BASE DE DATOS NORMACEF

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS**
*Sentencia 1125/2015, de 5 de junio de 2015*
*Sala de lo Social*
*Rec. n.º 889/2015*

**SUMARIO:**

**FOGASA. Despido por causas objetivas. Indemnizaciones extintivas a cargo del FOGASA en caso de insolvencia del empresario. Trabajador a tiempo parcial.** *Salario mínimo computable a efectos del límite a asumir por el Fondo de Garantía Salarial.* El importe del SMI depende de la jornada de trabajo. No se fija un salario mínimo interprofesional diario en todo caso sino que dicha cuantía salarial solo se aplica cuando se trata de un trabajador con jornada completa. Si es un trabajador a tiempo parcial el salario mínimo interprofesional se calcula a prorrata. Por ello, el salario mínimo interprofesional diario de un trabajador con el 15 por 100 de jornada, como en el caso, tiene como límite dicho porcentaje, y el triple de dicha cantidad, más la parte proporcional de las pagas extras, opera como límite de la responsabilidad del FOGASA. Esta conclusión no puede resultar alterada por la circunstancia de haber procedido el FOGASA a tomar la cuantía del SMI de un trabajador a tiempo completo para determinar su tope de responsabilidad por la deuda salarial contraída por la empresa con el actor. La aplicación de un criterio erróneo no justifica que el organismo deba repetirlo o quede vinculado para resolver una prestación de garantía distinta.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 33.1 y .2..

**PONENTE:**

*Don Jorge González Rodríguez.*

Magistrados:

Doña CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ
Don JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ
Don LUIS CAYETANO FERNANDEZ ARDAVIN

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**
OVIEDO

SENTENCIA: 01125/2015

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIALOVIEDO

C/ SAN JUAN N.º 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG :

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPLICACION 889/2015

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA JDO. DE LO SOCIAL N.º 1 DE OVIEDO, AUTOS N.º 580/2014

Recurrente/s: FOGASA

Abogado/a: ABOGADO DEL ESTADO

Recurrido/s: Genaro

Graduado/a Social: JULIO SANCHEZ RODRIGUEZ

SENTENCIA N.º 1125/15

En OVIEDO, a cinco de Junio de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos Sres. D. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ, Presidente, Dª. CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ y D. LUIS CAYETA NO FERNANDEZ ARDAVIN, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el RECURSO SUPLICACION 0000889/2015, formalizado por el ABOGADO DEL ESTADO, en nombre y representación de FONDO DE GARANTIA SALARIAL, contra la sentencia número 120/2015 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 0000580/2014, seguidos a instancia de Genaro frente al FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr D. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

D. Genaro presentó demanda contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 120/2015, de fecha seis de marzo de dos mil quince .

**Segundo.**

En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1.º) Genaro, cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, prestó servicios como titulado superior, con la categoría profesional de director comercial, desde el día 1 de octubre de 1974, para la empresa Contenemar Galicia SA, percibiendo un salario bruto diario de 47,41 euros. Desde el 11 de junio de 2009 percibe una pensión de jubilación parcial, en cuantía del 85% de la base reguladora. Al mismo tiempo, en esa fecha, formalizó un contrato temporal con la empresa, con una jornada semanal de 6 horas, que representa el 15% de su jornada, con duración prevista hasta el día 3 de enero de 2014, subscribiendo la empresa, simultáneamente, contrato de relevo con otro trabajador.

2.º) El día 19 de septiembre de 2009 la empresa le entrega comunicación por la que procede a su despido con efectos desde el día 18 de octubre de 2009. Impugnada judicialmente aquella resolución, recayó sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Avilés, de fecha 24 de mayo de 2010, firme en el momento actual, en la que se declara procedente la extinción del contrato de trabajo del actor con efectos del 18 de octubre de 2009 y se condena a la empresa a abonarle una indemnización de 17.304,65 euros, copia de la sentencia obra unida al ramo de prueba de la parte actora dándose su contenido por íntegramente reproducido.

3.º) La empresa fue declarada en concurso de acreedores dando lugar a los autos 542/2009, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Madrid, nombrándose administradores a D. Tomás y D. Alexander,

quienes en fecha 8 de marzo de 2011 certificaron que el actor era titular de un crédito por importe de 17.304,65 euros, con privilegio general, por indemnización de la sentencia referida en el hecho anterior.

4.º) El día 11 de junio de 2012 presentó ante el Fondo de Garantía Salarial solicitud de prestaciones, recayendo resolución de 7 de abril de 2014, en la que se le reconoce el derecho a percibir la cantidad de 4.036,90 euros en concepto de indemnización.

