

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 163/2018 de 15
Feb. 2018, Rec. 803/2016**

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 803/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 163/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 15 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 30 de diciembre de 2015, en el recurso de suplicación nº 1926/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 12 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres, en los autos nº 67/2015, seguidos a instancia de D. Leoncio contra dicho recurrente, sobre impugnación acto administrativo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de mayo de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Mieres, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando en parte la demanda deducida por Leoncio contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, debo declarar y declaro haber lugar parcialmente a ella, condenando al Fondo demandado a que abone al actor la cantidad de 332,35€».

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) En sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, se conde ó a la empleadora del actor a abonarle la cantidad de 4.304 57 €. De ella 384,97 € corresponde a indemnización por fin de contrato y 50,38 € al plus mixto extrasalarial.

2º) El Fondo abonó al actor la cantidad de 3.621,53 €, de los que 3.387,61 € corresponden a salarios y 233,92 € a indemnización.

3º) Agotada la preceptiva vía administrativa, presentó escrito de demanda en este Juzgado el día 9 de febrero de 2015».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA) contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Mieres, dictada en los autos seguidos a instancia de Leoncio contra la Entidad recurrente, sobre Impugnación Acto Administrativo, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Abogado del Estado en representación del Fondo de Garantía Salarial, mediante escrito de 22 de febrero 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 Supremo de 15 de junio de 2015. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 33.2 y 49.1.c) ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 7 de julio 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 la parte recurrida, 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 15 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

La cuestión suscitada consiste en determinar si la obligación del FOGASA, establecida en el art. 33.2 ET , de abonar las indemnizaciones derivadas de la extinción de contratos temporales ha de atenerse siempre a los límites del art. 49.1.c) ET (en el presente caso, por razones cronológicas, ocho 8 días de salario por año de servicio). La duda surge a propósito de su la referencia que realiza este último precepto a la "establecida en su caso en la normativa específica que sea de aplicación" puede entenderse comprensiva de las cantidades mayores que se hayan podido prever en el convenio colectivo.

1. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Surge un pleito con motivo de la terminación de un contrato de trabajo para obra o servicio en el sector de la construcción.

El trabajador obtiene sentencia favorable, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, condenando a la empresa demandada al pago de 4.304,57 €. De ella 384,97 € corresponde a indemnización por fin de contrato y 50,38 € al plus mixto extrasalarial.

La empleadora es declarada insolvente y el actor pide al Fondo de Garantía Salarial la prestación del art. 33.2 ET .

El Fondo abona al actor la cantidad de 3.621,53 €, de los que 3.387,61 € corresponden a salarios y 233,92 € a indemnización.

Disconforme con esa resolución, el trabajador interpone demanda contra el FOGASA.

B) Mediante su sentencia 297/2015, el Juzgado de lo Social de Mieres estima en parte la demanda del trabajador y condena al Fondo a que le abone la cantidad de 332,35 euros.

Contra la referida sentencia interpone recurso de suplicación la Abogacía del Estado. Sostiene que la responsabilidad del Fondo está topada por las previsiones del artículo 49.1.c ET , en relación con lo dispuesto en el art. 33.2 de la propia Ley.

C) La sentencia ahora impugnada, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 30 de diciembre de 2015 (rec 1926/15), desestima el recurso del FOGASA y confirma la de instancia.

Argumenta que tras la Reforma de 2006 se incluye en el art. 33.2 ET la indemnización por la extinción de los contratos temporales, y el art. 49.1.c) ET establece que dicha indemnización será de 8 días de salario por año de servicio "o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación", lo que incluye naturalmente a los convenios colectivos, con lo que el FOGASA debe responder de la cuantía señalada.

2.Recurso de casación.

Contra la anterior sentencia interpone el Abogado del Estado recurso de casación para la unificación de doctrina. Invoca como contradictoria la STS 15 de julio de 2015 (rec.) en la que se aborda el supuesto de una trabajadora que prestó servicios en el sector de la construcción y obtuvo sentencia condenatoria de la empresa.

Destaca que no se cuestiona la eficacia del convenio colectivo, sino su virtualidad para generar obligaciones a cargo del Fondo y llega a la conclusión de que éstas vienen estrictamente determinadas por la Ley. Los artículos 33.2 y 49.1.c no dejan lugar a dudas y la doctrina del Tribunal Supremo así lo confirma.

En consecuencia, acaba interesando que casemos y anulemos las dos sentencias dictadas a lo largo del procedimiento.

3.Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 15 de septiembre de 2016 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe previsto en el artículo 226.3 LRJS.

