectiva, la carga adicionalmente impuesta solamente puede ser debatida ante la jurisdicción que deba conocer de la obligación principal con la consecuencia que depara el artículo 2.º) de la LRJS en relación con los artículos 23 y 24 de la citada ley ritualaria y artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

La accesoriadad de la obligación de pago de intereses, ya que no puede existir en ausencia de una obligación principal, determina que el régimen legal de la primera deba ser el de la segunda .La equiparación de la actuación del FOGASA a cualquier otra de los órganos de la Administración Publica causando un daño en el administrado que deba

ser reparado como forma de funcionamiento anormal de los servicios públicos prescinde de que en tales supuestos la reparación no es accesoria de la prestación atendida sino que surge de manera autónoma de la culpa en la que el sujeto responsable ha podido incurrir de suerte que nos hallaríamos en presencia de tres elementos, la prestación que es en sí misma el cumplimiento de la obligación contraída, la actuación dañosa y la compensación que de ésta deriva. Por el contrario en la pago de intereses tan solo nos hallamos ante una obligación pecuniaria cuyo incumplimiento, por impuntual, lleva consigo la puesta en marcha de la accesoriidad, es decir, el pago de intereses.

Por lo expuesto y de conformidad con la pretensión impugnatoria ejercitada por el Ministerio Fiscal, procede la estimación del especial recurso de casación para la unificación de doctrina por el mismo deducido y atendiendo al signo de lo que se resuelve, y no ha lugar a pronunciarse sobre la situación jurídica de la demandante dado que la doctrina unificada afecta exclusivamente a la competencia, sin que haya lugar a la imposición de las costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LRJS.

FALLO:

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal al que se adhiere el Letrado D. Salvador Marco García, actuando en nombre y representación de D^a Herminia, contra de la sentencia dictada el 16 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recurso de suplicación nº 1281/2015, interpuesto contra el Auto de fecha 11 de febrero de 2015 dictado por el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia , en autos núm.1165/2014, seguidos a instancias de D^a Herminia frente al Fondo de Garantía Salarial. Casar y anular la sentencia de suplicación impugnada y, resolviendo el debate de suplicación estimamos el recurso de igual clase interpuesto por el Ministerio Fiscal con la adhesión de D^a Herminia que versa sobre la jurisdicción competente, sin que

haya lugar a la imposición de las costas. Fijamos la competencia del orden jurisdiccional Social para conocer de las demandas dirigidas frente al Fondo de Garantía Salarial en reclamación del pago de intereses derivados de las cantidades de cuyo pago el demandado sea responsable con arreglo a las presentes actuaciones. Publíquese el presente fallo en el BOE, y a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes del Tribunal Supremo. Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución para que a su vez las remita al Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia al objeto de resolver con libertad de criterio sobre el fondo de la reclamación.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. MAGISTRADO SR. D. Miguel Angel Luelmo Millán DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ART. 260.2 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2016 EN EL RECURSO DE CASACION Nº 3027/2015.

Desde mi absoluto respeto a la tesis mayoritaria de la Sala, he de manifestar mi disconformidad con la misma por entender que la solución dada en la resolución recurrida es la correcta y, en consecuencia, que debió confirmarse.

Doy por reproducido cuanto de mi proyecto de resolución generosamente hace suyo la Sala en toda su literalidad y que conforma los cuatro primeros párrafos del

punto segundo del primer fundamento de derecho de la sentencia que finalmente prospera, relativos a los arts. 33.1 del ET, 23 de la LRJS y 24 de la Ley 47/2003, así como el punto tercero, referente a la precisión de que lo que se reclama en demanda son «intereses de demora.».

Ello sentado, añadido, como en mi propuesta decía, que cabe distinguir en principio entre intereses remuneratorios e intereses indemnizatorios, de muy distinta naturaleza, en tanto que los primeros son frutos civiles, en términos del artículo 354.3 del Código Civil (CC), que persiguen evitar la pérdida de valor del importe del capital entregado al prestatario como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para su restitución, requiriendo su previo pacto el art 1755 de ese texto normativo, de tal modo que de no hacerlo no son exigibles, mientras que los moratorios son aquéllos que cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento obligacional, de forma que no tienen la naturaleza jurídica de intereses propiamente dichos sino de fórmula para indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, conforme a lo previsto en el artículo 1106 del CC, disponiendo el art 1108 que consistirá en el abono del interés convenido y en su defecto el legal.

El interés que se reclame a las Administraciones Públicas por incumplimiento de sus obligaciones sería de esta segunda clase, pero, en todo caso, obedece al principio de responsabilidad patrimonial partiendo de lo que previene el art 106.2 de la Constitución Española al decir que , los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos ,, de donde claramente se infiere que lo que contempla dicho precepto no es tanto que se evite una pérdida de valor sobrevenida cuanto compensar una lesión derivada precisamente del funcionamiento administrativo, lo que merece la consecuencia correspondiente por dicha vía, sin perjuicio, en su caso, de responsabilidades de otro tipo.

A partir de ahí y tal y como queda planteado el asunto, no se trata propiamente en este caso, como entiende el Mº Fiscal, de la simple reclamación de los intereses de demora como cuestión vinculada a la reclamación principal (deuda por salarios o indemnización en la que se subroga el Fogasa por imperativo legal) sino la derivada del irregular funcionamiento de ese organismo administrativo, que tras su silencio, entendido como positivo, deja transcurrir aún un largo período sin satisfacer la deuda, generando con ello un perjuicio al trabajador, de manera que los intereses reclamados no son, en realidad, estrictamente tales sino una indemnización por el daño derivado de la inactividad injustificada del Fondo en el cometido y responsabilidad que tiene asignados, o lo que es lo mismo, en su obligación de proceder a abonar la deuda después de ser, se dice, tácitamente reconocida.

En los arts 139 a 143 de la LRJAPyPAC se contienen las disposiciones de esa responsabilidad, poniendo el primero de ellos el acento en el precitado concepto de ,lesión, en los bienes o derechos, la cual se constata en casos como el presente por el mero hecho de la ,demora, en el cumplimiento de la obligación, según resulta del art 1101 del CC , estableciéndose el/los procedimiento/s administrativo/s para su exigencia (art 142 y ss LRJAPyPAC), procedimiento/s revisable/s ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme a los arts. 1d) y 2e) de la ley reguladora de la misma (LJCA), sin que a ello sea obstáculo el antecitado art 2º de la LRJS porque la competencia que en el mismo se prevé está condicionada por la atribución de responsabilidad al FOGASA de la legislación laboral, de manera que la responsabilidad derivada de la lesión de bienes o derechos por el propio funcionamiento del organismo gestor no tiene cabida en la definición del precepto de la ley rituarial de nuestra jurisdicción, lo cual, en fin, tampoco se ve contradicho por la existencia del RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, porque dicha norma no constituye sino un reglamento de desarrollo de la disposición legal.

Consecuentemente con todo ello y aun cuando la división jurisdiccional en la materia no parezca ser el mejor modo de cumplir con el ideal de tutela efectiva judicial del art 24.1 de la CE, la solución que se impone, por mandato normativo, es, a mi entender, la desestimatoria del recurso, sin perjuicio de suscribir, como resulta obligado, la sentencia de la Sala.

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 11 de julio de 2013, el Juzgado de lo Social nº 2 de Toledo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando como estimo la demanda formulada por D. Gerónimo Y D. Jacobo frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo dejar sin efecto la Resolución de 9 de abril de 2010 y reconociendo el derecho de los trabajadores ejercitado en autos, debo condenar y condeno al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL a abonar a los trabajadores en concepto de responsable subsidiario (Art. 33.2. ET) la cantidad de 17.574,45 euros a favor de D. Gerónimo, y a 3.318,30 euros a favor de D. Jacobo.»

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

«1º.- En Sentencia dictada/ por el Juzgado de lo Social Nº 1 de los de Toledo en fecha 15 de mayo de 2009 se condenó a la mercantil Megachrom con la intervención del

FOGASA (que no compareció al acto del juicio) a abonar a D. Gerónimo la cantidad de 28.961,70 euros, (de los cuales 21.440,17 en concepto de indemnización por despido objetivo) y a D. Jacobo la cantidad de 9.724,71 euros (de los cuales 3.388,50 euros en concepto de indemnización por despido objetivo).

2º.- Iniciada la ejecución de la sentencia por Auto de fecha 1 de septiembre de 2009, la misma se suspendió mediante Auto de 30 de noviembre de 2009, al haber sido la entidad Megachrom S. A. declarada en concurso de acreedores mediante Auto dictado por el Juzgado de lo mercantil de Toledo con fecha 13 de noviembre de 2008.

3º.- La Administración Concursal de Megachrom S. A. certificó en fecha 27 de enero de 2010 sendos créditos a favor de D. Gerónimo por importe de 21.440,17 en concepto de indemnización por despido objetivo, y a favor de D. Jacobo la cantidad de 3.388,50 euros en concepto de indemnización por despido objetivo. En ambos casos el importe era el 100% de la indemnización y para ello se tuvo en consideración el Fallo de la Sentencia de 14 de mayo de 2009 del Juzgado de lo Social N° 1 de los de Toledo.

4º.- Presentado ante el Fogasa el expediente de cobro de la indemnización el organismo desestimó la pretensión mediante Resolución de 9 de abril de 2010 por los motivos que constan (folios 28 y 29 que se dan por reproducidos).

5º.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha dictó sentencia 268/2012 en el Recurso de Suplicación 172/2012 de 8 de marzo de 2012 y que se da por reproducida en autos.

6º.- El Juzgado de lo Social Nº 1 de los de Toledo en fecha 3 de abril de 2013 dictó sentencia 227/2013 en el sentido que obra en autos y se da por reproducida en esta sede.

7º.- La indemnización de la que, en caso de estimarse la pretensión, respondería el Fogasa, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, exceda del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias asciende a 17.574,45 euros a favor de D. Gerónimo, y a 3.318,30 euros a favor de D. Jacobo.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el Fondo de Garantía Salarial formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, dictó sentencia en fecha 19 de mayo de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia dictada el 11-7-13 por el juzgado de lo social nº 2 de Toledo , en virtud de demanda presentada por D. Gerónimo y D. Jacobo contra el indicado, y en consecuencia confirmamos la reseñada resolución. Imponemos a la parte recurrente las costas procesales, que incluye los honorarios de letrado, y que prudencialmente fijamos en 500 €.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, la representación letrada del Fondo de Garantía Salarial 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 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 16 de septiembre de 2008 (Rec. suplicación 1847/08).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 13 de septiembre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2014, en la que previa desestimación del recurso deducido por el FOGASA se confirma la sentencia que condenó a la Entidad Gestora a abonar a los trabajadores en concepto de responsable subsidiario (art. 33.2 ET) la cantidad de 17.574,45 € y 3.318,30 € respectivamente.

Como cuestiones relevantes para la resolución del recurso, cabe destacar lo siguientes: a) los demandantes fueron despedidos por causas económicas al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) ET, decisión que no fue objeto de reclamación judicial. b) No obstante lo anterior, interpusieron reclamación frente al FOGASA por el 40% de la indemnización por despido al amparo de lo dispuesto en el art. 33.8 ET, que le fue denegada en vía administrativa y confirmada judicialmente en virtud de sentencia firme de 23-12-2009; y otra frene a la empresa en reclamación de cantidad, que concluyó con sentencia de 14-05-2009, que condenaba a la empleadora al abono de ciertas cantidades, que incluían el 100% de la indemnización por despido para cada trabajador. La empresa había sido declarada en situación de concursos de acreedores mediante auto de 13-11-2008, y sin perjuicio de otras incidencias los trabajadores presentaron al FOGASA solicitud de abono de cantidades en concepto de prestaciones de garantía por responsabilidad subsidiaria de la entidad en relación a la integridad de la indemnización, que siendo denegado ha dado lugar a la interposición de la demanda origen de autos.

La Sala de suplicación parte de afirmar que habiendo sido denegado el abono del 40% de la indemnización legalmente procedente por despido objetivo, dicho porcentaje puede acrecentar la indemnización que puede reclamarse a la empresa empleadora como propia de su responsabilidad. Es decir, que si el FOGASA no responde en su calidad de obligado directo, su fracción acrecienta el importe del resto atribuido a la empresa, de forma que ésta debe responder por la totalidad de la indemnización procedente tal y como ha resuelto la sentencia judicial de 14-05-2009. Sentado lo anterior, la segunda cuestión a dilucidar es la relativa a determinar si sobre la total indemnización a cargo de la empresa, acrecentada en los términos señalados, pueden o no operar los mecanismos de responsabilidad subsidiaria del art. 33.2 ET, alcanzando una respuesta positiva.

SEGUNDO.- 1.- Disconforme el FOGASA con la sentencia de suplicación, formula el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, siendo dos las cuestiones que se traen a consideración de esta Sala IV/TS, la primera referida a determinar si cabe aplicar el instituto de la cosa juzgada material en los casos en los que se reclama la responsabilidad del FOGASA conforme al art. 33 ET, y la segunda, si el FOGASA puede ser declarado responsable de pagar el importe de la indemnización al margen de los requisitos que establece el art. 33.2 ET en relación con los arts. 51 y 52 ET por tratarse de cese ilegal, por colectivo no amparado en las formalidades legalmente previstas a dicho efecto, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala homónima de Madrid el 16 de septiembre de 2008 (rec. 1847/2008).

En el caso de la referida sentencia de contraste, el trabajador no impugna el despido por causas objetivas, habiendo el FOGASA dictado resolución administrativa denegatoria del reconocimiento de la responsabilidad directa del 40% por tratarse de un despido colectivo. Interpuesta reclamación de cantidad, la empresa es condenada al abono de la cuantía correspondiente a la indemnización y salarios de tramitación. Declarada la insolvencia total y provisional de la empresa, el FOGASA abona la

cantidad correspondiente a salarios pero no la correspondiente a la indemnización. La sentencia de instancia condenó al FOGASA a que abone al actor la prestación de garantía correspondiente por la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Sin embargo, tal parecer no es compartido por la Sala de suplicación. En efecto, en primer lugar la Sala en la sentencia referencial, acoge la excepción de cosa juzgada en relación a la reclamación del 40% de la indemnización derivada del despido objetivo, pues tal pretensión fue rechazada por sentencia judicial firme, por lo que proyecta en el litigio actual la eficacia de la cosa juzgada formal y material, al darse la identidad objetiva y causal. Sentado lo anterior y respecto del 60% de la indemnización, señala, con cita y parcial reproducción de la STS/IV de 31-01-2008, que para que nazca la responsabilidad del FOGASA es de todo punto exigible la existencia de un título habilitante -sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa- lo que no es el caso, en que el título que sirve de base a la pretensión del actor es la comunicación escrita enviada por la empresa a la actora, documento que no tiene encaje en ninguno de los previstos en el art. 33.2 ET. Por lo tanto, es obvio que a sentencia determinante de la existencia de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA conforme al art. 33.2 ET, tiene que haberse dictado antes de que se haya exigido a este organismo el cumplimiento de la responsabilidad. Finalmente, la sentencia referencial, hace una serie de consideraciones sobre el hecho de que en la demanda se interesa la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en cuanto al pago de una indemnización por despido objetivo, sin que en el caso de autos haya existido despido objetivo al superarse los topes que marca el art. 51 ET.

2.- De la comparación de ambas sentencias, se aprecia la necesaria divergencia entre las mismas que habilita el juicio de la contradicción, tanto respecto a la cosa juzgada material como a la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en el pago del 60% de la indemnización legalmente establecida a favor de los trabajadores. En ambos casos, se trata de despidos que la empresa llevó a cabo bajo la forma de despidos objetivos del art. 52 c) ET aun afectando a la totalidad de la plantilla, los cuales no fueron impugnados por los trabajadores despedidos. Posteriormente deducen las respectivas demandas por cantidad -en un caso por el 40% y 60%, y en el otro, sólo por

el 60%- frente a las empleadoras y tras diversos avatares procesales que concluyen declarando la insolvencia empresarial, se interesa del FOGASA el abono de la prestación correspondiente. Tanto en relación a si procede aplicar el instituto de la cosa juzgada material en cuanto a la reclamación del pago del 40% de la indemnización por despido, como a si procede o no abonar la indemnización del 60% pese a que no se cumplen los requisitos del art. 51 ET, la solución dada en las sentencias comparadas es dispar.

En consecuencia, ha de estimarse que concurre el requisito de contradicción exigido por el art. 219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

TERCERO.- Superado el requisito de contradicción, cabe examinar el fondo del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado.

Del análisis de la comparación, puede deducirse la denuncia por el recurrente de la infracción de los artículos 33.2, 52 c) y 51.1 del Estatuto de los Trabajadores .

Alega el recurrente para que nazca la obligación para el Fondo, es de todo punto necesario que nos encontremos ante un despido colectivo del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores en el que, como consecuencia del expediente instruido en aplicación de lo que esta norma establece se hayan extinguido los contratos de trabajo de determinados trabajadores; o de un despido objetivo de los que prevé el art. 52 c) del mencionado cuerpo legal; de modo que si la situación analizada no puede ser incardinada en ninguno de estos preceptos, falta el requisito fundamental e ineludible para que el art. 33.8 pueda ser aplicado, y en consecuencia no existe obligación del FOGASA en relación al pago directo del 40% de las indemnizaciones que hubieran podido estipularse, ni tampoco del 60% en forma de responsabilidad subsidiaria. Concluye señalando que cuando -como aquí es el caso-, la extinción de los contratos de trabajo afecte a la totalidad de la

plantilla de la empresa, sólo podrá efectuarse la extinción por medio de despido colectivo; y que como quiera que la empresa ha procedido a la extinción de los contratos laborales de toda la plantilla acogiéndose al art. 52 c) ET, carece de validez el despido objetivo; y si no hay despido objetivo, ni tampoco despido colectivo formalmente, no puede aplicarse la responsabilidad subsidiaria del FOGASA. Se remite asimismo el recurrente a la sentencia de contraste que entiende sigue el criterio de esta Sala del Tribunal Supremo.

El motivo no merece acogida. La cuestión planteada ya tiene doctrina unificada de esta Sala. Como señala nuestra sentencia de 12 de junio de 2009 (rec. 3175/2008): "

"(...) En nuestra sentencia de 22 de enero de 2007 (R. 3011/05) se establece que el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos.

Pero ello no significa que baste la certeza de la deuda indemnizatoria derivada del despido, o su reconocimiento por el empresario, para ostentar título adecuado para reclamar del FOGASA la responsabilidad subsidiaria del art. 33.2 ET ., pues, como resumió nuestra reciente sentencia de 4 de mayo de 2009 (R. 2062/08) y recuerda literalmente la de 10 de junio de 2009 (R. 2761/08) (...)"

Asimismo, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2009 (rec. 2226/2008) en recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se designó la misma sentencia de contraste que en el recurso ahora examinado, señala:

"(...) La sentencia de contraste, aun tratándose de un asunto sustancialmente igual al presente, su fundamentación se limita a la transcripción de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 16-11-2004 (rec. 127/2004), que a su vez se remite a las de 24-09-2002 (rec. 588/02) y 14-12-1999 , para concluir señalando que al haberse extinguido los contratos de trabajo sin cumplir los requisitos del art. 51 ET, carecían de validez estas extinciones contractuales como despidos objetivos, al tratarse de un supuesto que queda fuera del marco y previsiones del art. 52 c) ET, llegando incluso a negar la existencia de despido objetivo, no siendo subsumible en el art. 33 ET.

Considera la Sala que la sentencia de contraste no contiene la doctrina acertada, por cuanto las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo a cuya doctrina se remite, parten de unas circunstancias que difieren de las que concurren en el presente caso.

Ciertamente, como señala la sentencia recurrida, reconociéndose los incumplimientos formales por parte empresarial en el cese acordado, no se está reclamando el importe del 40% de la indemnización prevista en el apartado 8 del art. 33, en cuyo caso podría ser de aplicación la doctrina de la Sala a la que se remite el recurrente, con exoneración de responsabilidad al FGS, sino que se está accionando con base en el apartado 2 del mismo precepto y con fundamento en la existencia de sendas sentencias firmes de condena en procedimientos de reclamación de cantidad frente a la empresa, previa reclamación del 40% y del 60% de la indemnización derivada de la extinción contractual acordada, en cuyos procesos ya fue oído el FGS, desestimándose su petición de exoneración de responsabilidad al no postularse frente al mismo el abono

del importe previsto en el art. 33-8 ET, entrando en consecuencia en juego el efecto positivo de la cosa juzgada previsto en el art. 222.4 LEC.".