**Tercero.**

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando la demanda formulada por D. Genaro contra el Fondo de Garantía Salarial debo condenar y condeno al Fondo de Garantía Salarial a abonar al actor la cantidad de trece mil doscientos sesenta y siete euros con setenta y cinco céntimos (13.267,75 euros) en concepto de diferencia de indemnización".

**Cuarto.**

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el FONDO DE GARANTIA SALARIAL formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**Quinto.**

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 17 de abril de 2015.

**Sexto.**

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 14 de mayo de 2015 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**

El demandante prestó servicios como director comercial y a partir de junio de 2009, al acogerse a la situación de jubilación parcial, lo hizo con una jornada semanal de 6 horas, equivalente al 15 por ciento de la jornada completa, y un salario diario de 47,41 euros. La empresa, que le despidió por causas objetivas en septiembre de 2009 y fue declarada en concurso, no le abonó la indemnización de 17.304,65 euros a cuyo pago por el despido fue condenada en sentencia dictada en el año 2010. El demandante solicitó al FOGASA el abono de esta cantidad, pero sólo obtuvo el reconocimiento de su derecho a recibir la suma de 4.036,90 euros por este concepto ya que ese organismo público de garantía para fijar el módulo salarial de aplicación calculó el importe del salario mínimo interprofesional en proporción a la jornada a tiempo parcial del trabajador.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo, estimando la demanda, condena al FOGASA al pago de la cantidad restante y el pronunciamiento es recurrido en suplicación por este organismo que plantea dos motivos de recurso. En el primero de ellos, bajo la cobertura formal del Art. 193 b) de la LJS, solicita añadir en el hecho probado primero de la sentencia que el demandante suscribió un contrato de duración determinada a tiempo parcial al acceder a la jubilación parcial.

Basa el intento revisor en el informe de la TGSS (folio 58 de los autos), pero el intento es superfluo pues el relato de hechos probado contiene información suficiente para conocer que tras la jubilación parcial la prestación de servicios continuó a tiempo parcial y toda la fundamentación de la sentencia se sustenta en esta circunstancia de hecho.

**Segundo.**

En el segundo motivo de recurso, a través del cauce procesal habilitado en el Art. 193 c) de la LJS, el organismo recurrente denuncia la infracción del Art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el Art. 19 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, de Organización y Funcionamiento del FOGASA, así como del Art. 1 del Real Decreto 2.030/2009, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el 2010. Invoca asimismo los Arts. 12 d) del Estatuto de los Trabajadores y 14 de la Constitución Española .

La decisión del motivo requiere hacer unas precisiones iniciales. El trabajador en la demanda fundaba su pretensión en dos argumentos distintos: el derecho a percibir el importe total de la indemnización le correspondía pues ni superaba el número de días de los que responde el FOGASA, ni la retribución excedía del triple del salario mínimo interprofesional; por otra parte, dado que el FOGASA había resuelto expresamente después de transcurrido el plazo de tres meses desde la solicitud del actor, dentro del cual debía dictar la resolución, la demora había producido el efecto del silencio administrativo positivo. La sentencia del Juzgado examina únicamente el primer argumento y estima la pretensión sólo con su análisis. El FOGASA, como es lógico, al recurrir no hace mención alguna al segundo argumento, pero lo importante es que tampoco el trabajador en el escrito de impugnación del recurso insiste en la defensa del mismo, posibilidad de insistir en un fundamento de la pretensión distinto del estimado en la sentencia que admite el Art. 197.1 de la LJS siempre y cuando se formule cumpliendo los requisitos que cualquier motivo de recurso debe reunir de acuerdo con el Art. 196 de la LJS. El silencio de la parte recurrida limita el examen a la cuestión planteada por el recurrente.

El Art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores en el año 2010 establecía que las indemnizaciones extintivas a cargo del FOGASA en los supuestos de insolvencia o concurso del empresario habrán de fijarse, en todos los casos 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.

El interrogante se plantea cuando el trabajador lo era a tiempo parcial, pues surge la duda de si el importe del salario mínimo interprofesional a partir del cual calcular la prestación de garantía asumida por el FOGASA ha de ser el mismo que para el trabajador a tiempo completo, de forma que la duración de la jornada sea indiferente para determinar el modulo salarial de aplicación; o si, por el contrario, una menor jornada debe conllevar la reducción proporcional de ese importe.