Considera concurrente la contradicción y se muestra favorable a la estimación del recurso, por así exigirlo el tenor de las normas cuya infracción acusa y la doctrina de esta Sala Cuarta.

4.Sentencia referencial.

A efectos de contradicción, el recurso señala la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala de 15 de junio de 2015 (rec. 1519/2013).

También es ese caso se trata de una trabajadora que presta servicios en el sector de la construcción, y que obtiene sentencia condenatoria de la empresa. Tras ser ésta declarada insolvente, reclama del FOGASA las prestaciones correspondientes a la indemnización del 7% del Convenio colectivo de la construcción por fin de contrato, que son estimadas tanto en la instancia como en suplicación.

La sentencia referencial estima el recurso de casación para unificación de doctrina del Abogado del Estado en representación del FOGASA y desestima la demanda razonando que el art. 33.2 ET remite al art. 49.1.c) de la misma Ley para fijar la indemnización "en los casos que legalmente procedan" y si bien este último precepto hace igualmente referencia a la indemnización que en su caso sea "establecida en la normativa específica que sea de aplicación", dicha previsión no implica que el citado al organismo de garantía deba hacerse cargo de indemnizaciones superiores a aquéllas.

5. Análisis de la contradicción.

A) La parte recurrida no ha comparecido y el Ministerio Fiscal acepta la contradicción pedida por el artículo 219 LRJS. Sin embargo, puesto que se trata de un presupuesto procesal del recurso, es claro que debemos controlarlo de oficio.

Además, exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, caso Arribas Antón contra España, § 46) obligan a explicitar el cumplimiento del mismo a fin de hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal.

B) Pues bien: en el presente caso no cabe duda de que existe una total concordancia entre los debates, las pretensiones, los hechos y los fundamentos que concurren en cada uno de los casos.

Se trata de trabajadores del mismo sector de actividad (construcción), cuyo contrato de obra finaliza; reclaman judicialmente el abono de la indemnización prevista al efecto por el convenio colectivo; obtienen sentencia favorable que la empresa no cumple; se produce la declaración de insolvencia de la empresa; reclaman al Fondo que abone el importe de referencia. Pues bien: mientras que la sentencia recurrida, como se ha expuesto, acepta que el convenio es fuente moduladora del tope de responsabilidad del Fondo, la de contraste reserva tal papel a la Ley.

De la comparación efectuada se desprende que concurre la pretendida contradicción puesto que ante identidad de presupuestos fácticos y de pretensiones, las soluciones alcanzadas son contradictorias.

SEGUNDO.- Doctrina de la Sala.

Sobre la cuestión debatida existe ya una consolidada doctrina de la Sala que debemos recordar para, acto seguido, proyectarla sobre el recurso que resolvemos.

1.Sentencia de contraste.

La doctrina correcta se encuentra en la sentencia contradictoria que sigue el criterio establecido ya en otras sentencias, como la de 16/10/2012. En ella se recuerda que 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 (3407/2006), luego Ley 43/2006 -.

Explica la sentencia que 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 fijan en un convenio colectivo.

Pues bien, la STS referencial 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:

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.

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.

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.

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.

2. Reiteración de la doctrina.

Esa doctrina, además de emanar del Pleno de la Sala, ha sido asimismo seguida por otras sentencias posteriores como las SSTS 799/2016 de 4 de octubre (rec. 1014/2015), 505/2017 de 8 de junio (rec. 59/2016) y, adaptada, 684/2017 de 18 septiembre (rec. 3554/2015).

TERCERO.- Resolución.

De acuerdo con las anteriores consideraciones la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste. 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 contractual, ocho días por año de servicio).

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, resolviendo el debate de suplicación en términos acordes con lo anteriormente expuesto.

Recordemos que, conforme al artículo 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 .*

Por su lado, el artículo 235 prescribe que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social.

FALLO

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

1º) 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.

2º) Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 30 de diciembre de 2015, en el recurso de suplicación nº 1926/2015.

3º) Resolver el debate planteado en el recurso de suplicación interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial frente a la sentencia dictada el 12 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres , en los autos nº 67/2015.

4º) Revocar la citada sentencia del Juzgado de lo Social de Mieres, en los autos seguidos a instancia de D. Leoncio contra dicho Fondo, sobre impugnación acto administrativo.

5º) Desestimar la demanda formulada y absolver al Fondo de Garantía Salarial de las peticiones deducidas en su contra.

6º) No realizar imposición de costas respecto de ninguno de los recursos reseñados.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.