Por último, como señala esta Sala en la sentencia de 31 de enero de 2008 (rec. 3863/2006), que se refiere a las anteriormente citadas: "A pesar de la indiscutible igualdad que presentan los hechos que sirven de base al presente juicio y los que dieron lugar a las sentencias de esta Sala que se acaban de mencionar, los asuntos planteados en aquél y en éstas son distintos, pues las pretensiones ejercitadas son diferentes. En las sentencias del Tribunal Supremo mencionadas, como se acaba de ver, se reclamó el cumplimiento por el Fogasa de la obligación de abonar el 40 por 100 de la indemnización por despido objetivo que estatuye el art. 33-8 del ET, en cambio en la presente litis se trata de una reclamación dirigida contra el Fogasa sobre la responsabilidad subsidiaria de este organismo, cuestión claramente diferente de aquellas pretensiones. A este respecto, baste citar la declaración de la mencionada sentencia de 14 de diciembre de 1999 , cuando precisó que "la obligación que estatuye este art. 33-8 es distinta, en contenido, naturaleza y fines, de las que se estructuran en los números 1 y 2 del mismo artículo, por cuanto que aquélla es de carácter principal y directo, mientras que éstas son de carácter subsidiario pues sólo pueden ser operativas en los casos de 'insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios'; además en estas últimas el Fogasa, una vez que ha hecho efectivo a los operarios el pago de las pertinentes indemnizaciones, conforme a los números 1 o 2 del art. 33, se subroga en los derechos y obligaciones de éstos, como ordena el número 4 de este precepto; cosa que no acontece, en modo alguno, en los supuestos del número 8, pues en ellos la responsabilidad del Fondo es propia, principal y directa.

Por esta divergencia que se acaba de consignar, no es posible aplicar aquí la doctrina contenida en estas sentencias de la Sala.

(...) Ahora bien, para que nazca la responsabilidad subsidiaria del Fogasa que este precepto regula, es de todo punto necesario que las indemnizaciones por despido que a éste se reclamen hayan sido "reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores". No basta, por tanto, a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria del Fogasa con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que esa indemnización esté reconocida por alguno de los títulos habilitantes que puntualiza el citado art. 33-2, como se acaba de indicar. Así lo corrobora la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1990 (dictada en "interés de ley" y por el Pleno de la Sala), 22 de diciembre de 1998 (rec. 1595/98), 17 de enero del 2000 (rec. 574/99), 18 de septiembre del 2000 (rec. 3840/99), 26 de diciembre del 2002 (rec. 644/2002), 23 de abril del 2004 (rec. 1216/2003) y 23 de noviembre del 2005 (rec. 3429/2004), entre otras. A este respecto, se destaca que las citadas sentencias de 18 de septiembre del 2000, 26 de diciembre del 2002 y 23 de abril del 2004 han declarado que lo que el art. 33 del ET "pone a cargo del Fondo de Garantía son las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por un empresario insolvente, en materia de salarios y de indemnizaciones por cese. Pero estos conceptos dinerarios no se atienden sin más. Es preciso disponer de un título habilitante que la norma exige. Para los salarios es suficiente con una conciliación, previa o judicial. Para las indemnizaciones por despido u otras modalidades extintivas, se precisa una sentencia o una resolución administrativa"; debiéndose de añadir a estos "títulos habilitantes", como se ha precisado, los autos y conciliaciones judiciales, en base a las reformas de este precepto llevadas a cabo en los últimos años."

Es evidente, que este título habilitante, que exige el art. 33-2 del ET , ha de estimarse que existe en el presente caso, pues la petición se funda en sendos reconocimientos contenidos en sentencias firmes.

Por último, tampoco puede aceptarse la alegación relativa a que se pudo en su momento haber impugnado la extinción acordada en el contrato por no haber cumplido la empresa las previsiones previstas en el art. 51 ET para conseguir la nulidad de la decisión extintiva, y en incidente de no readmisión por cierre de la empresa conseguir una mayor indemnización, porque en definitiva la falta de impugnación sólo a los trabajadores perjudica. Respecto a esta cuestión, esta Sala del Tribunal Supremo, en la sentencia citada de 22 de enero de 2007 (rec. 3011/2005), ya señaló que: "el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos." (...).

CUARTO.- Doctrina la expuesta de aplicación al presente supuesto, y que nos lleva a la conclusión de que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia recurrida; y no apreciándose las infracciones denunciadas, se impone la desestimación del recurso, conforme con el informe del Ministerio Fiscal. Condenando en costas al recurrente.

FALLO:

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

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 19 de mayo de 2014, recaída en el recurso de suplicación núm. 0069/2014 de dicha Sala, interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Toledo , en los autos núm. 940/2010 seguidos en reclamación de cantidad a instancia de D. Gerónimo y D. Jacobo , contra el recurrente. Se imponen al organismo recurrente las costas de este recurso. Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

Así se acuerda y firma.

15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE 2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 17 de enero de 2014 el Juzgado de lo Social núm. 4 de Navarra dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la pretensión secundaria contenida en la demanda, debo condenar y condeno al FOGASA a abonar a los demandantes las cantidades que a continuación se señalan:

A Ernesto 6.402,00 €

A Isidro 6.402,00 €

A Pablo 6.402,00 €

A Jose Manuel 6.402,00 €

A Milagros 6.402,00 €

A Álvaro 5.000,84 €

A Dámaso 6.402,00 €

A Germán 6.402,00 €

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Los actores, Ernesto, Isidro, Pablo, Jose Manuel, Milagros, Álvaro, Germán y Dámaso prestaron servicios para la empresa JOYJA PERALTA, S.L., con la antigüedad y categoría y salario bruto mensual, que a continuación se 1 señala:

Antigüedad Categoría Salario

Ernesto 02/12/1998 Oficial 2a Grupo 5 1.867,82

Isidro 27/11/1996 Oficial 2a Grupo 5 1.822,48

Pablo 04/01/1999 Oficial 2a Grupo 5 2.155,97

Jose Manuel 03/03/1999 Oficial 2a Grupo 5 1.812,02

Milagros 03/04/2000 Oficial Administrativo 2.250,12

Alvaro 04/11/2002 Oficial 2a Grupo 5 1.796,31

Damaso 01/03/1999 Oficial 2a Grupo 5 2.163,92

Germán 25/01/1999 Oficial 2a Grupo 5 1.867,82

La antigüedad, categoría y salario que se ha señalado es la que se refleja en los Hechos Probados de Sentencias firmes; Respecto a los 6 primeros del Juzgado de lo Social nº 4 de Navarra de 12 de noviembre de 2012 (Procedimiento nº 82/2012).Y los 2 últimos según Hecho Probado Primero de la Sentencia firme del Juzgado de lo Social nº

2 de Navarra de 3 de agosto de 2012 (Procedimiento nº 1150/2011). - SEGUNDO.- Por Resolución número 1.098/2010 de 23 de septiembre, del Departamento de Innovación Empresa y Empleo del Gobierno de Navarra, se aprobó el expediente de regulación de empleo de extinción y suspensión de la empresa Joyja Peralta, S.L. (expediente nº NUM000) autorizándose la extinción de los contratos de los 8 trabajadores demandantes (Hechos Probados Segundo, de las 2 sentencias citadas). La autorización administrativa se tramitó con acuerdo alcanzado el 20 de septiembre de 2010 entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, dentro del período de consultas. En dicho acuerdo, la empresa se comprometió "a abonar una indemnización de 30 días por año de servicio en los siguientes importes que abonaría en un plazo máximo de 18 mensualidades a razón de 1.067 por persona y mes, a partir de enero de 2011".

TERCERO.- Con efectos 30 de septiembre de 2010, la empresa hizo uso de la autorización administrativa y extinguió los contratos de los actores, reconociendo en su comunicación de cese una indemnización equivalente a 30 días de salario por año de servicio, por los siguientes importes:

1. Ernesto 21.810,45 €
2. Isidro 25.497,06 €
3. Pablo 25.655,00 €
4. Jose Manuel 27.118,71 €
5. Milagros 24.077,64 €
6. Álvaro 14.350,23 €
7. Dámaso 25.335,29 €
8. Germán 21.358,35 €

Recogido en los Hechos Probados segundo y cuarto respectivamente de las Sentencias citadas. CUARTO.- La empresa satisfizo a cada uno de los demandantes, conforme al acuerdo mencionado, 6 pagos de 1.067 € cada uno, (en total 6.402 € a cada uno) en las mensualidades consecutivas de enero de 2011, mes fijado en el acuerdo como inicial a julio de 2011, Hechos Probados Tercero y Sexto de las referidas sentencias. QUINTO.- En las demandas iniciadoras de los procedimientos a los que hemos hecho mención, se solicitaba que se condenara a la empresa demandada a abonar las cantidades que a continuación se señalan en concepto de diferencias de indemnización (descontando 6.402 € que habían sido abonados).

Y que se concretan en las siguientes cantidades:

1. Ernesto 15.40,45 €
2. Isidro 19.095,06 €
3. Pablo 19.253,00 €
4. Jose Manuel 20.716,71 €
5. Milagros 17.675,60 €
6. Álvaro 07.948,23 €
7. Dámaso 18.933,29 €
8. Germán 14.956,35 €

SEXTO.- En los procedimientos judiciales, a los que hemos hecho referencia fue parte el Fondo de Garantía Salarial. SEPTIMO.- Durante la tramitación de esos procedimientos la empresa Joyja Peralta, S.A. fue declarada en situación de concurso (auto de 12 de junio de 2012 del Juzgado de lo Mercantil de Pamplona). Con fecha 27 de julio de 2012, la Administración Concursal de la empresa, emitió certificación que reconoce la deuda indemnizatoria a los trabajadores en cuantías coincidentes con las

reflejadas en la parte dispositiva de las Sentencias. OCTAVO- Se solicitó el día 4 de septiembre de 2013 las prestaciones indemnizatorias ante el Fondo de Garantía Salarial, adjuntando las certificaciones concursales. Se adjuntaron también al procedimiento las Sentencias del Juzgado de lo Social nº 2 y nº 4 de Navarra, a las que hemos hecho referencia. Sentencias que obran en los autos, y se dan íntegramente por reproducidas. NOVENO.- Por Resolución del Fondo de Garantía Salarial de fecha 5 de marzo de 2013, se resolvió reconocer a los actores las siguientes cantidades en concepto de indemnización:

1. Ernesto 08.129,54 €
2. Isidro 10.272,75 €
3. Pablo 10.254,80 €
4. Jose Manuel 07.398,58 €
5. Milagros 09.131,70 €
6. Álvaro 02.947,39 €
7. Dámaso 10.079,00 €
8. Germán 08.027,00 €

El FOGASA, dedujo del importe de indemnización de 20 días de salario por año de servicio con prorrateo de los periodos inferiores y límites del art 33 del ET , el importe de 6.402, satisfecho por la empresa a los trabajadores en 6 pagos de enero a junio de 2011, que habían percibido en cumplimiento del acuerdo alcanzado en el ERE. En las Resoluciones del FOGASA se indica que la empresa ha abonado a cuenta de la deuda la cantidad a tanto alzado o por ejecución y que la minoración se fundamenta en haber percibido de la empresa, cantidades a cuenta de la deuda o por ejecución las mismas se han imputado a prorrata entre los distintos conceptos, todo ello de conformidad con el artículo 1.174 del Código Civil y haciendo mención a Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1995."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, la cual dictó sentencia en fecha 2 de mayo de 2014 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación formulado por el Fondo de Garantía Salarial frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N° Cuatro de los de Pamplona, en el Procedimiento N° 416/13, seguido a instancia de Ernesto, Isidro, Pablo, Jose Manuel, Milagros, Álvaro, Germán y Dámaso contra el citado Organismo, en reclamación de Cantidades, confirmando la sentencia recurrida"

CUARTO.- Por la representación procesal del FOGASA se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 10 de octubre de 2013 (R. 583/13).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de junio de 2.015, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Conforme a los hechos declarados probados en la sentencia que se recurre - STSJ Navarra 02/Mayo/2014-:

a).- Los reclamantes en las presentes actuaciones son trabajadores cuyos contratos se extinguieron en el marco de un ERE a fecha 30/09/10, tras haber llegado a un acuerdo por el que la empresa se comprometió «a abonar una indemnización de 30 días por año de servicio en un plazo máximo de 18 mensualidades a razón de 1.067 [euros] por persona y mes, a partir de enero de 2011».

b).- La empresa únicamente satisfizo los seis primeros pagos acordados, habiendo reclamado los trabajadores --en procedimiento del que fue parte el Fogasa- y obtenido sentencia condenatoria de la empresa al pago de la cantidad que restaba por abonar.

c).- Ante la declaración de insolvencia de la empresa, los trabajadores reclamaron al Fondo de Garantía Salarial [FGS], que les reconoció como indemnización las cantidades resultantes de deducir de los legales 20 días/año los importes ya percibidos [6.402].

2.- Habiendo acudido a la vía judicial, la referida STSJ Navarra 02/Mayo/2014 [rec. 135/14], confirmó la decisión estimatoria de instancia [sentencia 17/01/14, del J/S nº 4 de Navarra], por entender los «los 6.042 euros abonados por la empresa a cada uno de los actores no podían imputarse por el Fogasa a la responsabilidad subsidiaria en el abono de la indemnización que legalmente le corresponde (20 días de salario x año de servicio), sino que lo correcto era imputar esa cantidad a la mejora pactada en el ERE», y que «el Fondo de Garantía Salarias es un deudor subsidiario y, por tanto, no es dicho Organismo el que ha efectuado el pago, y como tiene declarado el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, entre otras, en sentencias de 15-7-97 y 24-12-96 "no es razonable convertir la figura de la imputación de pagos en un arma del deudor subsidiario que no hizo efectivo el pago objeto de la imputación. Esta tesis se ve

corroborada por el hecho de que la imputación produce sus efectos en el momento en que se abona la cantidad correspondiente, por lo que cuando llega el tiempo de exigir responsabilidad al deudor subsidiario la imputación ya ha sido realizada al margen de los intereses y conveniencias de este último"».

3.- La decisión se recurre en unificación de doctrina por el Abogado del Estado, que denuncia la infracción de los arts. 33.2 ET y 19.1 RD 505/1985, en relación con la doctrina jurisprudencial [en concreto, la STS 24/04/01 -rcud 2102/00 -]. Y se señala como contradictoria la STSJ Comunidad Valenciana 10/Octubre/2013 [rec. 583/13].

SEGUNDO.- 1.- Como tantas veces hemos recordado, el art. 219 LRJS exige - para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que esa discordancia se manifieste en la parte dispositiva de las sentencias, al contener pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales [entre las últimas, SSTS 09/12/13 -rcud 101/13 -; 12/12/13 - rcud 2929/12 -; y 04/02/15 -rcud 96/14 -].

2.- Contrariamente a lo que en el escrito de impugnación se afirma, la Sala considera -como acertadamente sostiene el Ministerio Fiscal- que en el presente caso media la necesaria contradicción, pues la decisión referencial contempla idéntico supuesto de indemnización pactada superior a la legal, abono parcial de la misma y reclamación al FGS, pero en cuya responsabilidad ha de descontarse -sostiene contrariamente la decisión de contraste- las cantidades ya percibidas, porque -se razona- «la responsabilidad del FGS nace, una vez declarada la insolvencia de la empresa, o en los supuestos legalmente previstos de acuerdo con la Ley 22/2003, de 9 de julio , con caracteres de subsidiariedad, autonomía y limitada legalmente (artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores). Esas notas la configuran de tal suerte que no resulta afectada por los pactos que hayan mediado entre empresa y trabajadores, que le son

ajenos [...] El juego de esa triple caracterización obliga a entender que si la empresa ha satisfecho, en concepto de indemnización y directamente, cantidades que superen éstos, el Fondo de Garantía Salarial no responderá de cantidad alguna y si no los han alcanzado, sólo responderá de la diferencia. Es por ello incorrecta, la conclusión a la que llegan los recurrentes [...], como si de una imputación de pagos se tratara (artículos 1172 y siguientes del Código Civil), pero lo que es correcto frente al deudor principal, no lo es frente al subsidiario y más allá de los límites máximos legales, a que su responsabilidad alcanza».

3.- Situado el debate en tales términos, nos parece meridianamente claro que entre las sentencias contrastadas media -en el debate- la básica coincidencia que requiere el art. 219 LRJS; identidad que no se altera por la circunstancia de que en un caso -decisión recurrida- las cantidades reclamadas traigan causa de una sentencia firme, y que en el otro -resolución de contraste- obedezca a conciliación judicial. Y ello es así, porque tanto la sentencia como la conciliación judicial son -conforme a las previsiones del art. 33.2 ET - títulos igualmente habilitantes para generar la responsabilidad subsidiaria del FGS (SSTS 31/01/08 -rcud 3863/06 -; 04/05/09 -rcud 2062/08 -; y 10/06/09 -rcud 2761/08).

Y en la misma forma hemos de rechazar que trascienda a la contradicción, obstaculizándola, el hecho de que en el procedimiento que dio lugar a la recurrida hubiera sido parte el FGS, y que -como es lógico- tal entidad pública hubiese estado ausente en la conciliación base de la decisión de contraste; esa nota diferencial, como veremos, ninguna influencia tiene sobre la responsabilidad a cargo del FGS y -por lo mismo- ninguna repercusión ha de tener en el juicio de contradicción.

TERCERO.- 1.- Efectivamente, en el escrito de impugnación presentado por los trabajadores su asistencia técnica argumenta -al amparo del art. 197 LRJS - una causa de oposición subsidiaria, cual es que en los dos procedimientos que concluyeron las

sentencias que declararon la deuda de la empresa con sus trabajadores, «en ninguno de ellos el organismo recurrente formuló oposición ni reserva al abono íntegro de su responsabilidad subsidiaria ... no opuso resistencia a su responsabilidad subsidiaria legal, alegando por primer vez y de modo sorpresivo una limitación de su responsabilidad en el expediente administrativo de prestaciones».

2.- La pretensión impugnatoria no puede prosperar, de entrada por razones meramente formales: a) se ampara -como se ha señalado- en el art. 197 LRJS , que ciertamente admite que en el escrito de impugnación «podrán alegarse [...] causas de oposición subsidiarias aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia», pero este precepto trata exclusivamente del recurso de suplicación; b) para el de casación, el art. 211.1 LRJS refiere tal posibilidad impugnatoria a «motivos subsidiarios de fundamentación del fallo», pero ello que comporta una limitación -respecto de la suplicación- que se explica «por la distinta configuración de la suplicación, que aun siendo quasi-casacional [...] tiene menores limitaciones que la casación, en la que se cuestiona directamente la sentencia, sin posibilidad de un nuevo examen, de un novum iudicium, de la cuestión litigiosa» (STS 20/04/15 -rco 354/14); y c) pero para el recurso en unificación de doctrina, precisamente en el que ahora estamos, el art. 226.2 LRJS no contempla la misma posibilidad complementaria cuando trata el trámite impugnatorio, lo que encuentra obvia justificación en el hecho de que en este recurso extraordinario -unificación- el Tribunal Supremo asume muy primordialmente no la resolución en interés de las partes - ius litigatoris -, sino la defensa del interés superior que significa la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico - ius constitutionis - (SSTS 27/04/06 -rcud 4210/04 -; [...] 02/12/13 -rcud 3278/12 -; y 17/03/14 -rcud 476/13).

3.- Pero con independencia de ello, lo cierto y verdad es que la presencia del FGS en el proceso que genera el título, ciertamente trasciende -con carácter general- en forma de su vinculación a los pronunciamientos que se dicten en ese primer proceso sobre los extremos debatidos en el mismo [así, la STS 22/01/03 -rcud 2468/02 -], y más singularmente incide en los extremos relativos a la exigibilidad de la deuda empresarial

por la que se acciona [por ejemplo, SSTS 23/04/01 -rcud 4361/99-, para la caducidad ; y 19/02/07 -rcud 183/06 -, para la prescripción], pero en manera alguna puede condicionar la extensión de la responsabilidad del FGS, habida cuenta de que éste es un extremo ajeno a la reclamación salarial o indemnizatoria y no fue cuestionado -no debía serlo- en el proceso al que el FGS es llamado cautelarmente, de forma que su condena a «estar y pasar» por la declaración judicial no puede tener otro alcance que el de aquietarse a la realidad del débito empresarial, sin que con ello se comprometa el extremo -entonces incuestionado- de los términos de una responsabilidad legal que es ajena -diversa, aunque en parte consecuente- al proceso de reclamación pecuniaria frente a la empresa. Por eso, en el caso ahora tratado, resultaba totalmente fuera de lugar que en la reclamación por diferencias efectuada frente a la empresa plantease el FGS el posible descuento de las cantidades ya percibidas a la hora de efectuar el cálculo de su futura responsabilidad prestacional, pues la relación jurídico material debatida era otra [una deuda empresarial] y el FGS no podía -ni fue- condenado o absuelto como titular o cotitular de ella.