El Juzgado de lo Social consideró más acertado el primer criterio, para lo cual recoge los argumentos utilizados por las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 15 de julio de 1998 y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 13 de noviembre de 2014 (Rec. 1.364/2013 ). En la primera de estas sentencias el supuesto de hecho examinado no parece coincidir con el del caso presente, a diferencia de la sentencia del Tribunal Superior de Galicia, que resuelve un supuesto de contrato a tiempo parcial y funda su decisión, contraria a la reducción proporcional del límite salarial cuando el trabajador ha prestado servicios a tiempo parcial, en la interpretación literal del Art. 33.1 del Estatuto de los Trabajadores :

"A la vista de tal redacción [del Art. 33.1 del ET ], que es lo suficientemente clara como para no introducir en el ánimo del intérprete duda alguna acerca de que el legislador hubiera querido expresar algo diferente a lo que dijo, debe llegarse a la conclusión en el sentido de que el método interpretativo del precepto deberá ser el literal ("según el sentido propio de sus palabras") al que se refiere el Art. 3.1 del Código Civil . Y en base a dicha interpretación literal, no se puede sostener la argumentación del FOGASA, sobre la determinación de su responsabilidad, es claro, pues, que la obligación del fondo ( artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, que lo desarrolla), no autoriza otras reducciones cuantitativas de los salarios pendientes, que las que el propio texto prevé; y que el artículo 28.3 del Real Decreto ya citado, sólo permite desestimar las solicitudes presentadas cuando se aprecie en el expediente la existencia de abuso de derecho o fraude de ley o cuando no esté justificado su abono por haberse acreditado la existencia de un interés común de trabajadores y empresarios en la formalización de una apariencia con el fin de obtener las pretensiones del FOGASA, lo que no pueden presumirse".

El criterio opuesto, sin embargo, ha sido estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en la sentencia de 13 de mayo de 2015 (Rec. 264/2015 ) que a su vez cita la del mismo tribunal número 1082/2007, de 30-11, y la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana número 4305/2008, de 18-12, que se fijan en la regulación del Salario Mínimo Interprofesional (SMI).

En efecto, la interpretación literal del Art. 33.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores es insuficiente para resolver el interrogante pues necesita ser completada con el régimen del SMI, sin el cual no se obtiene la cuantía del mismo. El Real Decreto 2030/2009, de 30 de diciembre, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional para 2010 establece en el Art. 1 :

"El salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 21,11 euros/día o 633,30 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses.

En el salario mínimo se computan tanto la retribución en dinero como en especie. Este salario se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad, sin incluir en el caso del salario diario la parte proporcional de los domingos y festivos. Si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata.

Para la aplicación en cómputo anual del salario mínimo se tendrán en cuenta las reglas sobre compensación que se establecen en los artículos siguientes".

De esta regulación se desprende de forma clara y directa que el importe del SMI depende de la jornada de trabajo. Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, aunque acomodando las cuantías a las circunstancias fácticas del caso presente, no se fija un salario mínimo interprofesional diario de 21,11 euros diarios en todo caso sino que dicha cuantía salarial solo se aplica cuando se trata de un trabajador con jornada completa. Si es un trabajador a tiempo parcial el salario mínimo interprofesional se calcula a prorrata. Por ello, el salario mínimo interprofesional diario de un trabajador con el 15 por 100 de jornada, como el actor, ascendía a 3,17 euros diarios, y el triple de esta cantidad, más la parte proporcional de las pagas extras, opera como límite de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial.

La solución defendida en la demanda y acogida por el Juzgado de instancia al prescindir del régimen del SMI establece un criterio de garantía salarial que en su aplicación concreta trata de forma desigual a los trabajadores a tiempo parcial y a los trabajadores a tiempo completo. Para aquellos, con un beneficio mayor cuanto más salario reciban, la prestación de garantía se calculará por encima del SMI interprofesional que les es aplicable, a diferencia de éstos, sin que el Art. 33 del Estatuto de los Trabajadores permita considerar que el sentido de la norma es el establecimiento de ese tratamiento no uniforme.

Procede, por tanto, la estimación del recurso. Esta conclusión no puede resultar alterada por la circunstancia de haber procedido el FOGASA a tomar la cuantía del SMI de un trabajador a tiempo completo para determinar su tope de responsabilidad por la deuda salarial contraída por la empresa con el actor. La aplicación de un criterio erróneo no justifica que el organismo deba repetirlo o quede vinculada para resolver una prestación de garantía distinta.

Por lo expuesto.

**FALLAMOS**

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada el 6 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo en el proceso sustanciado a instancias de Genaro contra el organismo recurrente. Y desestimando la demanda, absolvemos al FOGASA de la pretensión formulada.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del Art. 221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

Tasas judiciales para recurrir

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.