



Roj: **STS 1855/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1855**

Id Cendoj: **28079140012018100437**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2018**

Nº de Recurso: **2825/2016**

Nº de Resolución: **464/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **2825/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 464/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Sebastian Moralo Gallego

Dª. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 4 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial representado por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 3 de mayo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad Valenciana en recurso de suplicación nº 1906/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón, en autos nº 34/2014, seguidos a instancias de D. Bernardo contra el Fondo de Garantía Salarial sobre prestaciones.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de mayo de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« **1º.-** El demandante D. Bernardo presto servicios para la empresa Milmueble S.A. desde el 11-10-2011, con la categoría de oficial 1a y salario diario de 55,59 euros al día. La empresa procedió al despido del trabajador en fecha 11-4-2012, a consecuencia de expediente de regulación de empleo. Impugnada la extinción, en fecha 3-10-2012 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón (autos nº 608/2012), por la que se declaró la nulidad del despido, fijándose un salario de tramitación diario de 55,59 euros y condenándose a la empresa al abono del importe de 5.410,07 euros por salarios. Por auto del mismo Juzgado (ejecución no



263/12) de fecha 26-12-2012 se declaró la extinción de la relación laboral del demandante con la empresa, fijándose la indemnización en 2.571,04 euros y los salarios de tramitación en 12.730,11 euros.

2º.- La empresa Milmueble S.A. fue declarada en situación de concurso de acreedores el día 11-4-2012 por el Juzgado de lo Mercantil no 1 de Castellón. Por parte de la administración concursal se han reconocido al demandante 2.571,04 euros en concepto de indemnización, 7.320,04 euros en concepto de salarios de tramitación y 4.906,07 euros en concepto de salarios en bruto, una vez deducido el total de 504 euros percibidos en concepto de "complemento ERE" (folios 35 y siguientes).

3º.- En fecha 13-3-2013 se presentó por el demandante solicitud de prestación al Fondo de Garantía Salarial. En fecha 28-10-2013 se dictó resolución por el Fondo de Garantía Salarial por la que reconoció al demandante el derecho a percibir del Fondo de Garantía Salarial la cantidad de 1.742,65 euros en concepto de indemnización conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, 4.845,56 euros por los salarios y 1.129,24 euros por los salarios de tramitación, aplicando un salario módulo de 49,79 ».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Bernardo contra el Fondo de Garantía Salarial, condeno al organismo demandado a abonar al demandante el importe de 60,51 euros en concepto de diferencia en la prestación derivada de salarios, mas 451,59 euros en concepto de diferencia en la prestación derivada de los salarios de tramitación, y absolviendo al organismo demandado de la petición de abono de diferencias en cuanto a la prestación derivada de la indemnización por despido».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Bernardo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 3 de mayo de 2016, en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor D. Bernardo frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de los de Castellón, de fecha 7 de mayo de 2.015, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y con estimación en lo pertinente de la demanda debemos declarar y declaramos el derecho del actor a percibir las cantidades reclamadas en las cuantías que le correspondan por la aplicación de la normativa anterior a la reforma del art. 33.2 del E.T., condenando al FOGASA a estar y pasar por esta declaración y al abono de las cantidades pertinentes. Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada en lo que no se opongan a la presente resolución.».

TERCERO.- Por la representación del Fondo de Garantía Salarial se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 8 de julio de 2016. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de fecha 3 de junio de 2014 (RS nº 915/2014).

CUARTO.- Con fecha 27 de febrero de 2017 se admitió a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida no obstante haber sido emplazada para lo actuado al Ministerio Fiscal a fin de que informe sobre la procedencia o improcedencia del presente recurso.

QUINTO.- 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 abril de 2018, 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 la prestación indemnizatoria por extinción del contrato que tiene que abonar el FOGASA debe calcularse conforme al art. 33-2 del ET en su redacción anterior al RD-L 20/2012 (triple SMI), o de acuerdo con lo establecido en la nueva redacción que se dió al precepto por dicha norma y que estaba vigente en la fecha de la extinción del contrato (doble del SMI).

2. La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador que vió extinguido su contrato el 11 de abril de 2012, a raíz de expediente de regulación de empleo (ERE) contra el que accionó obteniendo sentencia por despido favorable el 3 de octubre de 2012 y auto extinguiendo su contrato con las consecuencias legales el 26 de diciembre de 2012. Por resolución del FOGASA, tras solicitud del actor de 13 de marzo de 2013, se le reconoció y abonó la indemnización debida por fin de contrato, calculada, conforme a la redacción entonces vigente del art. 33-2 del ET, esto es con arreglo a un salario equivalente al doble del salario mínimo interprofesional (SMI). El trabajador presentó demanda judicial contra esta resolución obteniendo el 7 de mayo de 2015 sentencia desestimatoria contra la que presentó recurso de suplicación. La sentencia de suplicación que es la hoy recurrida lo estimó, al entender que la fecha de la declaración del concurso determinaba la norma



aplicable y no la fecha, 26 de diciembre de 2012, en que judicialmente se declaró la extinción del contrato y se fijó por auto la indemnización por tal concepto.