CUARTO.- 1.- Justifica el recurrente la infracción que denuncia, partiendo de la base de que el FGS es un fiador «ex lege»; y aunque inicialmente esta Sala consideró que su posición jurídica era similar -no idéntica- a la de un fiador con responsabilidad subsidiaria y naturaleza pública (SSTS 13/02/93 -rcud 1816/92 -; 07/10/93 -rcud 3355/93 -; y 03/12/93 -rcud 2354/92 -), lo cierto y verdad que posteriormente matizamos aquella doctrina y entendimos que el FGS «no puede ser identificado con el fiador definido en el art. 1822 del Código Civil , por más que su posición jurídica, cuando asume el pago de deudas del empleador sea similar a la del fiador en el mismo caso» y que más bien ha de ser considerado como «un peculiar ente asegurador - público- que se nutre de determinadas cuotas y, a cambio, asume, dentro de ciertos límites, el riesgo del pago a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que no pudieron hacerse efectivas por el empleador por su carencia patrimonial» (SSTS 22/04/02 -rec. 1545/01 -; y 22/10/02 -rec. 132/02).

2.- De todas formas la naturaleza jurídica del Organismo, sobre la que insiste el recurso, en realidad nada aporta a la cuestión que en autos se debate, pues si bien es claro que la responsabilidad legal no puede sino imponerse en los términos legalmente previstos y que tratándose de una indemnización correspondiente a despido colectivo la garantía alcanza a 20 días por año de servicio [ex art. 51.4, en relación con el 53.1 ET; y art. 19 RD 505/1985, de 6/Marzo], no lo es menos que resta por decidir si esta responsabilidad subsidiaria del FGS es independiente de las cantidades superiores que se puedan haber pactado y que en parte se hubiesen percibido; cuestión a la que da una respuesta positiva la decisión recurrida, aplicando las previsiones que sobre la imputación de pagos se contienen en el art. 1174 del CC , si bien en sentido inverso al pretendido por el FGS, afirmando -como indicamos más arriba- que tal imputación «debe entenderse hecha en concepto del complemento de la indemnización pactado» en el ERE.

3.- Disentimos de tal criterio -imputación de pagos- por tres razones: a) en primer lugar, la imputación de pagos tiene un presupuesto elemental que resalta el art. 1172 CC al describir tal fenómeno jurídico, diciendo que «[e]l que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor...», y este presupuesto -varias deudas de una misma especie- está ausente en el caso que debatimos, porque no hay sino una sola deuda indemnizatoria, sin que -como acertadamente sostiene el Ministerio Fiscal- «pueda argüirse que esta última [el exceso sobre los 20 días] es complementaria de la indemnización legal, dada la insuficiencia de la misma», de forma que resulta totalmente voluntarista la aplicación del referido mecanismo de extinción de las obligaciones; b) en segundo término, ni siquiera aplicando la referida institución podría llegarse a la solución pretendida, porque conforme a las reglas civiles la opción corresponde al deudor «al tiempo de hacer el pago» [art. 1172] y en defecto de ella se estimará satisfecha la más onerosa [art. 1174] y si todas fuesen de igual gravamen -caso que sería el de autos, de aceptarse a efectos dialécticos la dualidad de deudas- se imputaría a todas a prorrata [art. 1174]; y c) en último lugar ha de tenerse en cuenta que

la doctrina -citada por la recurrida- por virtud de la cual esta Sala se refería a la imputación de pagos en relación con el FGS iba referida -como no podía ser menos- a supuestos en los que realmente había dos deudas, indemnizatoria y salarial, sobre las que efectivamente aplicar el mecanismo extintivo que regula el Código Civil; no a casos como el presente, de una sola deuda [en parte legal y en parte pactada].

4.- Finalmente hemos de señalar que el art. 33.3 ET [versión dada por el artículo único 120 de la Ley 38/2011, de 10/Octubre] ofrece expresa respuesta a la cuestión, disponiendo: a) las indemnizaciones a abonar por el FGS, «con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio» [regla segunda]; y b) cuando los trabajadores solicitaran del FGS «el abono de la parte de indemnización no satisfecha por el empresario, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del Fondo se reducirá en la cantidad ya percibida por aquéllos».

Y sobre la aplicabilidad de tales prescripciones ha de observarse: de un lado que si bien parecen estar previstas para las indemnizaciones fijadas ya en fase de concurso [«En caso de procedimientos concursales...», principia la norma], en todo caso parece razonablemente aplicable -por extensión analógica: art. 4 CC - a las que se reconozcan antes de la declaración de aquél; y de otra parte, que la solución es anterior a que se generase la acción de autos -responsabilidad del FGS-, pues el nacimiento del derecho a obtener la indemnización de tal Organismo se produce, a todos los efectos, con la declaración de la insolvencia empresarial (SSTS 15/07/91 -rcud 243/91 - [...] 12/02/07 -rcud 3951/05 -; 24/07/07 -rcud 565/06 -; y 22/11/07 -rcud 4353/06 -), y ésta tuvo lugar en el caso debatido por Auto de 12/06/2012 [en vigor, ya, el texto introducido por la Ley 38/2011].

5.- A mayor abundamiento procede resaltar que el criterio inspirador que late bajo esta decisión -la voluntad de las partes no puede incrementar la responsabilidad

legal del FGS- también se halla presente en nuestra reciente STS SG 16/05/15 [rcud 1519/13], en la que reproduciendo literalmente doctrina de las sentencias 26/12/01 [rcud 4042/00 -] y 11/03/02 [rcud 2492/01], se afirmaba que la responsabilidad del FGS por finalización del contrato temporal se limitaba a la legalmente establecida y no alcanzaba a la superior que colectiva o particularmente pudiera haberse pactado, porque «[e]ntender lo contrario ... equivaldría a dejar la institución de garantía, su patrimonio, su financiación y, por reflejo, el porcentaje de cotización que corresponde a los empresarios, a disposición de la autonomía colectiva. Y se estaría desconociendo su naturaleza de Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, sometido a los mandatos y límites fijados por el legislador en los artículos 33 ET y 1.1 y 2 del Real Decreto 505/1985 que regula su organización y funcionamiento». Argumentos que - mutatis mutandis - son extrapolables al caso que ahora nos ocupa.

QUINTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y revocamos la sentencia dictada por el TSJ de Navarra en fecha 02/Mayo/2014 [rec. Supl. nº 135/2014], que a su vez había confirmado la resolución -estimatoria de la demanda- que en 17/Enero/2014 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Navarra [autos 416/2013], y resolviendo el debate en Suplicación estimamos el de tal clase formulado por el

Organismo público ya citado, y rechazamos la demanda interpuesta por D. Ernesto, D. Isidro, D. Pablo, D. Jose Manuel, D^a. Milagros, D. Álvaro, D. Germán y D. Dámaso.

Se acuerda sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, 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.

16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE MAYO DE 2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 19 de enero de 2012 el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- El demandante prestó sus servicios para la empresa CAPEANS, S.A. y mediante sentencia de fecha 12-1-09 del Juzgado de lo Social nº 3 de Madrid se declaró extinguida la relación laboral que mediaba entre las partes, con efectos de la fecha de dicha resolución, condenando a la parte demandada a abonar al, demandante una indemnización de 81.270 euros, a razón de un salario diario de 64,50 euros. (Autos 1570/08). 2º.- Interpuesta demanda en reclamación de cantidad, se alcanzó una conciliación ante el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid (autos 462/09) en los siguientes términos: la parte demandada ofrece a D. Abilio la cantidad de 11.515,01 euros líquidos por los conceptos de la demanda, que se abonará en el plazo de un mes y medio con fecha de vencimiento de 29 de julio de 2009. 3º.- Mediante auto de fecha 17-6-09 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, se declaró a la empresa en situación

de concurso de acreedores. 4º.- Con fecha 2-11-09, los Administradores Concursales emiten un certificado de créditos a favor del demandante, con los siguientes importes:

- 81.270 euros de indemnización.
- 12.666,51 euros de cantidades adeudadas.

5º.- Con fecha 16-4-10 el demandante solicitó al FOGASA el abono de 33.217,50 euros: 23.542,50 euros de indemnización (30 días con el tope de un año) y 9.675 euros de salarios adeudados (150 días a razón de 64,50 euros), lo que fue denegado por resolución de fecha 25-8-10 por no ser firme el crédito salarial recogido en el certificado de la administración concursal, si bien le reconoce el derecho a percibir del FOGASA 23.542,50 euros de indemnización."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D. Abilio contra EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo absolver y absuelvo al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL de los pedimentos de la demanda."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DON Abilio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 4 de noviembre de 2013 , en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Abilio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de los de MADRID, de fecha DIECINUEVE DE ENERO DE DOS MIL DOCE, en virtud de demanda formulada por D. Abilio contra FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en reclamación de CANTIDAD, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia."

TERCERO.- Por la representación de DON Abilio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 4 de noviembre de 2011.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 6 de noviembre de 2014 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 PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de mayo de 2015, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, consiste en determinar la responsabilidad en el pago de los salarios debidos por una empresa que se encuentra en concurso de acreedores, cuando el crédito del trabajador no ha sido incluido en la lista de acreedores por la administración concursal, ni es contra la masa, pero fue reconocido por la empresa en acto de conciliación.

2. La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador que en enero de 2009 obtuvo sentencia acordando la rescisión indemnizada de su contrato por impago

de salarios y al que en acto de conciliación, celebrado el 16 de junio de 2009, la empresa le reconoció adeudar 11.515 euros por los salarios impagados, siendo de destacar que al día siguiente la empresa fue declarada en situación de concurso de acreedores por auto del Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid. El Fondo de Garantía Salarial abonó al trabajador las cantidades que le correspondían por el concepto de indemnización por la rescisión contractual, pero le denegó el abono de lo que se le reclamaba por salarios con base a que, aunque el crédito había sido presentado en el concurso de acreedores, no era firme por no estar incluido en la lista de acreedores.

Contra esta decisión del FOGASA se presentó por el trabajador demanda que fue desestimada en la instancia y por la sentencia recurrida. El fundamento de esa decisión radica en que el crédito salarial no era firme por no estar incluido por los administradores de forma definitiva en la lista de acreedores del concurso, como requería el art. 25-b)-4 del Real Decreto 505/1985.

3. La sentencia de contraste, dictada el día 4 de noviembre de 2011 (R.S. 2943/2008) por el TSJ de Galicia contempla el caso de un trabajador que obtuvo en febrero de 2006 sentencia condenando a la empresa al pago de 4.305 euros en concepto de salarios, siendo el caso que la empleadora se encontraba en situación de concurso de acreedores desde noviembre de 2004. Como el crédito del trabajador no figuraba recogido en el informe de la administración concursal que no lo había incluido en la lista de acreedores el FGS se negó a pagar al trabajador cantidad alguna por ese concepto.

La sentencia del TSJ de Galicia condenó al FOGASA a pagar lo debido por los salarios reclamados, al entender que su deber derivaba de la sentencia firme de la jurisdicción social, sin que el artículo 33 del E.T. condicionara su obligación a la inclusión de ese crédito en la lista de acreedores del concursado, máxime cuando era obligada su inclusión en esa lista con base en los artículos 53 y 86-2 de la Ley

Concursal. Igualmente, argumentó que no era de aplicar lo dispuesto en el artículo 16-3 del R.D. 505/1985 por ser "contra legem" la interpretación del mismo que propugnaba el FOGASA, pues ninguna norma legal condicionaba su obligación de pago a la inclusión del crédito salarial en la lista de acreedores del concurso.

4. La contradicción entre las sentencias comparadas existe porque han resuelto de forma diferente la misma cuestión: si la obligación del FOGASA de pagar los salarios reconocidos en sentencia o conciliación judicial viene condicionada, cuando se trata de empresas en situación de concurso de acreedores, por el reconocimiento del crédito por la administración concursal y consiguiente inclusión en la lista de acreedores del concurso. La sentencia recurrida ha entendido que concurre esa condición y ha aplicado las disposiciones del R.D. 505/1985, mientras que la de contraste ha estimado que no existe esa condición legal y que es inaplicable el R.D. 505/1985 en este particular.

SEGUNDO.- Cual se deriva de lo antes expuesto, la cuestión planteada se reduce a interpretar el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, cuya infracción alega el recurso, para determinar si de sus disposiciones se deriva o no la necesidad de que el crédito salarial sea reconocido por la administración concursal e incluido por ella en la lista de acreedores del concurso, para que nazca la obligación del FOGASA de hacer frente a esos créditos con las limitaciones cuantitativas legales. La respuesta negativa implicaría la inaplicación de los artículos 16-3 y 25-b).4 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, preceptos que expresamente condicionan la obligación del FOGASA a la inclusión del crédito del trabajador en la lista de acreedores, disposiciones que serían inaplicables por "ultra vires".

Una interpretación lógica, histórica y sistemática de los preceptos cuestionados y demás concordantes lleva a estimar que es más acertada la solución doctrinal que da la sentencia recurrida. En efecto, los apartados 3 y 4 del art. 33 del E.T. en la redacción

vigente en 2009 nos muestra que la responsabilidad del FOGASA no nace automáticamente, sino que en todos los casos debe instruir el oportuno expediente de comprobación, incluso en los supuestos de concurso de acreedores puede realizar las oportunas comprobaciones y debe ser llamado. Y es lógico que así sea porque sólo viene obligado a pagar cuando la obligación existe y tiene derecho al reembolso de lo pagado, por cuanto se subroga en los derechos y acciones del trabajador al que paga, razón por la que ese derecho al reembolso sería ilusorio si el trabajador no fuese diligente en el reconocimiento de sus derechos.

En este sentido conviene tener en cuenta las funciones que, conforme a los artículos 26 y siguientes de la Ley Concursal, corresponden a los administradores concursales, tanto para la defensa de los intereses del concursado, como para la tutela de los demás acreedores, razón por la que les corresponde el reconocimiento de los créditos contra el concursado, conforme a los artículos 85 y siguientes de la Ley citada en defensa de los intereses del conjunto de acreedores, sin que la falta de inclusión en la lista de acreedores reconocidos deje indefenso a ningún acreedor diligente, pues podrá promover el incidente, regulado en los artículos 192 y siguientes de la Ley, para obtener la tutela de sus derechos. En tal sentido es lógico que el trabajador notifique su crédito, oportunamente, al Fondo y a la administración concursal, así como que accione contra la decisión de esta última si le perjudica, lo que no hizo el recurrente pidiendo a los administradores concursales que rectificaran la certificación emitida con la aportación de los documentos que evidenciaban su error o promoviendo el oportuno incidente concursal contra su decisión, acciones que puede ejercitar mientras no prescriban.

A la exigencia de ese "expediente de comprobación" del que hablaba el artículo 33-4 del E.T. responden los artículos 16-3 y 25-b).4 del R.D. 505/1985, por cuanto, es lógico que quien se hace cargo de las deudas de otro y paga por él subrogándose en los derechos de su acreedor, se cerciore antes de su deber de pagar, sin que venga obligado a asumir el pago de un crédito que es cuestionado por quien, dentro del concurso, tutela los derechos del deudor y de sus acreedores.

La solución dada ha sido corroborada por el legislador que ha realizado una interpretación auténtica de la norma y dado una nueva redacción al artículo 33-3 del E.T., precepto que, entre otras cosas, a partir de la reforma dada por la Ley 38/2011, 10 de octubre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, expresamente establece la necesidad de que "los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores".

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a estimar que es más correcta la doctrina contenida en la sentencia recurrida que debe ser confirmada. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don José Luis de Vicente Álvarez en nombre y representación de DON Abilio contra la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 2675/2012 , interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de enero de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, en autos núm. 1515/2010, seguidos a instancias de DON Abilio contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. Se declara firme la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, 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.

17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 13 de noviembre de 2012, el Juzgado de lo Social número 36 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Esteban frente a FOGASA debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones en su contra".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: El demandante D. Esteban presentó con fecha 8-03-2011 solicitud del fondo de garantía salarial, para que le abonara el 40% de la indemnización derivada de la extinción de su contrato, al amparo de lo establecido en el art. 33.8 ET (folio 10 de autos). Con fecha 1-7-2011, se emite resolución del Secretario General de la demandada, notificada al demandante el 06-09-2011, por la que se deniega la prestación (folios 13 a 16 de autos). TERCERO: El actor considera que la resolución denegatoria impugnada es contraria a derecho por haberse dictado en contra del acto presunto estimatorio de la pretensión al haber transcurrido más de tres meses desde la solicitud de la prestación y conforme establece el art. 28.7 del RD 505/85 de 6 de marzo . CUARTO: El actor presentó con carácter previo, demanda de recurso contencioso administrativo, que fue turnada al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Madrid, dando lugar al procedimiento abreviado núm. 831/2011, en donde se

dictó sentencia con fecha 7 de mayo del presente año por el que se estimó la falta de Jurisdicción alegada por la demandada y declarando la competencia del Orden Jurisdiccional Social".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Esteban dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sentencia con fecha en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Esteban , contra la sentencia de fecha 13 de Noviembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid en sus autos número 872/2012, seguidos a instancia de D. Esteban frente a FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en reclamación por Resolución de Contrato, y en su consecuencia, confirmamos dicha sentencia en todos sus términos".

CUARTO.- El letrado D. Jose Miguel Andrés Collar en nombre y representación de D. Esteban, mediante escrito presentado el 27/02/2014 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 Superior de Justicia de Madrid de fecha 11 de noviembre de 2013 (recurso nº 1151/2013). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 43.1.2 y 3 a) de la LRJPAC, ley 30/92 y por inaplicación del art. 28.7 del RD 505/1985 de 6 de marzo sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de marzo de 2015, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión debatida en el presente recurso de casación unificadora se contrae a determinar si debe entenderse estimada por silencio positivo la solicitud al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) de abono del 40% de la indemnización correspondiente a un trabajador cuyo contrato se ha extinguido, por aplicación del art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores , cuando la resolución expresa de dicho organismo, se dicta en plazo superior a los tres meses a que se refiere el Real Decreto 505/1985, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial; y si esta resolución tardía, desestimatoria de la pretensión, carece de eficacia para enervar el derecho del administrado ganado anteriormente por silencio positivo.

Consta en la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de enero de 2014 (Rec. 964/2013), que el actor presentó el 08-03-2011 solicitud al FOGASA para que le abonara el 40% de la indemnización por extinción de su contrato de trabajo, emitiéndose resolución de 01-07-2011, notificada al demandante el 06-09-2011, por la que se le deniega la prestación. Previamente se había dictado sentencia del orden contencioso administrativo que estimó la excepción de falta de jurisdicción y declaró la competencia del orden social.

Considera el actor que la resolución denegatoria es contraria a derecho por haberse dictado la misma una vez transcurrido el plazo de tres meses desde la solicitud de la prestación conforme establece el art. 28.7 RD 505/1985, de 6 de marzo. En suplicación se confirma la sentencia de instancia, que desestimó la demanda.

En dicha sentencia se razona que debe destacarse, además del art. 28.7 del Real Decreto 585/1985 en relación con el art. 43 apartados 1 y 2, de la Ley 30/92 , que el actor presentó la demanda rectora varios meses después de serle notificada la resolución

administrativa que ahora se impugna, hechos que hacen aplicable la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1984 , que declara que no queda privada de eficacia la resolución tardíamente pronunciada, pues si recayese resolución expresa el plazo para formular el recurso que proceda se contaría desde la notificación de la misma.

Recorre el actor en casación para la unificación de doctrina e Invoca como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de noviembre de 2013 (Rec. 1151/2013), en la que consta que la actora presentó el 04-03-2011 solicitud de abono del 40% de la indemnización derivada de la extinción de su relación laboral al FOGASA, dictándose resolución el 01-07-2011 denegatoria, por haber afectado la extinción en un periodo de 90 días al menos a 10 trabajadores sin seguir el procedimiento de extinciones colectivas.

Presentada demanda por la actora, en instancia se declaró su derecho a percibir la prestación solicitada, dejando sin efecto la resolución expresa de 01-07- 2011. La Sala de suplicación confirma la sentencia de instancia, por entender que, al haberse dictado la resolución en plazo superior a tres meses, la solicitud debe entenderse estimada por silencio positivo, sin que la excepción a dicho carácter se encuentre en el art. 33.8 y 51 y 52 c) ET, ya que dichos preceptos no se ocupan del valor del silencio administrativo.

Se aprecia la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas porque:

Existe identidad en cuanto a los hechos, por cuanto en ambos supuestos se solicita al FOGASA que abone el 40% de la indemnización derivada de la extinción de la relación laboral, dictándose resolución transcurrido en exceso el plazo de 3 meses. En

la sentencia de contraste, y no así en la recurrida, consta la causa de denegación, pero dicha circunstancia en nada desvirtuaría la existencia de contradicción, teniendo en cuenta que el mismo no es trascendente para la resolución del fondo del asunto.

Las pretensiones son las mismas, puesto que lo que se pretende en ambos casos es que se deje sin efecto la resolución expresa denegatoria del FOGASA por haberse dictado superado el plazo de tres meses previsto en el art. 28.7 RD 505/1985 de 6 de marzo, en relación con el art. 43.1 y 2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando ya debía entenderse estimada por silencio administrativo positivo.

En relación con los fundamentos, ambas Salas razonan sobre si debe entenderse estimada por silencio administrativo positivo la solicitud, cuando el FOGASA dicta resolución transcurrido el plazo de tres meses.

Los fallos son contradictorios, ya que en el supuesto de la sentencia recurrida la Sala entiende que no puede estimarse la pretensión por silencio administrativo positivo puesto que ha existido resolución expresa, mientras que la sentencia de contraste entiende que la resolución debe dejarse sin efecto por haber transcurrido un plazo superior a tres meses, siendo indiferente que la recurrida valore también el retraso del actor en presentar la demanda rectora de estos autos.

SEGUNDO.- El recurrente denuncia la infracción del art. 43.1.2 y 3 a) de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del art. 28.7 del Real Decreto 505/1985.

El citado art. 28.7 dispone que el plazo máximo para que el FOGASA dicte resolución "será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la

solicitud". Dicha disposición no establece ninguna excepción, por lo que se aplica a la totalidad de los expedientes cuya tramitación corresponde al Fondo.

La referida normativa no regula los efectos que para el administrado pudiera tener el incumplimiento del referido plazo, razón por la que ha de acudirse a la Ley 30/92 (LRJS de AP y PAC) que en su artículo 2.2 comprende al FOGASA en su ámbito de aplicación. El artículo 43.1 de esta Ley (redacción dada por Ley 25/09, sobre Libre Acceso a Actividades y Servicios) dispone que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista..., " el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado... para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en que una norma con rango de ley.... o una norma de Derecho Comunitario establezcan lo contrario", excepción que no se da en el caso de autos, donde sí se dictó, en cambio, resolución expresa extemporánea. El nº 2 de este artículo establece, a su vez, que "la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento". Y el nº 3 del mismo precepto condiciona el sentido de la resolución expresa, al disponer que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo".

Podemos adelantar, por tanto, que entendemos como doctrina correcta la de la sentencia de contraste, que se apoya en la sentencia de la Sala 3ª de este Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2012, doctrina coincidente con la sentencia de la misma Sala de 15 de marzo de 2011, que interpretan y aplican la legislación vigente, al contrario que la sentencia en que se apoyó la recurrida, anterior a las leyes administrativas y reglamentos vigentes.

No podemos aceptar la argumentación del Abogado del Estado de que no resulta posible obtener por silencio administrativo licencias o autorizaciones contra legem o en

contra del ordenamiento jurídico, ya que tal argumentación se refiere a supuestos distintos y, como hemos visto, lo único que puede impedir el juego del silencio positivo por el transcurso del plazo máximo en resolver, en los procedimientos iniciados de instancia o de parte, es que exista norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario que prevea para el caso el efecto negativo del silencio, lo cual no ocurre en el caso de autos.

Como señala con acierto el Ministerio Fiscal, la exposición de motivos de la ley 30/92 anuncia que el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que de primar la eficacia sobre el formalismo, solo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista. Así, la sentencia de la Sala Tercera de 2-2-2012 precisa que el silencio administrativo pueda tener lugar ante cualquier clase de solicitud, siempre que su contenido sea real y posible desde el punto de vista material y jurídico.

En el caso examinado, sobre rechazo del FOGASA al abono del 40% de la indemnización derivada de la extinción del contrato, podemos traer a colación nuestra sentencia de 26-12-2013, expresiva de que la responsabilidad del FOGASA por el 40% de la indemnización legal de despido ex art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores es una responsabilidad directa, que constituye un beneficio legal a favor de las empresas que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores independientemente de la situación económica empresarial.

Por otra parte como señala la sentencia de la Sala Tercera de 17-7-2012, citada en la de la misma Sala Tercera de 25-9-12 (R. 4332/11) -a su vez traída a colación por la parte recurrente en nuestro recurso y por el Ministerio Fiscal-: "una vez operado el

silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el art. 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad."

TERCERO.- En conclusión, de acuerdo con el razonado informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso interpuesto, debiendo reconocerse el derecho del recurrente a la prestación solicitada, al operar el silencio administrativo positivo el 8 de junio de 2011, careciendo de eficacia enervatoria la resolución expresa dictada el 1 de julio de 2011, por ser denegatoria de la petición.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jose Miguel Andrés Collar en nombre y representación de D. Esteban frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 9 de enero de 2014 dictada en el recurso de suplicación número 964/13. Casamos y anulamos dicha sentencia y, resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por el actor contra la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid de fecha 13 de noviembre de 2012, que revocamos, estimando la demanda rectora de estos autos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, 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.

18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2014

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 15 de noviembre de 2013 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Huesca dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "ESTIMANDO la demanda interpuesta por HIERROS DEL PIRINEO, S.L. frente a FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, debo condenar y condeno al organismo demandado FOGASA a abonar a la empresa actora una parte de la indemnización que abonó a los trabajadores D. Everardo, D. Mariano, D^a Rebeca, D. José Pedro y D. Arturo, la equivalente a 8 días de salario por año de servicio, con los límites legales".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "PRIMERO.- La empresa actora Hierros del Pirineo, S.L., mediante cartas de fecha 3-9-2012 y 10-9-12 procedió a extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores D. Everardo, D. Mariano, D^a. Rebeca, D. Jose Pedro y D. Arturo, al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) ET , por causas objetivas de carácter económico.- Como consecuencia de dichas extinciones, la empresa, que tenía menos de 25 trabajadores, abonó a los trabajadores, junto a la liquidación de la paga extra de Navidad

y vacaciones, la indemnización íntegra de 20 días de salario por año de servicio, a fin de evitarles los trámites de reclamación ante el FOGASA, que ascendió a los siguientes importes: - D. Everardo , 20.093,36 euros.- D. Mariano , 20.528,44 euros.- D^a Rebeca, 5.383,39 euros.- D. Jose Pedro, 11.091,80 euros. - D. Arturo, 5.779,03 euros. Los despidos no fueron impugnados.- SEGUNDO.- En fecha 30-10-2012 la empresa presentó solicitud de prestaciones al FOGASA para recuperar el 40% de las indemnizaciones, siendo desestimada por Resolución de 19-11- 2012, porque "de conformidad con lo dispuesto en el art. 33.8 ET según redacción dada al mismo por la Ley 3/2012, de 6 de julio, en empresas de menos de 25 trabajadores cuando la extinción del contrato se produzca por las causas previstas en los artículos 51 ó 52 ET , o el artículo 64 de la Ley Concursal , únicamente podrá reconocerse la prestación de 8 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año, a favor del trabajador afectado, indemnización que se calculará con los límites de una anualidad y del doble del salario mínimo interprofesional diario...".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza, la cual dictó sentencia en fecha 3 de febrero de 2014 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación núm. 10 de 2014 , ya identificado antes, y, en consecuencia, revocando la sentencia recurrida absolvemos al demandado FONDO DE GARANTÍA SALARIAL de los pedimentos formulados en su contra por la demandante HIERROS DEL PIRINEO, S.L."

CUARTO.- Por la representación procesal de HIERROS DEL PIRINEO, S.L. se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 12 de marzo de 2013 (R. 346/13).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de diciembre de 2.014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión suscitada en las presentes actuaciones es la relativa a la legitimación para reclamar al FOGASA el 40% de la indemnización por extinción del contrato que corresponde en empresa de menos de 25 trabajadores ex art. 33.8 ET, y que en el caso de autos había sido adelantada por la empresa y por ella reclamada al referido organismo público. Frente al rechazo de tal pretensión, la empresa interpuso demanda que tuvo favorable acogida en la sentencia que con fecha 15/11/2013 pronuncia el J/S nº 1 de los de Huesca [autos 227/13], pero que es revocada por la STSJ Aragón 03/02/2014 [rec. 10/14], con el argumento de que «Tanto de la pura literalidad de la norma como de su interpretación histórica, que desvela las diferencia existentes con sus anteriores contenidos, es fácil llegar a la conclusión de que se ha producido por voluntad legislativa un desplazamiento en el sistema de liquidación de la responsabilidad principal, directa e independiente que al Fondo de Garantía Salarial incumbe en los despidos a que se refiere la norma, desde una fórmula de reintegro al empresario que ha adelantado su abono, a otra de reconocimiento exclusivo de la titularidad de tal derecho al trabajador beneficiario de la medida ("el Fondo de Garantía Salarial abonará al trabajador...", declara paladinamente el precepto) por lo que la fórmula anticipatoria basada en la alegada cesión de crédito de los trabajadores a la empresa demandante, sobre la que descansa el pronunciamiento recurrido, se muestra incompatible con el exclusivo reconocimiento a aquellos de la legitimación para el ejercicio de la correspondiente acción de resarcimiento que realiza el comentado artículo 33.8».

2.- Decisión que se recurre en unificación de doctrina, señalando como contradictoria la STS País Vasco 12/03/13 [rec. 346/13] y denunciando infracción del art. 33.8 ET . Decisión ésta la referencial que contempla supuesto idéntico al de autos, de empresa con menos de 25 trabajadores que despide por causas objetivas a una trabajadora y le abona en su integridad la correspondiente indemnización, para posteriormente solicitar su reintegro al FOGASA, que se lo niega aduciendo que la legitimación corresponde en exclusiva al trabajador afectado. Criterio que no comparte la Sala de Suplicación, aplicando el mecanismo de la subrogación, con lo que es claro que en el presente caso se cumple la exigencia que impone el art. 219 LRJS para la viabilidad del RCU, de que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, por contener su parte dispositiva pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 24/06/14 -rcud 1200/13 -; 01/07/14 -rcud 1486/13 -; y 16/07/14 -rcud 2205/13 -).

SEGUNDO.- 1.- Acogemos la censura jurídica, pues como con acierto señala el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, tal posibilidad subrogatoria -por parte de la empresa y frente al FOGASA- ya fue admitida de antiguo por la Sala al declarar que el aunque la indicada entidad «tiene el carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores», también se admite «que esta obligación se module en función del comportamiento de las partes, de forma que si la empresa anticipa el pago de la parte correspondiente al Fondo podrá solicitar su reintegro de este organismo, pero si la empresa hace efectivo solamente el porcentaje del 60% se estará en el supuesto normal de la legitimación del trabajador para solicitar el 40% del Fondo» (STS 04/03/13 -rcud 958/12 -, reproduciendo doctrina precedentemente expuesta por las SSTS 27/06/92 -rcud 1931/91 -; 12/12/92 -rcud 679/92 -; 11/05/94 -rcud 1454/93 -; 05/12/00 -rcud 852/00 -; y 04/12/07 -rcud 3466/06 -).

2.- Ciertamente que tales sentencias iban referidas al precedente texto del art. 33.8 ET, en el que se disponía que «el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido... »; Texto que de manera incuestionable -como la propia Administración admite- consentía el mecanismo subrogatorio que la Sala ha admitido con la reiteración arriba indicada. Pero es que a la misma conclusión ha de llegarse aún para los supuestos a los que ya sea aplicable la reforma operada por la Ley 3/2012 [6/Julio] y tras la que la norma modificada refiere -entre otros extremos ajenos al debate presente- que «el Fondo de Garantía Salarial abonará al trabajador una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año».

Y llegamos a la misma conclusión por tres fundamentales razones: a) en primer lugar, el indicado texto para nada consiente la interpretación que el FOGASA hace, pues una cosa es que el trabajador sea el titular legítimo de la parte de indemnización que legalmente se disponía a cargo de aquel organismo [no hay que olvidar su desaparición, por mor de la DF 5 Ley 22/2013, de 23/Diciembre] y otra muy diferente es la posible legitimación de la empresa para reclamar aquel montante cuando -con plausible beneficio para los trabajadores- haya anticipado el abono de aquella cantidad; b) desde el momento en que el precepto no dispone expresamente que en tal supuesto se excluya un posible fenómeno subrogatorio, nada impide -antes al contrario- que cuando medie pago anticipado la falta de regulación del caso en el ámbito laboral sea suplida por heterointegración con la normativa propia del Código Civil, concretamente la relativa al pago por subrogación, porque con ello no se hace sino seguir el mandato de supletoriedad contenido en el art. 4.3 del mismo CC [«Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes»]; y c) la solución contraria, de negar la subrogación, significaría -por su falta de amparo legal expreso o implícito- injustificado perjuicio para los trabajadores, a quienes se les vendría a negar la viabilidad de una pronta y favorable solución a su cuestión indemnizatoria [no es imaginable que la empresa anticipase el pago si para reintegrarse hubiese de esperar a que los empleados despedidos lo obtuviesen del Organismo de garantía y aún después

que la empleadora tuviera que reclamárselo], a la par que muy malamente se compagina con la finalidad atribuible a la responsabilidad directa del FOGASA, que no es otra sino la de alivio o reducción del coste financiero que suponen los despidos económicos en determinadas empresas pequeñas [las que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores]» (SSTS 27/06/92 -rcud 1931/91 -; ... 04/12/07 -rcud 3466/06 -; y 26/12/13 -rcud 779/13).

3.- Por ello, en los supuestos del debatido anticipo procede aplicar los arts. 1203 [«Las obligaciones pueden modificarse: ... 3º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor»], 1210 [«Se presumirá que hay subrogación: ... 3º Cuando pague el que tenga interés en la obligación...»] y 1212 [«La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos...»] del Código Civil , mediante los cuales el Derecho Común -propriadamente en el art. 1210- dispone una subrogación «ope legis» a favor del solvens y aún en contra -mantiene la doctrina- de la voluntad del acreedor inicial y del deudor.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas [art. 235 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «HIERROS DEL PIRINEO, S.L.» y con revocación de la sentencia dictada por el TSJ de Aragón en fecha 03/Febrero/2014 [rec. nº 10/04], resolvemos el debate de Suplicación desestimando el recurso interpuesto por el «FONDO DE GARANTÍA SALARIAL» y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Huesca en 15/Noviembre/2013 [autos 227/13].

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, 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.

19-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2014

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 28 de junio de 2013, el Juzgado de lo Social de Huesca, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Los actores D. Plácido y D. Rubén vieron extinguida su relación laboral con la empresa Aragonesa de Fertilizantes, Semillas y Agroquímicos, S.L., por causas

objetivas, con fecha 31-12-2011.- En las cartas de despido, que cuantificaba la indemnización a cargo de la empresa en 16.738,17 euros en el caso del Sr. Plácido (salario regulador 75,79 euros, antigüedad 8-10-1990) y en 9.071,23 euros en el caso del Sr. Rubén (salario regulador 89,75 euros, antigüedad 1-6-2004), se indicaba que no podía hacerse efectiva por problemas de liquidez y remitía al Fogasa para el abono del 40% de la indemnización legal por ocupar menos de 25 trabajadores.- SEGUNDO.- Los actores percibieron el 40% de la indemnización del Fogasa, en virtud de resolución de fecha 28-2-12: 10.541,20 euros el Sr. Plácido (salario regulador 72,20 euros) y 4.729,63 euros el Sr. Rubén (salario regulador 74,68 euros).- TERCERO.- La empresa no abonó el 60% de la indemnización, lo que llevó a los actores a interponer demanda ante este Juzgado. En fecha 12-3-12, en conciliación judicial la empresa reconoció adeudar por el indicado concepto 16.738,17 euros al Sr. Plácido y 9.071,23 euros al Sr. Rubén , acordándose que el abono se realizaría el 20-3-12.- Incumplido el compromiso de pago, se despachó ejecución y por Decreto de 25-7-20 12 se declaró a la empresa en situación de insolvencia total.- CUARTO.- Presentada solicitud ante el Fogasa, se dictó resolución en fecha 27-9-2012, reconociendo 7.632,15 euros al Sr. Plácido y 3.153,62 euros al Sr. Rubén , en concepto de 60% de la indemnización, cantidades obtenidas tras calcular el importe de la indemnización íntegra, con el límite máximo de una anualidad del doble del SMI, y deduciendo la cantidad abonada en concepto del 40% de la indemnización, que fue calculada con el módulo entonces vigente del triple del SMI".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "ESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Plácido y D. Rubén frente a FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, condeno a la demandada a que abone las cantidades de 3.291,56 euros para el Sr. Plácido y 1.385,46 euros para el Sr. Rubén ."

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictó sentencia de fecha 16 de octubre de 2013, en la que como parte dispositiva consta la

siguiente: "Estimamos el recurso de suplicación núm. 418 de 2013, revocando la sentencia de instancia, desestimando la demanda interpuesta por D. Plácido y D. Rubén contra el Fondo de Garantía Salarial y absolviendo a la parte demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Plácido y D. Rubén recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 16 de septiembre de 1999 (Rec. nº 2412/1999).

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso y, no habiéndose personado la parte recurrida se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal consideró el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 5 de noviembre de 2014, 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 debía 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. En el supuesto enjuiciado en la sentencia recurrida (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 16 de octubre de 2013 (recurso 418/2013), revocando la sentencia dictada en instancia por el Juzgado de lo Social de Huesca en fecha 28 de junio 2013 (-autos 785/2012, 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 (SMI). 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 ET.

3. Dado que 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 establecía una responsabilidad subsidiaria con el límite del doble del SMI, los trabajadores plantearon la demanda origen de las presentes actuaciones solicitando que el descuento del 40% se hiciera con la indemnización calculada con arreglo al doble del SMI -de acuerdo con la ley en vigor en la fecha de insolvencia empresarial (y no del triple) que fue la cantidad realmente abonada con arreglo a la ley anterior- lo que fue estimado en la instancia. Pero la sentencia de suplicación estima el recurso del FOGASA y revoca dicha resolución al entender que debe descontarse la cantidad realmente abonada por el Fondo. 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., y cita la 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.

SEGUNDO.-1. Contra la sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, interponen los trabajadores demandantes recurso de casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción, por interpretación errónea, del artículo 19.3 del Real Decreto 505/1985, de seis marzo , incompatible con principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas restrictivas de derecho, recogidos en el artículo 9.3 de la Constitución Española, y todo ello en relación con el artículo 33, apartado 2 y 8 del Estatuto de los Trabajadores , invocando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 16 de septiembre de 1999 (recurso 2412/1999), que estima el recurso de la parte demandante y revoca la resolución de instancia reconociendo el derecho de los trabajadores a percibir del FOGASA las cantidades reclamadas. En ese caso dichos trabajadores habían percibido del FOGASA el 40% de la indemnización por despido colectivo con prorrata de la paga extraordinaria, y una vez declarada la insolvencia empresarial por auto de 17/11/1995, el referido organismo abonó el 60% descontando el pago anterior realizado en concepto de responsabilidad directa pero sin la prorrata de la paga extra, al haber recaído STS de 16/05/1995 (recurso 2517/1994), estableciendo que el módulo salario-día para el cálculo de la indemnización no puede superar el duplo del SMI sin pagas extraordinarias. La sentencia argumenta para fundamentar su fallo que ante un cambio jurisprudencial legítimo, el ciudadano puede confiar en que no se van a ver afectadas situaciones personales consolidadas al amparo de la nueva línea jurisprudencial si ello supone menoscabo de sus derechos, pues eso sería contrario a los principios de irretroactividad y de seguridad jurídica. Añade que el cambio jurisprudencial no puede afectar, ni

directa ni indirectamente, a una situación creada por una resolución firme que ha generado derechos que se han integrado en el patrimonio personal del trabajador.

2. Como se deduce de lo expuesto, y como informa el Ministerio Fiscal, no concurre el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, para lo que se requiere la necesidad pronunciamientos diversos -entre la sentencia recurrida y la de contraste- respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (últimamente, SSTS/IV 16-julio-2013 -rcud 2275/2012 , 22-julio-2013 -rcud 2987/2012 - y 25-julio-2013 -rcud 3301/2012); siendo de destacar con respecto a los fundamentos, que no ha de entenderse como exigencia de igualdad en los razonamientos jurídicos, sino como lo ha venido entendiendo la doctrina jurisprudencial, igualdad en el debate jurídico, es decir, igualdad de pretensiones y de resistencia de las partes, «... la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación (Sentencias de 13-12-91 [rcud. 771/91], 5-6 y 9-12-93 [rcud. 241/92 y 3729/92], 14-3-97 [rcud. 3415/96], 16 y 23-1-02 [rcud. 34/01 y 58/01]. 26-3-02 [rcud. 1840/00], 25-9-03 [rcud. 3080/02] y 13-10-04 [rcud. 5089/03] entre otras).