3. Como sentencia de contraste, a efectos de viabilizar este recurso extraordinario, cual requiere el artículo 219 de la LJS se trae la dictada por el TSJ del País Vasco de 3 de junio de 2014 (RS 915/2014). En ella se desestima la demanda interpuesta varios trabajadores en reclamación de cantidad contra el FOGASA, en concepto de diferencias de indemnización por despido no percibidas. Los datos básicos esenciales a tener en cuenta son los siguientes: **a)** Los demandantes, fueron despedidos por causas objetivas con fecha de efectos el 30 de noviembre de 2012, según se acordó por auto del Juzgado de lo Mercantil de 10 de septiembre de 2012 que fijó el día antes dicho como el de finalización de sus contratos; **b)** La empresa se encontraba en situación de concurso de acreedores desde el 19-11-2008 y entró en fase de liquidación por auto de 16 de mayo de 2012; y **c)** Previa solicitud de los trabajadores, formulada el 30 de noviembre de 2012, el FOGASA por resolución de 20 de marzo de 2013 les reconoció las indemnizaciones a su cargo por despido en la redacción dada por la Ley 3/2012 al artículo 33 del ET.

La sentencia de contraste entendió, dado que a la fecha de la extinción contractual el art. 33.2 ET había sido reformado por el RD-L 20/2012, de 13 de julio, que estableció la responsabilidad del FOGASA con el límite del doble del SMI, debía aplicarse la nueva norma.

4. Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el art. 219 de la LJS, cual ha informado el Ministerio Fiscal. En efecto, en ambos casos se trata de despidos objetivos acordados después de la reforma operada por el RDL 20/2012, en ambos supuestos el FOGASA fijó la indemnización por despido calculándola con arreglo al duplo del SMI, aunque antes de la vigencia del citado RDL 20/2012 se declarara la insolvencia de las dos empresas que no habían pagado la indemnización a su cargo, lo que dió lugar a que se reclamara del FOGASA el resto de la indemnización. Pese a esa igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones han recaído sentencias contrapuestas. La recurrida ha estimado que era procedente fijar la indemnización a pagar por el FOGASA usando para su cálculo el triple del SMI, y la de contraste ha entendido que la indemnización máxima a pagar por el FOGASA debía hacerse calculándola con el doble del SMI. La contradicción existe y procede entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar las doctrinas contrapuestas señaladas.

SEGUNDO.- La cuestión planteada, consistente en determinar la norma aplicable para cuantificar la obligación del FOGASA en orden al pago de las indemnizaciones por despido o extinciones de contratos que le impone el artículo 33-2 del ET, ya ha sido resuelta por esta Sala en diferentes sentencias con base en el principio de que nos encontramos ante una prestación de garantía, que no nace hasta que se extingue el contrato del que deriva la indemnización cuyo cobro parcial se garantiza, conclusión de la que se deriva que la norma aplicable sea la vigente al tiempo de declararse la extinción del contrato, al ser el momento en el que nace el derecho al cobro parcial que la norma garantiza. Así lo ha entendido esta Sala en sus sentencias de 6 de junio (2) y 7 de junio de 2017 (R. 1849/2016; 3987/2015; 1538/2016), 6 de febrero de 2008 (R. 581/2017) y 1 y 20 de marzo de 2018 (R. 3333/2016 y 2824/2016), entre otras, en las que se contemplan supuestos análogos al presente en los que la extinción contractual se ha producido vigente la reforma introducida por el RDL 20/2012. En estas sentencias se ha concretado que la legislación aplicable para determinar la responsabilidad del FOGASA es la vigente al tiempo de dictarse la resolución que declara la extinción del contrato o la que reconoce la deuda aunque la obligación de pago de esta entidad requiera la declaración de insolvencia de la empresa deudora, declaración que hace exigible al FOGASA el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que derivan de ese acto, pero cuya fecha no determina la norma aplicable para la cuantificación del alcance de las obligaciones del FOGASA.

La aplicación de la anterior doctrina nos lleva a estimar el recurso, al ser de aplicación el artículo 33 del ET en la redacción dada por el RDL 20/2012, cuyo número 2 limita el importe de la indemnización pagada por el FOGASA a la que resulte de hacer los cálculos allí previstos con un salario que no puede exceder del doble del SMI, incluidas pagas extras, con el límite máximo de una anualidad. Estos dos límites son de aplicar en todo caso, lo que supone por ministerio legal que en ningún caso pueden sobrepasarse, cual corrobora la regla Segunda del nº 3 del artículo estudiado para el supuesto análogo de empresas deudoras en situación de concurso de acreedores.

Ello es lógico, porque el derecho a una indemnización nace en ese momento y no cuando se declara a la empresa en situación de concurso de acreedores, pues este puede terminar de varias maneras que permitan la continuación de las relaciones de los trabajadores empleados por la concursada. Mientras no se extingue el contrato no nace el derecho a la indemnización que, mientras tanto, constituye una mera e incierta expectativa cuyo contenido y cuantía puede modificarse por ley, al no ser un derecho adquirido. Por ello, es el momento en el que nace el derecho a la indemnización el que determina la norma aplicable para la fijación de su cuantía, así como para cuantificar la obligación del FOGASA, entidad pública, de garantizar el cobro de parte de la misma,



pues las prestaciones de garantía a cargo de las aseguradoras, cualquiera que sea su naturaleza, pública o privada de la entidad, se actualizan cuando se produce la contingencia asegurada, cuando nace el deber de pagarlas, esto es cuando ose acredita la insolvencia del deudor.

TERCERO.- Los anteriores razonamientos, cual ha informado el Ministerio Fiscal, nos obligan a estimar el recurso, a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de esa clase que interpuso el FOGASA y de confirmar la sentencia de instancia y de desestimar la demanda en el particular relativo al importe de la indemnización por despido. Sin costas.

FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial representado por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 3 de mayo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad Valenciana en recurso de suplicación nº 1906/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón , en autos nº 34/2014.
2. Casar y anular la sentencia recurrida.
3. Confirmar la sentencia de instancia y desestimar la demanda origen de estas actuaciones en el particular relativo al importe de la indemnización por despido.
4. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.