3. Existen sin duda similitudes en las sentencias objeto de comparación, pues en ambos casos se trata de calcular la responsabilidad subsidiaria que con respecto al FOGASA establece el artículo 33.2 ET, cuando previamente dicho Organismo ha tenido que responder de la responsabilidad directa del artículo 33.8 ET , y entre una y otra se ha producido un cambio en la forma de calcular la indemnización objeto de dicha responsabilidad, que afecta tanto a la directa como a la subsidiaria, habida cuenta que la primera se calcula con arreglo al módulo de la segunda por remisión del número 8 a lo establecido en el número 3 ambos del artículo 33 ET ; y las sentencias llegarían a soluciones distintas, pues mientras en la recurrida se realiza el descuento de la cantidad efectivamente abonada en concepto de la responsabilidad directa, en la de contraste dicho descuento no se produce. Pero, no obstante, no cabe apreciar la contradicción, porque en la sentencia recurrida lo que está en juego es el mantenimiento de la situación

anterior con motivo de un cambio de regulación, determinado por una sucesión de normas de igual rango, mientras que en la sentencia de contraste no se produce tal cambio de regulación, y de ahí, que ante situaciones diversas, también hayan sido distintos los pronunciamientos de las sentencias objeto de comparación, por lo cual no puede hablarse de discrepancia doctrinal alguna que precise de unificación.

4. En cualquier caso, y aun aceptando -a efectos meramente dialécticos- la existencia de contradicción, el recurso no podría prosperar al ser coincidente la doctrina de la sentencia recurrida con la contenida en la sentencia de esta Sala de fecha 26-12-2007 (rcud. 507/2006).

TERCERO.- 1.- Los razonamientos procedentes conllevan -de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal- a desestimar en este momento procesal, por falta del requisito ineludible de contradicción, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los dos trabajadores demandantes, sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 235.1 LRJS).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Victor Castellón Miranda, en nombre y representación de D. Plácido y D. Rubén , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 16 de octubre de 2013 (recurso 418/2013), revocando la sentencia dictada en instancia por el Juzgado de lo Social de Huesca en fecha 28 de junio 2013

(autos 785/2012), recaída en demanda por reclamación de cantidad contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA). Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, 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.

20-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 2014

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 17 de julio de 2012 el Juzgado de lo Social nº 4 de Jaén dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimar la demanda promovida por don Rodrigo , don Demetrio , don Jorge , don Severino , don Guillermo , don Casimiro , don Jesús Ángel , don Oscar , don Luis Angel y don Agapito contra el Fondo de Garantía Salarial, a quien condeno a abonar a los actores las sumas siguientes conforme a la antigüedad de:- Rodrigo, 1.10.1995, 719,75 euros. - Demetrio, 24.07.2001, 4.291,56 euros. - Jorge, 11.11.1996, 6.593,98 euros. - Severino, 5.10.1995, 9.515,5 euros. - Guillermo, 1.03.2001, 5.725,9 euros. - Casimiro, 12.07.1999, 4.481,55 euros. - Jesús Ángel, 8.01.2004, 745,4 euros.- Oscar; 11.08.1999, 6.492,41 euros. - Luis Angel, 1.05.1999, 6.839,05 euros.- Agapito, 21.10.2007, 1.629,8 euros con absolución de Molina Tradición S.L. (en concurso).".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: PRIMERO.- Don Rodrigo con DNI NUM000 , comenzó a prestar servicios en la fábrica situada en la Nave 23 de la Carretera Bailén Motril en la pedanía de las Infantas de Jaén, como socio trabajador autónomo dependiente de la Sociedad Cooperativa que prestaba sólo y exclusivamente servicios para Industrias Porlan, S.L en fecha 01-10-1995, siendo el 31 de julio de 1996 subrogado por industrial Podan, S.L. y posteriormente por la empresa Molina Tradición S.L. y en todos los casos siempre ha venido prestando su trabajo en la misma nave industrial anteriormente expuesta. Don Demetrio con DNI NUM001, comenzó a prestar servicios para la mercantil Industrias Agroalimentarias de Jaén S.L., de la cual era representante legal Juan Molina Rueda, en fecha 24 de julio de 2001 comienza con Industrias Porlán S.L y posteriormente en fecha 1 de enero de 2008, fue subrogado por Molina Tradición S.L.. Don Jorge con DNI NUM002, comenzó a prestar servicios para Industrias Porlán S.L., a través de una empresa de Trabajo Temporal LAN BILA BULENGOA ETT S el día 11 de noviembre de 1996, posteriormente continuó prestando servidos para Industrias Porlán S.L. como socio trabajador de la sociedad cooperativa a partir del día 01-10-1997, y sin solución de continuidad en fecha 1 de mayo de 1998, comenzó a prestar servicios por cuenta ajena directamente para Industrias Podan S.L. hasta que en fecha 1 de enero de 2008, es subrogado por MOLINA TRADICJON S.L. reconociendo ésta la antigüedad desde la fecha del 11 de noviembre de 1996. Don Severino , con DNI NUM003 , comenzó a prestar servicios en fecha 5 de abril de 1995 para industrias Porlan S.L. hasta la fecha de 4 de octubre de 1995, posteriormente con fecha 5 de octubre de 1995, y sin solución de continuidad, comienza a prestar servicios para Industrias Agroalimentarias de Jaén S.L. hasta la fecha del 16 de julio de 1997, y a partir de 17 de julio de 1997, es subrogado de nuevo por Industrias Porlan S.L. hasta la fecha de 10 de febrero de 2005, fecha esta en la que comienza a prestar servicio para otra empresa del mismo grupo, Distribuidora de Embutidos Lácteos S.L. hasta la fecha del 18 de agosto de 2005, vuelve a ser dado de alta con Industrias Porlan S.L. hasta el 31 de diciembre de 2007, que sin solución de continuidad pasa a prestar servicios para MOLINA TRADICION S.L. la cual subroga con todos los derechos y obligaciones y reconociendo antigüedad desde la fecha de 5 de octubre de 1995. Don Guillermo , comenzó a prestar servicios como socio trabajador para el Grupo de Molina, en fecha 1 de marzo de 2000, hasta la fecha del 28 de febrero

del 2003 posteriormente y sin solución de continuidad es dado de alta con Distribuidora de Embutidos Lácteos S.L. hasta la fecha del 31 de enero de 2007, y sin solución de continuidad comienza a prestar servicios el día 1 de febrero de 2007 hasta la fecha del 31 de diciembre de 2007 con Industrias Porlan S.L. fecha ésta en que a partir del 1 de enero de 2008, MOLINA TRADICIÓN S.L. subroga con todos los derechos Y obligaciones, reconociéndole una antigüedad desde 3 de marzo de 2003. Don Casimiro con D NUM004 , comenzó a trabajar para Industrias Agroalimentarias de Jaén en fecha 12 de julio de 1999 hasta la fecha del 13 de abril de 2004, en estas intermedias el trabajador estuvo pluriempleado en horario nocturno en la empresa de recogida de basuras de Jaén, FCC MEDIO AMBIENT S.A el día 14 de abril de 2004 y sin solución de continuidad subrogado por otra mercantil del Grupo de Molina Industrias Porlan S.L. hasta la fecha del 31 de diciembre de 2007, y el día 1 de enero de 2008, es subrogado por MOLINA TRADICIÓN S.L. reconociendo todos los derechos con una antigüedad de fecha 12 de julio de 1999. Don Jesús Ángel, con DNI NUM005 , comenzó a trabajar para Sociedad Cooperativa como socio trabajador de la misma, prestando servicios para el Grupo de Molina, desde el 01-05-2003 hasta el 29-02-2004, y posteriormente subrogado por Industrias Porlan SA, desde 31-05-2004 hasta el 04-06-2004, pasó con la misma subrogación a depender de Herminia desde el 02-08-2004 hasta el 11-08-2004. Y desde el 16 de septiembre de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2004, comenzando de nuevo con Industrias Porlan SA. en fecha de 8 de noviembre de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2007, en fecha 1 de enero de 2008 es subrogado por MOLINA TRADICION S.L. la cual reconoce como fecha de antigüedad en su nómina la fecha del 08-01-2004. Don Oscar , con DNI NUM006 , comenzó a trabajar como socio trabajador de la Sociedad Cooperativa que prestaba servicio para el Grupo de Molina en fecha 01-02-1996, hasta el 31-07-1999, fecha ésta en que comienza a trabajar para Industrias Agroalimentarias S.L. empresa del Grupo Molina el día 11-08-1999, sin solución de continuidad hasta la fecha del 10-08-2006, al día siguiente es subrogada por otra empresa del mismo grupo Industrias Porlan S.A. desde 11-08-2006 hasta la fecha del 31-12-2007, fecha en que es subrogada por MOLINA TRADICION S.L. reconociendo la antigüedad de 11-08-1999. Don Luis Angel con DNI NUM007, comenzó a trabajar para Industrias Agroalimentarias de Jaén S.L. en fecha 01-05-1999 hasta la fecha del 06-12-99, en la que es subrogado por Industrias Podan SA. el día 07-12-1999, hasta la

fecha del 30-04-2002, al día siguiente continúa trabajando en alta con la empresa en la que había comenzado Industrias Agroalimentarias de Jaén S.L. desde 01-05-2002 hasta el 10-08-2006, subrogado justamente al día siguiente por Industrias Podan SA. desde el 11-08-2006 hasta el 31-12-2007, el que al día siguiente se subroga por MOLINA TRADICION S.L. por tanto el actor ha prestado servicios sin solución de continuidad para empresas afines o en el mismo Grupo Empresarial de Molina desde el 01-05-1999. Don Agapito, con DNI NUM008, comenzó a trabajar para la empresa MOLINA TRADICION S.L. el día 15-10-2007, ha estado prestando servicios sin solución de continuidad hasta la fecha de su extinción de relaciones laborales. SEGUNDO.- La empresa Molina Tradición, S.L. ha sido declarada en situación de concurso voluntario de carácter ordinario por auto dictado el 21.03.2011 por el Juzgado de lo Mercantil de Jaén. El día 31.05.2011 se dicta auto por el Juzgado de lo Mercantil de Jaén por el que se acuerda la extinción de los contratos de trabajo de los actores con las antigüedades siguientes: - Rodrigo, 1.10.1995. - Demetrio, 24.07.2001. - Jorge, 11.11.1996. - Severino, 5.10.1995. - Guillermo, 1.03.2001. - Casimiro, 12.07.1999. - Jesús Ángel, 8.01.2004. - Oscar, 11.08.1999. - Luis Angel, 1.05.1999. - Agapito, 21.10.2009. El Administrador Concursal certifica el 5.07.2010 que las antigüedades de los actores son: - Rodrigo, 1.10.1995. - Demetrio, 24.07.2001. - Jorge, 11.11.1996. - Severino, 5.10.1995. - Guillermo, 1.03.2001. - Casimiro, 12.07.1999. - Jesús Ángel, 8.01.2004. - Oscar, 11.08.1999. - Luis Angel, 1.05.1999. - Agapito, 21.10.2007. TERCERO.- A solicitud de la actora se inicia expediente de solicitud de prestaciones al FOGASA. Por resolución de 26.09.11 se reconoce a los actores las cantidades en concepto de indemnización que se especifican en el hecho quinto de la demanda CUARTO.- La demanda ha sido presentada ante el Juzgado Decano de Jaén el día 15.11.2011 y en ella los actores solicitan se les reconozca las antigüedades que se pactaron y fueron reconocidas en el ERE del juzgado de lo mercantil de Jaén y se les abone la diferencia entre la indemnización por despido que le correspondía de acuerdo a dicha antigüedad y la suma que le ha sido abonada por el FOGASA, detallada en el suplico de la demanda, reproducido a efectos probatorios. QUINTO.- El actor presentó papeleta de conciliación ante el CMAC y frente a la empresa el 3.08.11, celebrándose el acto de conciliación el día 1.09.11, sin efecto."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el FOGASA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada), la cual dictó sentencia en fecha 9 de enero de 2013 , en la que consta el siguiente fallo: " Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. N° 4 de Jaén en fecha 11/07/12 , en Autos seguidos a instancia de Casimiro Y OTROS en reclamación sobre MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES contra FOGASA, MOLINA TRADICION S.L. y ADMON. CONCURSAL MOLINA TRADICION S.L., confirmando la Sentencia de instancia en el pronunciamiento relativo al trabajador D. Agapito, y revocándola en relación a las fechas de antigüedades e Indemnizaciones relativas a los siguientes trabajadores: D. Rodrigo, la de 31-07-1996; 2. D. Jesús Ángel, la de 8-11-2004; 3. Guillermo, la de 31-07-2007;4. D. Casimiro, la de 14-04-2004; 5. D. Oscar, la de 11-08-2006; 6. D. Luis Angel, la de 11-08-2006."

CUARTO.- Por la representación de D. Rodrigo Y OTROS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (sede Granada) con fecha 9 de enero de 2013 en el Recurso núm. 2284/2012.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el presente recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar la desestimación del recurso. E instruida la Excma. Sra. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de junio de 2014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Los demandantes han venido prestando servicios por cuenta de distintas empresas, mediando subrogación y en algunos casos en calidad de socios trabajadores de sociedad cooperativa, siendo la última subrogada Molina Tradición S.A., declarada en situación de concurso voluntario de carácter ordinario por auto de 21 de marzo de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil de Jaén . En virtud de auto de 31 de mayo de 2011 el Juzgado de lo mercantil de Jaén acuerda la extinción de los contratos de trabajo de los actores. Reclamado ante el Fondo de Garantía Salarial el pago de las indemnizaciones las satisfechas por el FOGASA no coincidieron con las pactadas en el proceso de extinción a tenor de las indemnizaciones que les fueron reconocidas. Formulada demanda por las diferencias, el Juzgado de lo social estimó la pretensión actora y su resolución fue parcialmente revocada en suplicación que modificó la antigüedad e indemnización de seis de los diez trabajadores.

Recurren los demandantes en casación para la unificación de doctrina ofrecen como sentencias contradictorias las de 12 de julio de 2010 dictada por el TSJ del País Vasco y la de 21 de julio de 2001 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo al deducir dos motivos de casación unificadora.

SEGUNDO.- El primero de los motivos se dirige a sostener la alegación de litis pendencia y cosa juzgada positiva basándose en que la sentencia del Juzgado de lo Social había reconocido la indemnización establecida por el Juzgado de lo Mercantil, modificada en suplicación.

La sentencia recurrida revocó el pronunciamiento recaído en la instancia por entender que la antigüedad reconocida por el Juzgado de lo Mercantil carecía de efectos de cosa juzgada, en cuanto al alcance de la antigüedad e indemnizaciones, por tratarse de aspectos individuales de la relación del trabajador con la empresa por lo que se

tendría que haber acudido al procedimiento previsto en el artículo 195 de la Ley Concursal cuando el incidente concursal se promueve por los representantes de los trabajadores.

La sentencia seleccionada de contraste es la dictada por el TSJ del país Vasco el 12 de julio de 2010 respecto de la que no se efectúa análisis alguno de la contradicción limitándose el recurso a la reproducción del texto de los fundamentos de ambas sentencias sin otra exposición destacando sus diferencias.

En la sentencia de comparación, ante una reclamación de cantidades e indemnizaciones derivada de un expediente de regulación de empleo de empresas en concurso, con origen en un ERE contemplando indemnizaciones distintas a las del convenio Colectivo que prevé 45 días con doce años y complementos de antigüedad. Ante el Juzgado de lo Mercantil se había planteado incidente recayendo sentencia en el mismo y posteriormente, en suplicación, por la Administración se plantea excepción de litis pendencia y cosa juzgada. La sentencia de contraste estima el recurso al haber sido ya discutido en el ámbito mercantil la cuestión planteada en lo social, tanto las reclamaciones salariales por impagos o abonado y las indemnizaciones legales de extinción.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que

respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R. 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 .

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009 , 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, 1622/2011 y 24 de enero de 2012 R. 2094/2011.

Entre ambas resoluciones no cabe establecer la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la L.J .S. habida cuenta las diferencias no son fácticas que concurren sino del modo de ordenación de las pretensiones y sus respectivos fundamentos. En la recurrida, directamente se aborda ante la Jurisdicción social el alcance de aspectos individuales de la relación entre empresa y trabajadores. Por el contrario, en la referencia dicha cuestión fue discutida y resuelta mediante el oportuno incidente que concluyó en sentencia ante el Juzgado de lo Mercantil, precedente que no existe en las actuaciones de las que trae causa el presente recurso.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, el motivo deberá ser desestimado.

TERCERO.- En el segundo motivo, cuyo objeto es el que se refiere a la existencia de sucesión de empresas en relación a la antigüedad, la sentencia aportada de contraste es la dictada por el T.S. el 20 de julio de 2001 (Rec. 3608/2000) respecto de la que tampoco se realiza análisis de la contradicción limitándose el recurso a la reproducción de parte de su fundamentación. La sentencia desestima un recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contradicción. Es cierto que lo debatido era la posible sucesión de empresas, pero al margen de la trascendencia de dicho aspecto en la indemnización del interesado es lo cierto que la referencial no contiene un pronunciamiento sobre el fondo sino que concluye en la estimación de una causa de inadmisibilidad, la falta de contradicción, por lo que atendiendo a la doctrina antes reiterada, procede la desestimación del motivo.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso al apreciarse en ambos motivos la existencia de una causa de inadmisión en el trámite de dictar sentencia, sin que hay lugar a la imposición de las costas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 235 de la L.J.S.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de D. Rodrigo, D. Jesús Ángel, D. Casimiro, D. Guillermo, D. Oscar y D. Luis Angel, contra de la sentencia dictada el 9 de enero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada), en recurso de suplicación nº 2284/2012 , interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Jaén , en autos núm. 234/2012, seguidos a instancias de D. Casimiro Y OTROS sobre DERECHOS. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, 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.

21-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE DICIEMBRE DE 2013

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El día 11 de octubre de 2012 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 6654/2011, interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, en los autos nº 787/2010, seguidos a instancia de "Ascensores Rubori, S.A.", contra el Fondo de Garantía Salarial sobre reclamación de cantidad. La parte dispositiva de la

sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, es del tenor literal siguiente: " Que desestimando íntegramente el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Ascensores Rubori, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Barcelona en fecha 15 de abril de 2.011 , recaída en el procedimiento 787/2010, seguido por la empresa recurrente contra el Fondo de Garantía Salarial, en solicitud de prestaciones económicas, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, desestimando íntegramente la demanda rectora ".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 15 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, contenía los siguientes hechos probados: " Primero.- La parte demandante Ascensores Rubori, S.A., despidió a la Sra. Ofelia , con una antigüedad en la empresa de 02.01.97, por carta de fecha 01.12.09, y con efectos del día 31.12.09, en base a causas objetivas (técnicas y organizativas), haciendo constar que se le abonaba, como así se hizo, una indemnización de 33.107,01 euros. Segundo.- El salario que cobraba la Sra. Ofelia, y por el que cotizaba la empresa, era de 1.697,08 euros mensuales, sin que conste ninguna percepción superior o gratificación de vencimiento superior al mes, en el último año. Tercero.- La empresa solicitó del Fondo de Garantía Salarial el 40 % de la indemnización en fecha 19.01.10, y esta entidad dictó resolución en fecha de 18.06.10 denegando el pago del 40 % de la indemnización en base a que: 'que el despido operado no reúne las características y connotaciones que definen la extinción del contrato por causas objetivas, al amparo del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores , por lo que no es admisible pretender resarcirse del pago de una indemnización muy superior a la legalmente establecida amparándose en el art. 33.8 del referido texto legal , que no se corresponde con la situación de crisis económica aludida, toda vez que dicho precepto contempla una responsabilidad del fogasa, no como garantía del pago de indemnizaciones, sino como alivio o reducción del coste financiero para el empresario en los despidos por causas económicas, situación que no encuadra en el presente supuesto, por lo que el propio mandato del art. 33.8 de dicho texto legal obliga a denegar la prestación solicitada'. Cinco.- En caso de ser estimada la demanda, la cantidad correspondiente al 40 % de la indemnización en función del salario cotizado y la antigüedad de la trabajadora sería de 5.802,16 euros".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Desestimo la demanda promovida por Ascensores Rubori, S.A., contra el Fondo de Garantía Salarial, y absuelvo a esta entidad de las pretensiones de la demanda".

TERCERO.- Por el Letrado Don Jordi- Isaac Berruezo Gutiérrez, en nombre y representación de "Ascensores Rubori, S.A.", 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 fecha 4-diciembre-2007 (rollo 3466/2006). SEGUNDO.- Denuncia la infracción de los arts. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 23 de mayo de 2013 se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- No habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de noviembre actual. Se han cumplido en la tramitación del presente recurso las exigencias legales, salvo la relativa al plazo para dictar sentencia por acumulación de asuntos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se suscita en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar sí, en interpretación del art. 33.8 Estatuto de los Trabajadores (ET), en la redacción vigente en la fecha de solicitud de las prestaciones de garantía salarial (19-01-2010), -- en la que se disponía que " En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal " y que "El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo" --, para que el FOGASA asumiera la referida responsabilidad era o no necesario que la empresa de menos de 25 trabajadores que procediera al despido objetivo fuera insolvente o, al menos, que no tuviera una situación económica saneada o capacidad económica suficiente evidenciada por el hecho de abonar al trabajador despedido una indemnización superior a la legalmente establecida.

2.- La sentencia de suplicación recurrida (STS/Catalunya 11-octubre-2012 -rollo 6654/2011), confirmando la sentencia de instancia (SJS/Barcelona nº 3 de fecha 15-abril-2011 -autos 787/2010), en un supuesto en el que la empresa abono a la trabajadora despedida por causas objetivas una indemnización superior a la legal, entendió que el FOGASA no debía abonar cantidad alguna con fundamento en el art. 33.8 ET , argumentando, en esencia, que " aunque existe doctrina constitucional, por todos, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas 9 de junio de 1.994 y 4 de diciembre de 2.007, en que se establece la responsabilidad del FOGASA con independencia de que la cantidad percibida de la empresa sea igual, menor o mayor a 20 días por año, lo cierto es que si la empresa ya ha abonado al trabajador una cantidad superior a la que corresponde por un despido objetivo declarado improcedente (45 días de salario por año de servicio), se incumple la función que tiene dicho Organismo consistente en ayudar en el pago de la indemnización a las empresas de menos de 25 trabajadores, demostrando esta actuación de la empresa que tenía capacidad económica suficiente para hacerse cargo de toda la indemnización correspondiente al despido

improcedente o sin causa, así como que en ningún momento hubo voluntad de que el despido pudiera ser declarado procedente, de modo que, aunque el artículo 33.8 del ET no establece esa limitación, lo cierto es que la forma de actuar de la empresa va en contra de la razón de ser de la Ley, que ha de ser interpretada de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, en este caso, a que se haya seguido el artículo 52 sobre despido, en que la indemnización tipo a abonar es 20 días de salario por año de servicio, que se puede elevar en el transcurso de negociación entre las partes, pero que cuando pasa de 45 días por año desnaturaliza este tipo de despidos, estando un fraude de ley, lo que ha entendido el magistrado de instancia, y que no necesita la ayuda de un Organismo Público que se nutre de cotizaciones sociales".

3.- La sentencia invocada como de contraste por la empresa recurrente (STS/IV 4-diciembre-2007 -rcud 3466/2006), recaída también en un supuesto, -- aun de fecha anterior (julio 2005), pero de redacción esencialmente idéntica del precepto cuestionado ("En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52 " y que "El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo ") --, en el que se denegaron las prestaciones de garantía salarial ex art. 33.8 ET a un trabajador despedido por causas objetivas que había percibido en concepto de indemnización una cantidad superior al 100% de la legal, llega a solución contraria, argumentando, con invocación de la STS/IV 3-julio-2001 (rcud 486/2000), que " a diferencia de lo que sucede con las responsabilidades a cargo del FGS establecidas en los apartados 1 y 2 del art. 33 del ET, que tienen carácter de responsabilidad subsidiaria de carácter aseguratorio o de garantía para el supuesto de insolvencia de la empresa, la responsabilidad del FGS por el 40% de la indemnización legal de despido establecida en el art. 33.8 del ET es, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, una responsabilidad directa (SSTS 27-6-

1992, 24-11-1992, 12 y 16-12-1992 , 23-7- 1993, 11-5-1994, 7-5-1997), cuyo hecho causante no es la insolvencia del empresario sino el reconocimiento por resolución administrativa o sentencia judicial de la obligación de pago de dicha indemnización legal. La función de esta responsabilidad directa del FGS no es, en suma, la de garantía o aseguramiento de salarios o indemnizaciones a cargo del empresario, sino la de alivio o reducción del coste financiero para el empresario de los despidos económicos en determinadas empresas pequeñas (las que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores)", así como afirmando que "el empresario ha cedido al trabajador aquella suma que, por haberla satisfecho él, estaba legitimado para reclamar del Fondo. Y tal cesión, no tachada de viciada por una de las causas que invalidan los contratos, no vulnera los mandatos que se dicen infringidos, ni existe precepto legal que impida al empresario incrementar el importe de las indemnizaciones legales, que tienen carácter de mínimas, sin que pueda afirmarse que la cesión de estas sumas al trabajador, implique su enriquecimiento injusto ".

4.- Concorre, el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, por lo que procede entrar a conocer del fondo del asunto, invocando la empresa recurrente como infringido el art. 33.8 ET.

SEGUNDO.- 1.- La solución jurídicamente correcta, entendemos, es la contenida en la sentencia invocada como de contraste, la STS/IV 4-diciembre-2007 (rcud 3466/2006), cuyos argumentos damos por reproducidos; y, además, cabe concluir que: a) a diferencia de las prestaciones de garantía salarial derivadas de las indemnizaciones por despido objetivo contempladas en el art. 33.2 ET que exigen, por remisión al art. 33.1 ET , que la indemnización no se haya abonado por la empresa por insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, teniendo el carácter de responsabilidad subsidiaria de carácter aseguratorio o de garantía para el supuesto de insolvencia empresarial, la responsabilidad del FOGASA por el 40% de la indemnización legal de despido ex art. 33.8 ET es una responsabilidad directa; b) tal

responsabilidad ex art. 33.8 es un beneficio legal a favor de las empresas que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores independientemente de la situación económica empresarial; y c) cabe entender que, " a sensu contrario ", confirma la tesis expuesta, aun no siendo aplicable al presente supuesto, la reciente supresión del apartado 8 del art. 33 efectuado la DF 5ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE 26-12-2013).

2.- Procede, por lo expuesto, estimar el recurso de casación de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, casando y anulando la sentencia impugnada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la empresa, revocando la sentencia de instancia y estimando la demanda y condenando al FOGASA al abono a la empresa las prestaciones de garantía salarial en la cuantía no discutida para el supuesto de estimación de la demanda, y reflejada en el hecho declarado probado 5 de la sentencia de instancia, por importe de 5.802,16; sin costas y con devolución a la empresa de los depósitos efectuados para recurrir [arts. 235.1 y 228.2 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por "ASCENSORES RUBORI, S.A.", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 11-octubre-2012 (rollo 6654/2011), recaída en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona en fecha 15-abril-2011 (autos 787/2010), en proceso seguido a instancia de la empresa ahora recurrente contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. Casamos y anulamos la sentencia impugnada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por la empresa, revocando la sentencia de instancia y estimando la

demanda y condenando al FOGASA al abono a la empresa las prestaciones de garantía salarial en cuantía 5.802,16; sin costas y con devolución a la empresa de los depósitos efectuados para recurrir.

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

22-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2013

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El 20 de septiembre de 2012 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Logroño, en los autos nº 387/11, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre prestaciones. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja es del tenor literal siguiente: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado Sr. Mingo de Miguel en representación de INDUSTRIA RIOJANA DEL ALUMINIO SA contra la sentencia dictada con fecha 1 de diciembre de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 3 de La Rioja en autos 387/2011, seguidos por dicha parte contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, representados por el Letrado Habilitado de la Abogacía del Estado en La Rioja en materia de reclamación de cantidades debemos confirmarla. Con condena a la parte recurrente a

abonar al Letrado impugnante de su recurso, la cantidad de 600, en concepto de honorarios. Se dispone la pérdida del depósito y de la consignación constituida para recurrir, a los que se dará el destino legal cuando la presente resolución sea firme".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 1 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Logroño, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Industria Riojana del Aluminio S.A. es una empresa dedicada a la actividad de fabricación e instalación de ventanas de aluminio y tiene menos de veinticinco trabajadores. ----2º.- La empresa en fecha 29/01/2010 procedió a comunicar a seis trabajadores de su plantilla la decisión de extinguir su contrato de trabajo en base a causas productivas al amparo del artículo 52.c) del E.T ., el contenido de las cartas de despido e incorporadas a las prueba de la actora se dan aquí por reproducidas en aras a la brevedad. Los trabajadores afectados por el despido son:

- Luis.
- Victoriano.
- Álvaro.
- Enrique.
- Justo.
- Justo.

----3º.- Los trabajadores promovieron papeleta de conciliación solicitando que la empresa reconozca la nulidad o subsidiaria improcedencia de los despidos efectuados, celebrándose conciliación el día 19 de febrero de 2.010, con el contenido que consta en el acta y alcanzando los trabajadores un acuerdo por el que la empresa ofreció una mejora de la indemnización que fue aceptada y cobrada por los trabajadores. ----4º.- Una vez que los trabajadores hubieron cobrado las cantidades por el despido, la empresa actora solicitó al Fogasa que le abonara el equivalente al 40% del importe de las indemnizaciones que legalmente corresponden a la extinción por causas objetivas con

los límites previstos legalmente. ----5º.- Por resolución del Secretario General del Fondo de Garantía Salarial de 10 de agosto de 2.010 (expediente número NUM000) se acuerda denegar la prestación de garantía en relación a los trabajadores (Luis, Álvaro, Justo y Leonor); en dicha resolución se indica:

"HECHOS

PRIMERO.- El expediente se ha tramitado conforme establecen los artículos 27 y 28 del R.U. 505/85, de 6 de Marzo y lo dispuesto en la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre de 1992), modificada por la Ley 4/99 de 13 de Enero (BOE 14-1-99). SEGUNDO.- Se ha aportado la documentación exigida en el art. 25 del R.U. 505/85, de 6 de marzo (B.O.E. de 17 de abril) y cuya relación se omite por economía administrativa ya que se encuentra incorporada al expediente de referencia. TERCERO.- H99) Con posterioridad a la extinción laboral del trabajador, al amparo del art. 52 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que ha motivado la presente solicitud, la empresa ha procedido a contratar nuevamente al mismo trabajador despedido para el mismo puesto de trabajo. CUARTO.- (H500) Respecto a D. Álvaro ;, alta desde 07/10/2010 (sic). QUINTO.- (H500) Respecto a D. Leonor; alta desde 31/5/10 a 6 y desde 14/6/10. SEXTO.- (H500) Respecto a D. Justo; alta en la empresa desde 24/5/10. SEPTIMO.- (H500) Respecto a D. Luis ; alta desde 3/5/10 a 8/6/10 y desde 14/6/10.

FUNDAMENTOS

PRIMERO.- La Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial es competente para resolver de acuerdo con el art. 8.e) del Real Decreto 505/85 de 6 de marzo (BOE 17-4-85). SEGUNDO.- (F117) Que la cantidad en concepto de indemnización de conformidad con el artículo 51,8 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 11/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo), supera el tope fijado en el artículo 33.8, en relación con el artículo 33.2 de la citada norma legal, por lo que

ha sido adecuada su petición a los términos que figuran en el Anexo de esta Resolución.

TERCERO.- (FIA) Que el cálculo de las prestaciones de garantía salarial es el que figura para cada trabajador en el Anexo de esta Resolución, cuantificado conforme a lo dispuesto en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (B.O.E. de 29), modificado por el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo (B.O.E. del 25) y por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (B.O.E del día 30) así como con los artículos 14 , 18 y 19 del Real Decreto 505/85, de 6 de marzo . CUARTO.- (F1B) Que, respecto de los trabajadores que constan en el Anexo de esta Resolución, procede denegar las prestaciones de garantía salarial de conformidad a lo dispuesto en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1 995, de 24 de marzo (B.O.E. de 29), modificado por el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo (B.O.E. del 25) y por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (B.O.E del día 30); así como por los artículos 14 , 18 y 19 del Real Decreto 505/85, de 6 de marzo . QUINTO.- (F550) Que del relato de los hechos se constata que el despido no fue motivado por la necesidad de amortizar el puesto de trabajo, por lo que procede desestimar la petición al no quedar acreditado el requisito establecido en el apartado c) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores . SEXTO.- (F99) Al haber procedido la empresa a contratar nuevamente al mismo trabajador despedido para el mismo puesto de trabajo, al amparo del artículo 52.c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo), procede denegar las prestaciones solicitadas dado que se ha obrado de forma fraudulenta al no quedar objetivamente acreditada la necesidad del mencionado despido.

Vistos los preceptos legales de aplicación, el Secretario General, conforme al art. 8 del Real Decreto 505/85, de 6 de marzo, resuelve:

a el/los afectado/s el derecho a percibir del Fondo de Garantía Salarial la cantidad fijada para cada uno de ellos en el Anexo de esta Resolución. El importe de la cantidad a reconocer asciende a:

Integro 12.931,50 Euros."

----6º.- En cuanto a los trabajadores a los que se refiere la demanda, su situación laboral desde la fecha del despido (29/01/2010) con altas y bajas laborales ha sido la siguiente hasta la fecha de 21/11/2011 tal como se deriva de la documental aportada por el Fogasa:

- Leonor, prestación por desempleo de 02-02-2010 al 30-04-2010; de alta en INRIALSA P.V.C. S.A. de 03-05- 2010 al 08-06-2010; en Lavin Santamaría S.A. de alta los días 1-05-2010, 3-07-2010, 10-07-2010, 24-07-2010, 31-07-2010; desde el 14-06-2010 hasta el 13-08-2010 de alta en Industria Riojana del Aluminio S.A.; prestación desempleo del 19-08-2010 al 29-08- 2010; del 18-09-2010 al 21-09-2010 de alta en S.I.O. Martínez Arcaya; de alta en Industria Riojana del aluminio S.A. del 30-08- 2010 al 4-02-2011; de alta en Inrialsa Montajes S.L. de 07-02-2011 al 05-08-2011; prestación desempleo de 18-08-2011 a 28-08- 2011; del 17-09-2011 al 24-09-2011 de alta en S.I.O. Martínez Arcaya; y actualmente con fecha de alta en Industria Riojana del Aluminio S.A. desde el 29-08-2011 sin que conste su baja.

- Luis: prestación por desempleo de 02-02-2010 al 02-05-2010; de alta en Irialsa PVS S.A. de 03- 05-2010 al 08-06-2010; de alta en Industria Riojana del Aluminio S.A. 14-06-2010 al 13-08-2010; prestación por desempleo de 19- 08-2010 al 29-08-2010; de alta en Industria Riojana del Aluminio S.A. de 30-08-2010 al 25-02-2011; prestación por desempleo de 26-02-2011 al 13-03-2011; de alta de nuevo en Industria Riojana del Aluminio S.A. de 14-03-2011 al 29-07-2011; prestación por desempleo de 30-07-2011 al 28-08-2011, de alta en Industria Riojana del Aluminio S.A. desde el 29-08-2011 sin que conste su baja a fecha actual.

- Álvaro: prestación por desempleo de 02-02-2010 al 06-07-2010; de alta en Industria Riojana del Aluminio S.A. del 07-07-2010 al 13-08-2010; prestación por

desempleo del 17-08-2010 al 29-08-2010; de alta en Industria Riojana del Aluminio S.A. del 30-08-2010 al 09-02-2011; prestación por desempleo desde el 10-02-2011.

- Justo: prestación por desempleo desde el 02-02-2010 al 22-05-2010; de alta en Industria Riojana del Aluminio S.A. desde el 24-05-2010 al 30-07-2010; prestación por desempleo desde el 02-08-2010 al 29-08-2010; de alta en Industria Riojana del Aluminio S.A. desde el 30-08-2010 al 31-03-2011; prestación por desempleo desde el 01-04-2011."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Se desestima la demanda interpuesta por INDUSTRIAL RIOJANA DEL ALUMINIO S.A. frente al FONDO DE GARANTIA SALARIAL y, en consecuencia, se absuelve a la parte demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra, confirmándose la resolución recurrida".

TERCERO.- El Letrado Sr. Prusén de Blas, en representación de la empresa INDUSTRIA RIOJANA DEL ALUMINIO, S.A., mediante escrito de 12 de noviembre de 2012, 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 Superior de Justicia de La Rioja de 29 de junio de 2012. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 52.c) y 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 53 del mismo texto legal, así como del art. 6.4 del Código Civil .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 11 de febrero de 2013 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

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 26 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia recurrida ha confirmado la dictada en la instancia que había desestimado la demanda interpuesta por la empresa frente al FOGASA en la que solicitaba se declarara el derecho de la mercantil a percibir el 40% de la indemnización abonada en su día a cuatro trabajadores, como consecuencia de los despidos objetivos practicados el 29 de enero de 2010. La empresa que tenía menos de veinticinco trabajadores comunicó en la fecha antes indicada la decisión extintiva por causas productivas a seis trabajadores. En la conciliación, celebrada el 19/02/10, se alcanzó un acuerdo, por el que la empresa ofreció una mejora de la indemnización que fue aceptada y cobrada por los trabajadores. Solicitado el equivalente al 40% por las indemnizaciones legales, el FOGASA denegó la prestación en relación a cuatro trabajadores al haber procedido la empresa a contratar a cada uno de estos trabajadores para el mismo puesto de trabajo. En el hecho probado sexto se establece que D^a Leonor fue contratada por la empresa demandante de 14 de junio al 13 de agosto de 2010, del 30 de agosto del 2010 al 2 de febrero de 2011 y desde el 29 de agosto de 2011 "sin que conste su baja"; Don Luis , desde el 14 de junio hasta 13 de agosto de 2010, desde el 30 de agosto de 2010 hasta el 25 de febrero de 2011, desde el 14 de marzo al 27 de julio de 2011 y desde el 29 de agosto de 2011 sin que conste su baja; Don Álvaro del 7 de julio al 13 de agosto de 2010 y desde el 30 de agosto de 2010 al 9 de febrero de 2011, y Don Justo , desde el 24 de mayo de 2010 al 30 de julio de 2010 y desde el 30 de agosto de 2010 hasta el 9 de febrero de 2011. A efectos de cerrar el tiempo de cómputo cuando no consta la baja en la última contratación, hay que tener en cuenta que la sentencia de instancia es de 1 de diciembre de 2011, por lo que el periodo total considerado va desde la fecha del despido el 29 de enero de 2010 a la fecha anterior. En los intervalos se produjeron de forma

variable, trabajos para otras empresas o periodos de percepción de prestaciones de desempleo.

La resolución recurrida ha estimado que no procede el abono del 40% de la indemnización, pues no ha existido realmente una amortización de los puestos de trabajo, al contratar a los cuatro trabajadores mencionados en los periodos de referencia de una forma que no puede ser calificada de esporádica.

Recorre la empresa en casación, aportando como sentencia contradictoria la dictada también por la Sala de la Rioja el 29 de junio de 2012 , que examina el caso de dos trabajadores de la misma empresa también despedidos por causas productivas con periodos de contratación muy diferentes, pues mientras que uno es contratado durante un total de más de quinientos días en el periodo que va desde su despido el 8 junio de 2009 al 1 de diciembre de 2012, el otro no alcanza los cien días en el mismo periodo. La sentencia de contraste considera que "el fraude de ley debe ser demostrado y no meramente sugerido, correspondiendo esta acreditación al FOGASA", que es quien lo invoca.

Como señala el Ministerio Fiscal, existe la contradicción que se invoca, aunque las posiciones de los trabajadores no son homogéneas, pues en el caso de la sentencia de contraste se considera acreditado el despido objetivo en el caso de la Sra. Rosario que ha sido contratada por un tiempo superior a los trabajadores que tiene en cuenta la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- El recurso de la empresa, que alega la infracción de los artículos 33.8 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 53 del mismo texto legal y con el art. 6.4 del Código Civil, sostiene, en síntesis, que no puede calificarse como defraudatoria la actuación de la empresa por el mero hecho de las contrataciones

posteriores al despido. El motivo añade que esa interpretación revela además un alejamiento de la realidad social, pues es notorio que los representantes de trabajadores vienen solicitando que, si las circunstancias mejoran, se proceda a una nueva contratación de los trabajadores despedidos.

Este razonamiento no puede aceptarse. De conformidad, con el art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores , el Fondo de Garantía Salarial abona en las empresas de menos de veinticinco trabajadores el 40% de la indemnización legal que corresponde a los trabajadores cuya relación se haya extinguido como consecuencia de despido colectivo, por la causa prevista en apartado c) del art. 52 ET o conforme al art. 64 de la ley Concursal, lo que, en el caso que se enjuicia y, de acuerdo con la redacción entonces vigente del apartado citado del art. 52 ET, implicaba la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley , es decir, por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Es esta exigencia la que se pone en duda por el Fondo en planteamiento que acepta la resolución recurrida, sosteniendo que los hechos posteriores muestran que no ha existido esa necesidad de amortización, pues tras el despido se ha contratado a los mismos trabajadores para el mismo puesto de trabajo en las condiciones ya indicadas.

TERCERO.- Para dar respuesta al motivo conviene comenzar precisando que no estamos ante un problema de fraude de ley. Éste constituye una modalidad de fraude, que no puede confundirse con el simple engaño o fraude en sentido de "acción contraria a la verdad y la rectitud" a que se refiere el Diccionario de la Lengua. El fraude de ley es una noción más compleja: es la vulneración de una norma prohibitiva o imperativa que se produce de una manera oblicua, es decir, mediante un acto amparado formalmente en el texto de una norma (la denominada norma de cobertura) que persigue en realidad un resultado contrario al ordenamiento jurídico que, como tal, no queda protegido por aquella norma. Aquí no estamos ante una vulneración que aparezca amparada formalmente en una norma de cobertura que, sin embargo, entra en colisión con un principio del ordenamiento. Por el contrario, se trata simplemente del

cumplimiento, a efectos de la prestación directa del FOGASA en el pago de las indemnizaciones, del requisito de que se haya producido en realidad el supuesto de hecho determinante de la procedencia de un despido de los previstos legalmente y que la legislación entonces vigente vinculaba a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo. Hasta cierto punto puede decirse que es irrelevante que haya existido o no fraude en el sentido de engaño en los despidos y las conciliaciones, pues, por encima de la intención de las partes, lo que importa es si ese requisito se ha cumplido o no.

Lo que se debate, por tanto, es el cumplimiento de una de las exigencias que para la prestación pública establece el art. 33.8 del ET, que, a su vez, está en función de otro norma -el art. 52.c) del ET -, que define la extinción del contrato de trabajo por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por las causas previstas en el art. 51.1 del mismo texto legal. La norma no impone ningún reconocimiento u homologación oficial de la extinción, por lo que la carta de despido, el acta de conciliación aceptando aquél y el recibo de la liquidación practicada han de estimarse suficientes para acceder a la prestación directa del Fondo. De ahí que, en principio, hay que entender que en supuestos de normalidad la existencia de un despido por causa objetiva podría quedar acreditada por el acta de conciliación a que se refiere el hecho probado tercero.

Ahora bien, el acta de conciliación, en cuanto constituye un negocio jurídico entre terceros, no vincula al organismo público demandado, por lo que esa vinculación puede excluirse ante la existencia de hechos susceptibles de llevar a la conclusión de que no ha existido realmente la extinción del contrato, la amortización del puesto de trabajo o la causa legalmente prevista para aquélla y esto es lo que sucede en el presente caso a la vista de las nuevas contrataciones que se han producido tras el despido. No obstante, el efecto extintivo parece haberse producido, pues así lo han acordado las partes y ha transcurrido además un lapso temporal relevante desde el despido -enero de 2010- a la primera contratación -mayo o junio de 2010-, pero resulta cuestionable que se

haya producido una efectiva amortización de los puestos de trabajo y de que ésta responda a una de las causas que la ley prevé a estos efectos.

En efecto, estamos ante unas contrataciones que comienzan a los pocos meses del despido, que se extienden durante amplios periodos de tiempo y que en dos casos no habían terminado en el momento en que finalizó el periodo anterior al de la sentencia de instancia; sentencia que indica, como hemos visto, que "no consta la baja en la fecha actual".

Es cierto que la amortización del puesto de trabajo puede ser objeto de una interpretación amplia que alcance a la necesidad de eliminar un vínculo indefinido y estable para sustituirlo por otro temporal, discontinuo o a tiempo parcial, pero en este caso no estaríamos propiamente ante un despido, sino ante una novación del contrato que -extintiva o modificativa- quedaría fuera del art. 33.8 ET . Por otra parte, las series contractuales que se abren en mayo o junio de 2010 no se ajustan a los límites de la eventualidad y tampoco se acredita que se hayan celebrado nuevos contratos de trabajo discontinuo.

También es cierto, como dice la parte recurrente, que no hay que excluir que, tras un despido por las causas del art. 51.1 ET , se produzca una nueva contratación de los trabajadores despedidos si cambia la situación de la empresa. Es ésta una eventualidad que suele pactarse incluso en los denominados compromisos de recolocación. Pero en el presente caso las nuevas contrataciones se producen en un periodo relativamente breve y no se ha acreditado ningún cambio de situación, ni ningún compromiso de esta clase. Más bien parece, a la vista de la evolución posterior, que se estaba ante una coyuntura que hubiera podido determinar una suspensión de los contratos más que una extinción de los mismos.

Se alega que la carga de la prueba del fraude correspondía al Fondo de Garantía Salarial, pero ya se ha dicho que no estamos ante un fraude de ley, sino ante el incumplimiento de un requisito para el acceso a la prestación indemnizatoria del Fondo. Para enjuiciar ese incumplimiento tampoco es necesario partir de la existencia de un fraude simple en las conciliaciones, pues basta que objetivamente lo pactado no responda al supuesto que legalmente corresponde para acceder al pago del 40% con cargo al Fondo. La carga de la prueba de la existencia de ese requisito la tiene quien solicita el reembolso del 40% de la indemnización, pues estamos ante un hecho constitutivo de su pretensión. Normalmente bastaría con la conciliación, pero, acreditadas por el Fondo las circunstancias que cuestionan la concurrencia del requisito, corresponde a la empresa, conforme a los números 2 y 7 del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la prueba de los hechos que determinan su existencia, así como, en su caso, el cambio de las circunstancias que han podido justificar las nuevas contrataciones y el alcance de éstas.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir y condena en costas de la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa INDUSTRIA RIOJANA DEL ALUMINIO, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 20 de septiembre de 2012, en el recurso de suplicación nº 317/12 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Logroño , en los autos nº 387/11, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el FONDO DE

GARANTIA SALARIAL, sobre prestaciones. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir. Condenamos a la empresa recurrente al abono de los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiera lugar.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, 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.

23-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE OCTUBRE DE 2013

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 23 de septiembre de 2011 el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar y estimo en parte la demanda presentada por Antonio frente al Fondo de Garantía Salarial, que queda condenado al pago de 814,09 euros en concepto de prestaciones por indemnización de fin de contrato impagada por el empleador".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1. Antonio prestó servicios de oficial de segunda, en el sector de la construcción, por cuenta de la empresa Luis Cabello Polo S.L., desde el 1 de abril de 2008 hasta el 28 de febrero de 2009, en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada, en la modalidad de contrato de obra.

2. La relación laboral concluía por decisión de la empresa, comunicada al trabajador en forma de simple terminación del contrato. En la misma comunicación escrita, la empresa detallaba una propuesta de liquidación, en la que entre otros conceptos y cantidades figuraba "indemnización" por importe de 1.202,04 euros.

3. Demandó el trabajador a la empresa por impago de concretas cantidades. La demanda concluyó en sentencia de 15 de febrero de 2010, que dice impagados entre otros "... indemnización fin de contrato 1.202,04 euros" y condena a la empleadora al pago de esa y otras sumas, además de a una tercera empresa de manera solidaria hasta 3.000 euros de los 4.288,23 euros reclamados.

4. El trabajador solicitó del Fondo de Garantía Salarial el reconocimiento del derecho a prestaciones en concepto de salarios y de indemnización por fin de contrato, así como el abono de determinada cantidad, que en lo que al último concepto se refiere cifraba en 1.202,04 euros.

5. La solicitud del trabajador dio lugar a la incoación del expediente núm. NUM000 , en el que el Fondo de Garantía Salarial dictaba resolución el 7 de septiembre de ese año y reconoce al solicitante prestaciones de 3.425,33 euros en concepto de salarios y solo 339,14 euros por la indemnización. El trabajador, en desacuerdo con la suma reconocida en concepto de indemnización, formula reclamación previa, que vio desestimada en resolución de 19 de noviembre de 2010.

TERCERO.- 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 Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 23 de noviembre de 2012 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, dictada en los autos seguidos a instancia de D. Antonio contra dicho recurrente, sobre cantidad (indemnización por fin de contrato de obra), y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada".

CUARTO.- Por el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de junio de 2008, recurso nº 1551/2008.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 7 de marzo de 2013 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de octubre de 2013, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que se somete a debate en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que el organismo recurrente, con amparo

en el art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la infracción de los artículos 33.2 y 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, consiste en determinar si dicho organismo, el Fondo de Garantía Salarial (FGS), debe responder o no de la indemnización prevista en el Convenio Colectivo del sector de la Construcción aplicable, en el que, "por fin de contrato de obra", se establece una indemnización, según nos informa de modo literal la sentencia recurrida, "del 7 por 100 de la retribución por todos los conceptos salariales del convenio, devengados durante la vigencia del contrato". Como sentencia de contraste, el FGS invoca la dictada el 30 de junio de 2008 (R. 1551/08) por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en la que, ante análoga pretensión dirigida también contra el FGS, se entendió, en contra de lo resuelto en la sentencia aquí combatida, que no procedía el abono de las cantidades reclamadas por ese mismo concepto indemnizatorio previsto en la disposición convencional del sector de la construcción. Es obvio, pues, que concurre el requisito de contradicción que actualmente exige el artículo 219.1 de la LRJS para la viabilidad procesal del recurso, tal como expresamente admiten, tanto el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, como el propio recurrido en su escrito de impugnación, limitándose éste último a transcribir parte de otra resolución de la misma Sala de Madrid (STSJM 3-6-2009, R. 1926/09) que, según dice, contiene doctrina contraria a la sentencia referencial y coincidente con la que mantiene la ahora recurrida.

SEGUNDO.- Sobre la cuestión indicada, con respaldo sobre todo en las prevenciones del Convenio 173 de la O.I.T. y en el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, ya se pronunció esta Sala, unificando la doctrina, en sus sentencias de 31 de octubre y 26 de diciembre de 2001 (recursos 102/01 y 4042/00) y 11 de marzo de 2002 (recurso 2492/01). Señala la primera de las sentencias, cuya doctrina recogen las otras dos, que:

"... de la parte II del Convenio, dedicada a determinar los créditos laborales que deben quedar protegidos por un privilegio, el art. 6. d) incluye, "las indemnizaciones por fin de servicio adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de

trabajo". Y en la III -- que es la que aquí interesa -- al enumerar las obligaciones de la institución de garantía, se vuelve a reiterar, art. 12. d), que la institución deberá cubrir, "al menos, las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo".

Por su parte, el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores que determina las obligaciones que asume la institución de garantía española, dispone que "el Fondo de Garantía Salarial (...) abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50, 51 y 52 c) de esta ley". Solo garantiza pues, el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a decisiones unilaterales del empresario. Y es obvio que la conclusión de la obra objeto del contrato, no puede calificarse de decisión unilateral del empresario, pues constituye, ex. Art. 49.c) ET, una causa de extinción inherente a la propia naturaleza del contrato.

(...) Una primera lectura comparada de ambos preceptos, podría inducir a pensar que no se trata de regulaciones homogéneas, que el art. 33. ET es más restrictivo que el Convenio 173 de la OIT y, por consiguiente, que deben prevalecer las prescripciones de este último. Sin embargo, esta Sala llega a la conclusión de que no es así, porque los términos utilizados por ambas normas, siendo literalmente distintos, se refieren a los mismos créditos, de modo que el actual art. 33 ET se ajusta plenamente a las prevenciones del Convenio 173 y no precisa de más acomodación a la norma internacional. Claro indicio de que el legislador español también lo entiende así es que Ley 60/1997 de 19 de diciembre, pese a ser posterior a la fecha de ratificación del Convenio por España, no ha introducido más garantía, al reformar el art. 33 ET, que la referida a los despidos -- el Estatuto los denomina "extinciones por causas objetivas" -- objetivos del art. 52.c). Son precisamente dos instrumentos emanados de la propia OIT los que nos permiten afirmar la correcta adecuación de la norma española a las exigencias del Convenio.

I. El primero es el Convenio 158, de 2 de junio de 1.982 "sobre la terminación de la relación del trabajo por iniciativa del empleador", ratificado también por España el 16 de febrero de 1.985 (B.O.E. de 29 de junio). Aclara en su art. 3 que "a los efectos del presente Convenio, las expresiones [terminación] y [terminación de la relación de trabajo] -- que es literalmente la misma expresión que utiliza el Convenio 173 -- significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador". Ciertamente se trata de una norma válida, como tal, solo en el seno del propio Convenio. Pero también constituye un elemento interpretativo de primer orden para el Convenio 173. En términos generales, por emanar ambos de la misma OIT de la que cabe presumir que, para evitar riesgos interpretativos -- así lo aconseja el amplio abanico de miembros, idiomas y culturas que acoge --, atribuye siempre, en la medida de lo posible, el mismo alcance y significado a los términos y conceptos que utiliza. Y más específicamente en este caso, por la íntima conexión que existe entre ambos Convenios, dado que el 158 regula los despidos y extinciones contractuales producidos a iniciativa del empleador, y el 173, en la parte que ahora interesa, determina las garantías que deben acompañar a las indemnizaciones legales que se derivan de "la terminación de la relación de trabajo".

No es pues aventurado afirmar, vista la identidad de los términos utilizados en ambos Convenios, que cuando el 173 habla de las indemnizaciones por fin de servicio adeudadas al trabajador con motivo de la "terminación de la relación de trabajo" se está refiriendo exclusivamente, y en concordancia con el Convenio 158, a las debidas cuando la terminación se produce "a iniciativa del empleador". Es decir, a los mismos supuestos, despidos, considerados estos con la amplitud que entiende la jurisprudencia, y extinciones previstas en los artículos 50, 51 y 52.c) ET., que garantiza del art. 33 ET. Supuestos que comprenden todas las decisiones extintivas de las relaciones de trabajo a iniciativa del empresario que en nuestro ordenamiento pueden generar derecho a una indemnización a su cargo, pues también las acordadas a instancia del trabajador vía art. 50 obedecen a causas que tienen origen en una decisión del empresario, y de ahí que el

número 2 de dicho precepto las equipare a efectos indemnizatorios al despido improcedente.

II. El segundo instrumento lo constituye la Recomendación de la O.I.T. n° 180, de igual título que el Convenio 173, suscrita el 23 de junio de 1.992, y adoptada con la finalidad expresa de "complementar" dicho Convenio. No se trata, al contrario de lo que ocurre con este, de una norma de carácter vinculante para los Estados que lo ratifican, sino de una simple propuesta sin fuerza de obligar, a tenor de lo dispuesto en el art.19.6 d) de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 28 de junio de 1.919 (BOE 21-9-1982). No obstante, dada su complementariedad con el Convenio 173, la Recomendación opera a modo de una interpretación auténtica de aquel e ilustra plenamente sobre su contenido real.

La Recomendación enumera, en sus arts. 3.1.e), inserto en la parte II que examina la protección privilegiada de los créditos, y 9.1.f), sito ya en la parte III dedicada a su cobertura por la institución de garantía, todos créditos que la protección privilegiada "debería cubrir" y la institución de garantía "debería proteger". La diferencia de redacción respecto del Convenio es pues ostensible. Este, como corresponde a su carácter de regulación vinculante -- de mínimos, dada su vocación multiestatal -- enumera los créditos laborales que está obligada a asegurar la institución de garantía, únicos que debe salvaguardar todo Estado miembro que lo ratifica. La Recomendación, como un "desideratum" que es y no compromete a los Estados que suscriben el Convenio, invita a ir más allá de lo que este obliga, y a tal fin ofrece un listado mucho más amplio que comprende todos los créditos que la Conferencia General de la OIT considera que "debería cubrir" la institución de garantía. Así, además de reiterar los créditos que ya enumera el Convenio, añade todos aquellos otros que también podrían ser objeto de garantía.

En concreto, el apartado f) del art. 9.1 alude, como es lógico, a las "indemnizaciones por despido injustificado" y "otras sumas adeudadas al trabajador con motivo la terminación de la relación de trabajo". Se refiere con ello la Recomendación, utilizando conceptos algo más afines a los nuestros, a la cobertura que ya dispensa el Convenio a la "terminación de la relación de trabajo", si bien distinguiendo, lo que no hacía el Convenio, entre las indemnizaciones que derivan de los despidos injustificados, o improcedentes en nuestro derecho, y otras sumas adeudadas -- aquí introduce además una evidente ampliación porque el concepto de indemnización es mas restrictivo que el de deuda -- por la terminación del trabajo. Pero en todo caso, por lo ya dicho al comentar el Convenio 158, hay que seguir entendiendo que se refiere exclusivamente a las terminaciones o extinciones contractuales debidas a la iniciativa del empleador. A las anteriores añade las "indemnizaciones por fin de servicio", que menciona por primera vez, sin duda por tratarse de créditos sobre los que no se alcanzó el consenso suficiente para que quedaran incorporados al Convenio. Lo que permite concluir que si la Recomendación aconseja ampliar la garantía a las indemnizaciones "por fin de servicio" -- entre las que ha de incardinarse, como ya hemos dicho, la aquí discutida de fin de obra --, se debe a que el Convenio la limita solo a las derivadas de su terminación por iniciativa del empleador; justamente las que, en nuestro ordenamiento, cubre el Fogasa según lo dispuesto en el art. 33.2 ET.

(...) Un argumento más cabría añadir si, por hipótesis, atribuyéramos carácter vinculante a una Recomendación que no lo tiene o interpretáramos que el Convenio 173 engloba la indemnización de fin de obra, cuando no es así. Ni aun en tal caso, vendría obligado el Fogasa a abonar la que se reclama, dada la fecha en que surgió el derecho a la misma.

Cuando el Convenio de la OIT enumera las indemnizaciones a garantizar, se está refiriendo exclusivamente, como es lógico, a aquellas establecidas o determinadas por la legislación del Estado que lo ratifica, no a las que tienen un origen puramente convencional. Entender lo contrario y suponer que la obligación del Fogasa alcanza

también a las indemnizaciones que, sin respaldo legal, tengan a bien pactar voluntariamente los negociadores en el convenio colectivo, equivaldría a dejar la institución de garantía, su patrimonio, su financiación y, por reflejo, el porcentaje de cotización que corresponde a los empresarios, a disposición de la autonomía colectiva. Y se estaría desconociendo su naturaleza de Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, sometido a los mandatos y límites fijados por el legislador en los artículos 33 ET y 1.1 y 2 del Real Decreto 505/1985 que regula su organización y funcionamiento”.

TERCERO.- En el supuesto de autos, la indemnización por fin de obra que el actor reclama del FGS tenía como único soporte el Convenio Colectivo de la Construcción que, según la Sala de suplicación, como ya vimos, establecía un módulo del 7 % de la retribución por todos los conceptos salariales del propio convenio, devengados durante la vigencia del contrato. Pero esa indemnización no está prevista en el Estatuto de los Trabajadores, y la que dicha norma contempla en su art. 49.1.c) "por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato" a partir de la reforma operada por el Real Decreto Ley 5/01, de 2 de marzo, convertido, tras su tramitación parlamentaria, en Ley 12/01, de 9 de julio, o incluso la que en la actualidad se deriva de la Ley 35/2010, y que muy probablemente haya motivado el pacífico reconocimiento al demandante por parte del FGS de la cantidad de "339,14 euros por la indemnización" (hecho probado 5º), sin perjuicio de su incuestionable abono por el empresario, no puede ampliarse como prestación de garantía en caso de insolvencia del empleador.

En definitiva, la garantía del FGS no se extiende a la indemnización por fin de obra pactada en convenio, y al no haberlo entendido así la sentencia impugnada, procede, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 228 de la LRJS , estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase formulado en su día por el FGS frente a la sentencia de instancia, desestimando la

demanda planteada por el actor y absolviendo al demandado de las pretensiones deducidas en su contra. Sin costas (art. 228 LRJS).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso nº 2342/12 . Casamos y anulamos la referida sentencia de la Sala de lo Social de Asturias y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto en su día por el FGS y desestimamos la demanda, absolviendo al demandado de las pretensiones deducidas en su contra. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, 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.

24-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE 1013

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de febrero de 2012 el Juzgado de lo Social nº 2 de Jaén, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Se desestima la demanda promovida por Don Teodulfo contra Fogasa, a quien se absuelve de las pretensiones deducidas en su contra."

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1.- D. Teodulfo, mayor de edad, DNI. NUM000, ha prestado servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa SIFA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.L., con la categoría profesional de ingeniero, desde el 20-2-2008, y un salario mensual neto de 2.000 euros.

2.- Con fecha 30 de noviembre de 2008 se le comunicó verbalmente el despido, decisión que provocó papeleta de conciliación de fecha 30 de diciembre de 2008, celebrándose la misma el día 19 de enero de 2009, donde las partes llegaron al acuerdo de reconocer la empresa la improcedencia del despido y aceptando el pago de 33.044,46 euros, de los que 2.750 euros correspondían a indemnización por finiquito y el resto, 30.294,46 euros a saldo finiquito y salarios de tramitación.

3.- Llegado el momento del pago, no se hizo frente al mismo, formulándose demanda de ejecución ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Málaga, autos 280/09, recayendo auto de fecha 18 de enero de 2010 admitiendo a trámite la solicitud. Con fecha 15 de marzo de 2011 recayó Decreto declarándose la insolvencia de la empresa. Con fecha 20 de mayo de 2011 se presentó ante el FOGASA la correspondiente solicitud de pago, recayendo resolución de fecha 29 de agosto de 2011 denegando la petición."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Don Teodulfo, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 23 de mayo de 2012 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Teodulfo contra la sentencia dictada el 16 de febrero de 2012 por el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Jaén , en autos 607/11 seguidos a instancia del mencionado recurrente frente al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) sobre cantidad, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas."

CUARTO.- Por el Letrado Don Enrique del Castillo Codes, en nombre y representación de Don Teodulfo, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 13 de octubre de 2008, recurso núm. 3465/07.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 22 de noviembre de 2012 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar parcialmente procedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de abril de 2013, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que, como enseguida veremos, ya ha sido resuelta por esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia invocada como contradictoria, consiste en determinar si, en el caso enjuiciado, el Fondo de Garantía Salarial (FGS), una vez que la

empresa fue declarada insolvente, ha de abonar los denominados salarios de tramitación y otras cantidades incluidas en una conciliación administrativa por despido reconocido como improcedente que, además de la indemnización por el despido, incluía en el acuerdo suscrito entre empresa y trabajador el concepto de "saldo y finiquito y salarios de tramitación".

2. El trabajador recurrente pretendía en su demanda que, ante la insolvencia empresarial, se condenara al FGS a abonarle los 30.294,46 euros que, excluida la indemnización por la improcedencia del despido (2.750), constituía el "saldo y finiquito y salarios de tramitación" pactado en la conciliación administrativa.

3. La sentencia de instancia, dictada el 16 de febrero de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Jaén , desestimó la pretensión en su integridad, con cita de doctrina de esta Sala (SSTS 26-12-2002 y 23-4-2004) y del Tribunal comunitario (12-12-2012), porque, según decía, teniendo en cuenta la prueba practicada, "no es posible desglosar ni distinguir, ni a la vista de la papeleta ni a la vista de la conciliación posterior, qué cantidades corresponden a salarios derivados de saldo y finiquito y cuáles a salarios de tramitación".

4. El recurso de suplicación entablado por el demandante, en único motivo, denunciaba la infracción del artículo 33, apartados 1 y 2, del Estatuto de los Trabajadores y terminaba suplicando la revocación de la resolución de instancia "en el sentido de declarar el derecho del actor a percibir la cantidad de 30.294,46 euros acordados en concepto de saldo, finiquito y salarios de tramitación o, subsidiariamente, la de 27.027,80 en caso de que se consideraran excluidos los salarios de tramitación, condenando en ambos casos al demandado [FGS] a estar y pasar por tal declaración y al abono de la (sic) citadas cantidades con las limitaciones que legalmente procedan, a determinar en ejecución de sentencia".

5. La sentencia ahora impugnada en casación unificadora, dictada el 23 de mayo de 2012 (R. 739/12) por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Granada, tras un detallado análisis de la doctrina jurisprudencial y comunitaria en la materia, termina desestimando el recurso de suplicación, en esencia, porque, tal como afirma de modo literal, "las cantidades que hoy se reclaman de manera principal y subsidiaria es global, y corresponde a lo que no ha podido obtener en ejecución de un acto de conciliación administrativa en el que se pactó una cantidad asimismo global por los conceptos de salarios de tramitación, saldo y finiquito. Y es precisamente esta inconcreción o falta de individualización de los conceptos objeto de reclamación, la que determina la desestimación, pues éstos han de ajustarse a los prevenidos en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, diferenciando salarios, salarios de tramitación e indemnización, y especificando los respectivos importes adeudados y los que se reclaman al FOGASA ya ajustados a los límites legales correspondientes establecidos en el precepto citado. Se trata de un presupuesto de la pretensión actora, y es, por ello, imprescindible para su éxito, por lo que [concluye] su incumplimiento es un obstáculo a la estimación del presente recurso".

6. Frente a la precitada sentencia, la parte actora recurre en casación para la unificación de doctrina denunciando la infracción del art. 33 del ET e invocando como sentencia referencial la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo el 13 de octubre de 2008 (R. 3465/07). En ella, empresa y trabajador también llegaron a un acuerdo en conciliación administrativa, en virtud del cual, la empleadora ofrecía al actor la suma de 14.665,30 euros en concepto de indemnización, saldo y finiquito, a abonar en 19 pagos, el primero de ellos por importe de 3.847,08 abonados en ese acto mediante cheque nominativo, y el resto (10.818,22) en 18 plazos a razón de 601,01 cada uno, acordándose además que el incumplimiento de cualquiera de los plazos daría opción a la ejecución del total de la deuda pendiente. La empresa sólo pagó el primero de los plazos, quedando por abonar 10.217,21 €, instada su ejecución, se declaró la insolvencia de la empresa. La sentencia de instancia condenó al FGS al abono de la citada cantidad

pendiente, pronunciamiento confirmado en suplicación. La sentencia de esta Sala invocada aquí como contradictoria estima el recurso del FGS por estar pactadas las cantidades en conciliación administrativa, pero, al resolver el debate de suplicación, revoca en parte la sentencia de instancia para mantener la condena relativa a los salarios de tramitación al entenderlos asimilables, a estos efectos, a retribuciones, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002 (caso Rodríguez Caballero).

7. Tal como admite el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, concurre el requisito de contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS , no respecto a la parte en que nuestra sentencia de 13 de octubre de 2008 acoge favorablemente el recurso del Fondo de Garantía Salarial para descartar que dicho organismo tenga que abonar una indemnización por despido, saldo y finiquito que la empresa reconoció al actor en conciliación administrativa, cuestión sobre la que ambas resoluciones -recurrida y referencial- coinciden al otorgar una misma respuesta negativa, sino en aquella otra parte que afecta únicamente a los denominados salarios de tramitación, cuestión ésta -la de los salarios de trámite- en la que se aprecia con claridad la solución dispar, puesto que mientras la recurrida los deniega igualmente y por la misma razón (estar reconocido el crédito en conciliación administrativa, no en la judicial), la de contraste los reconoce, precisamente, en aplicación de doctrina comunitaria al respecto (TJCEE 12-12-2002) que entiende que tales salarios, pese a su real naturaleza indemnizatoria, tal como declara la propia sentencia referencial, "se asimilan a estos efectos a retribuciones".

SEGUNDO.- La solución ajustada a derecho de la cuestión controvertida, que, insistimos, se limita al problema de los salarios de tramitación puesto que, a la vista del contenido de la sentencia referencial, sólo puede ser ese el objeto del presente recurso de casación unificadora (no se invoca ni se aporta sentencia de contraste relacionada con cualquier otra cuestión), es la otorgada por nuestra sentencia del 13 de octubre de 2008 , por lo que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, el recurso debe ser estimado.

La razón a favor de la solución adoptada en dicha sentencia, que reiteramos y hacemos nuestras en la presente resolución, se concreta en los dos siguientes párrafos:

"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)" [FJ 2º, párrafo 2º, STS 13-10-2008];

"... 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 ..." [FJ 3º in fine STS 13-10-2008].

Esta solución, en el caso de autos, supone incluir en el ámbito de la garantía del Fondo el crédito expresamente reconocido en el acta de conciliación administrativa por el concepto de salarios de tramitación, cuya cuantificación, a la vista del salario mensual neto del actor (2.000), de la fecha de su despido (30-11-2008) y de aquella otra en la que se celebró el acto de conciliación (19-1-2009), datos todos ellos incluidos en la incombata declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, es sencilla de determinar y arroja la suma total de 3.266,66 € correspondientes al mes de diciembre de 2008 y a los 19 días de enero de 2009.

TERCERO.- La sentencia estimatoria de unificación de doctrina obliga a resolver la cuestión planteada de acuerdo con el criterio doctrinal unificado ya sentado en la misma (art. 228 la LRJS). Ello comporta en el presente asunto, teniendo en cuenta el signo desestimatorio de la demanda en las sentencias del Juzgado de lo Social y de la Sala de suplicación, la estimación parcial del recurso de esta clase interpuesto por el demandante en el único sentido de condenar al FGS a que le abone la precitada suma por los salarios de tramitación, con el límite legal aplicable, en el importe que, de resultar necesario, se determinaría en ejecución de sentencia.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DON Teodulfo, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/ Granada, de fecha 23 de mayo de 2012, en el recurso de suplicación nº 739/12 interpuesto contra la sentencia dictada el 16 de febrero de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Jaén, en autos nº 607/11 seguidos a instancia de dicho recurrente, contra EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre RECLAMACION DE CANTIDAD. Casamos y anulamos parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo el debate de suplicación, estimamos en parte el recurso de esta clase interpuesto por el demandante, y condenamos al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL a que le abone la cantidad de 3.266,66 euros, con el límite legal aplicable, en el importe que, de resultar necesario, se determinaría en ejecución de sentencia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, 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.

25-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2012

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha dictado la sentencia impugnada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2010, por el Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, entre los litigantes indicados en el encabezamiento, sobre reclamación de cantidad.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es el siguiente: "1.- En fecha 28.05.2007 se repartió a este Juzgado demanda por despido a instancia de Leonor y Luis Antonio contra GOR Consulting, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial (f. 22 a 24). 2.- Por este Juzgado se citó a la referida empresa por correo con acuse de recibo, que se devolvió por el servicio de correos indicando que dicha empresa era desaparecida. En fecha 25.06.2007 se libró exhorto al Juzgado de primera Instancia de Vilafranca del Penedés para practicar citación personal por agente judicial, resultando negativa al estar la empresa cerrada. Se requirió a la parte actora para que designara nuevo domicilio de la empresa demandada, presentando en fecha 29.06.2007 desconocer otro. Finalmente la empresa fue citada por edictos en fecha 7.07.2007 en el BOP (f. 155 a 159). 3.- En fecha 24.07.2007 se celebró el acta de juicio, al que no compareció ni la empresa ni el FOGASA, que fue citado por CAR al 4.06.2007 (f. 173). 4.- En fecha de 24.07.2007 se dictó sentencia por la que se declaró la improcedencia del despido de los actores (f. 25 a 27). 5.- En fecha de 25.09.2007 se dictó auto de

aclaración de la referida sentencia (f. 28 y 29). 6.- La sentencia fue declarada firme el 7.11.2007 (f. 173). 7.- Por escrito de 27.02.2008 los actores solicitaron la ejecución de la sentencia, celebrándose la comparecencia del art. 278 y 279 el 23.04.2008. En fecha 6.06.2008 se dictó auto declarando la extinción de la relación laboral entre la parte actora y la mercantil demandada con efectos de 23.04.2008 (f. 30, 31 y 72). 8.- Por escrito de 17.07.2008 se instó la ejecución de la sentencia de 24.07.2007, de su auto aclaratorio y del auto de 6.06.2008. Por el Juzgado de lo Social de Ejecuciones nº 30 de Barcelona se dictó auto el 10.10.2008 declarando que procedía la ejecución de la sentencia firme, declarando a GOR Consulting, S.L. en situación de insolvencia provisional (f. 50 a 52). 9.- En fecha 20.02.2009 los actores solicitaron del FOGASA el pago de la indemnización y de los salarios de tramitación correspondientes al despido. Tramitado el expediente de prestaciones de garantía salarial la secretaria general del Fondo de Garantía Salarial dictó resolución el 12.06.2009 denegando el derecho de los actores al haberse presentado el escrito de ejecución de la sentencia firme más de tres meses después de su firmeza (f. 54, 55, 76 y 77). 10.- En caso de estimar totalmente las pretensiones de los actores, las cuantías que les corresponden percibir serían para Leonor de 5.455,86 euros en concepto de indemnización y 2.590,86 euros en concepto de salarios de tramitación, y para Luis Antonio de 4.020,39 euros en concepto de indemnización y 4.226,61 euros en concepto de salarios de tramitación (hecho no controvertido)".

El fallo de la sentencia de instancia es del siguiente tenor: "FALLO: Estimo la demanda origen de las presentes actuaciones interpuesta por Leonor y Luis Antonio contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y condeno al FOGASA a hacer pago a Leonor de la cantidad 5.455,86 euros en concepto de indemnización y 2.590,86 euros en concepto de salarios de tramitación y a Luis Antonio de 4.020,39 euros en concepto de indemnización y 4.226,61 euros en concepto de salarios de tramitación".

SEGUNDO.-El relato de hechos probados de la sentencia de instancia ha sido mantenido íntegramente en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de Cataluña, hoy recurrida en unificación de doctrina, siendo la parte dispositiva de la misma del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL contra la sentencia de fecha 9 de febrero de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Barcelona , dimanante de autos 767/09 seguidos a instancia de D^a. Leonor y D. Luis Antonio contra la recurrente y en consecuencia debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar dictamos otra en la que desestimando la demanda debemos absolver y absolvemos al FOGASA de las pretensiones deducidas en su contra".

TERCERO.- La parte recurrente considera contradictoria con la impugnada en el caso la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 9 de junio de 2005. La parte dispositiva de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial frente a la sentencia de fecha 22-1-2004 dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Barcelona en autos nº 694/2003 a instancia de Doña Benita frente al mismo en reclamación de cantidad, la que confirmamos íntegramente".

CUARTO.-El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de 25 de noviembre de 2011. En él se alega como motivo de casación al amparo del art. 221 de la Ley de Procedimiento Laboral, contradicción entre la sentencia reseñada en el antecedente de hecho anterior y la ahora impugnada en el caso. Alega también el recurrente infracción del art. 23 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación a los arts. 277.2 y 274 de la misma norma, así como el art. 15 del Real Decreto 505/1985 de 6 de mayo . Finalmente alega quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

El recurrente ha aportado la preceptiva certificación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que considera contradictoria a los efectos de este recurso.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 9 de diciembre de 2011, se tuvo por personado e interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Pasados los autos al Magistrado Ponente, se admitió a trámite el recurso. No habiéndose personado la parte recurrida, se trasladaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, que dictaminó en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- El día 5 de julio de 2012, previamente señalado al efecto, tuvieron lugar la votación y el fallo de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido resuelta por esta Sala del Tribunal Supremo en las sentencias que se dirán, consiste en determinar si en el caso enjuiciado el Fondo de Garantía Salarial puede oponer con éxito la excepción de prescripción de la acción de ejecución de sentencia de despido prevista en el artículo 277.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). La entidad recurrente pretende con base en el citado precepto eludir la responsabilidad subsidiaria por la condena de las indemnizaciones de despido improcedente - la indemnización básica y la correspondiente a los llamados salarios de tramitación - decretada contra la empresa en la que habían cesado los trabajadores demandantes.

Para una mejor comprensión del litigio conviene reproducir con cierto detalle sus vicisitudes procesales: a) la inicial sentencia de despido, que condena a la empresa por despido improcedente, lleva fecha de 28 de mayo de 2007, constando en la misma la

condición de parte demandada del Fondo de Garantía Salarial; b) tal sentencia adquirió firmeza el 7 de noviembre del mismo año 2007, solicitándose su cumplimiento al Juzgado de lo Social el 27 de febrero de 2008, con declaración subsiguiente de extinción del contrato de trabajo de los actores con efectos de 23 de abril de 2008; c) la ejecución de esta última resolución fue instada por los propios demandantes el 17 de julio siguiente, es decir transcurridos más de tres meses desde la firmeza de la ejecutoria, produciéndose en este trámite la declaración judicial de insolvencia provisional de la empresa demandada mediante auto de 10 de octubre del propio año 2008; y d) una vez reclamadas al Fondo de Garantía Salarial las cantidades correspondientes a la responsabilidad subsidiaria a cargo del mismo de las indemnizaciones de despido establecida en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), el organismo público recurrido denegó tal responsabilidad mediante resolución de 12 de junio de 2009, acto administrativo que está en el origen de este pleito.

La sentencia recurrida ha dado la razón al Fondo de Garantía Salarial, con base en el citado artículo 277.2 LPL [“la acción para ejercitar esta última (la ejecución del fallo de la sentencia condenatoria de despido) habrá de ejercitarse dentro de los tres meses siguientes a la firmeza de la sentencia”]. Entiende la Sala a quo que la excepción de prescripción puede ser opuesta por el citado Fondo, incluso en el supuesto de haber sido parte en el juicio inicial de despido, siempre que su presencia se justificara en calidad de potencial responsable (art. 23.1 LPL) y no actual responsable (art. 23.2 LPL) de las prestaciones a su cargo.

Para el juicio de contradicción se ha aportado una sentencia de suplicación de la propia Sala de Cataluña, que ha resuelto en sentido contrario un supuesto sustancialmente igual. Se trata también de una reclamación al Fondo de Garantía Salarial en concepto de responsable subsidiario de las indemnizaciones de despido a las que había sido condenada una empresa que devino insolvente en fecha posterior. También aquí el Fondo había sido parte en el litigio en calidad de posible responsable

futuro con base en el artículo 33.2 ET. Y al igual que ocurre en la sentencia recurrida, en la de contraste la ejecución de la sentencia de despido fue cursada más de tres meses después de la firmeza de la sentencia ejecutoria. La razón de decidir de esta sentencia de contraste es que, una vez constituido en parte el Fondo de Garantía Salarial en el pleito de despido, la excepción de prescripción de la acción de ejecución de sentencia pudo y debió oponerse en dicho trámite de ejecución, sin esperar a que se dedujera frente a él la petición de abono de cantidades a su cargo.

SEGUNDO.- La solución ajustada a derecho de la cuestión controvertida es, de acuerdo con sentencias precedentes de esta Sala (STS 12-11-1997, rcud 4565/1996; STS 23-4-2001, rcud 4361/1999, y las que en ellas se citan) la contenida en la sentencia de contraste, por lo que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, el recurso debe ser estimado.

Las razones a favor de la solución adoptada en dichas sentencias precedentes, que reiteramos y hacemos nuestras en la presente resolución, se pueden resumir como sigue: 1) existe una presunción legal (no desvirtuada en el presente caso por el Fondo de Garantía Salarial, que no ha impugnado el recurso de casación unificadora de los actores) de que, en la ejecución de la sentencia de despido en cuyo proceso fue parte, dicho organismo tuvo oportunidad de impugnar las correspondientes resoluciones jurisdiccionales (STS 12-11-1997, citada); 2) en la fase de ejecución del procedimiento inicial de despido en el que ha sido parte, el Fondo pudo oponerse a la ejecución alegando la prescripción de la acción ejecutiva que luego ha pretendido hacer valer, ya extemporáneamente, en el proceso posterior ceñido a la exigencia de su responsabilidad subsidiaria (STS 12-11- 1997, citada); 3) en consecuencia, las resoluciones de aquel anterior proceso de ejecución del despido adquirieron en su momento firmeza y fuerza de cosa juzgada respecto del citado organismo público (STS 12-11-1997, citada); y 4) pretender alterar tales pronunciamientos después de haber dado lugar a su firmeza, por aquietamiento, es un intento inútil de desconocer el deber de acatar y cumplir las resoluciones judiciales firmes (STS 23-4-2001, citada).

TERCERO.- La sentencia estimatoria de unificación de doctrina obliga a resolver la cuestión planteada de acuerdo con el criterio doctrinal unificado sentado en la misma (art. 226.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, aplicable al caso por razones cronológicas de derecho transitorio). Ello comporta en el presente asunto, teniendo en cuenta el signo estimatorio de la demanda de la sentencia del Juzgado de lo Social, la desestimación del recurso de esta clase interpuesto por la entidad pública demandada, y la confirmación de dicha sentencia de instancia.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DOÑA Leonor y DON Luis Antonio, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 6 de octubre de 2011, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2010 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona , en autos seguidos a instancia de dichos recurrentes, contra EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre RECLAMACION DE CANTIDAD. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por la entidad pública demandada, y confirmamos la sentencia de instancia, estimatoria de las demandas acumuladas de responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, 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.

XXX. BIBLIOGRAFIA

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N.º 84, páginas. 55-61.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- CASAS BAAMONDE, M. E., «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 345.

- CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», Relaciones Laborales, tomo I-2005, pág. 151.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la

situación actual y propuestas modificativas», Relaciones Laborales, tomo II-1996, pág. 184

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA MURCIA, J., «La actividad sindical y los criterios de representatividad (y II)», Relaciones Laborales, tomo II-1987, pág. 181.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas. 12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de

género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo?”

Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PÉREZ REY, J., Estabilidad en el empleo, Trotta, Madrid, 2004.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», Relaciones Laborales, tomo I-1991, pág. 181.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J., «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales, tomo I-1987, pág. 81.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número. 2, 1998.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número 2, 1998.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-RÉ, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

TALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST
OPUS ET SACRIFICIUM