

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 141/2022, de 10 de febrero de 2022

Sala de lo Social

Rec. n.º 4941/2018

SUMARIO:

FOGASA. Responsabilidad en el abono de la indemnización por despido fijada en sentencia firme cuando dos de las empresas condenadas han sido declaradas en concurso y el trabajador no aporta certificación de la administración concursal acreditativa de que su crédito ha sido incluido en la lista de acreedores. Es preciso que el crédito salarial sea reconocido por la administración concursal e incluido por ella en la lista de acreedores para que nazca la obligación del Fogasa de hacer frente a esos créditos con las limitaciones cuantitativas legales, ya que la responsabilidad del Fondo no nace automáticamente, sino que en todos los casos debe instruir el oportuno expediente de comprobación. Y es lógico que así sea, porque solo 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 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, pidiendo a los administradores concursales rectificación de la certificación emitida con la aportación de documentos que evidencien su error o promoviendo el oportuno incidente concursal contra su decisión, acciones que puede ejercitar mientras no prescriban. En el caso analizado el trabajador no ha aportado, a pesar de que fue requerido por el Fondo, certificado de la administración concursal de que su crédito está incluido en la lista de acreedores, por lo que no cumple el requisito establecido en el artículo 33 del ET. En consecuencia, no procede el reconocimiento de la prestación a cargo del Fogasa.

PRECEPTOS:

RDLeg 2/2015 (TRET), art. 33.3.

RD 505/1985 (FOGASA), arts. 16.2 y 3 y 25 b).4.

PONENTE:

Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Magistrados:

Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Don CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Don RICARDO BODAS MARTIN

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4941/2018

Ponente: Excm. Sra. D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 141/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

Dª. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 10 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto 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 Galicia, de fecha 24 de octubre de 2018, recaída en el recurso de suplicación núm. 2166/2018, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela, dictada el 12 de enero de 2018, en los autos de juicio núm. 2/2016), iniciados en virtud de demanda presentada por D. Virgilio, contra Fondo de Garantía Salarial, sobre reclamación de cantidad.

Ha sido parte recurrida D. Virgilio representado y asistido por el letrado D. Xavier Castro Martínez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 12 de enero de 2018, el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo ESTIMAR la demanda presentada a instancias de D Virgilio, representado por el Letrado Sr. Castro Martínez, contra el FOGASA, representado y asistido por la Letrada Sra. Pérez Díez Del Corral y en consecuencia debo condenar y condeno al FOGASA a abonar al actor la cantidad de 15.381,10 euros en concepto de indemnización, más los intereses del artículo 576 de la LEC que se devengarán a partir de los tres meses siguientes al día de notificación de la presente resolución."

Segundo.

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"Primero.- En sentencia dictada en autos de resolución contractual (DSP) nº 34/2014 de fecha 24/09/2014, seguidos en este mismo juzgado, se declararon probados los siguientes hechos (doc. nº 3 del ramo de prueba del actor y unido al expediente): 1º.- La parte demandante prestó servicios con la categoría profesional de peón, percibiendo un salario de 1.281,90 euros con prorrata de pagas extraordinarias, todo ello en virtud de los contratos que se relatan en el siguiente hecho probado. 2º.- Contrato con Hipeskar SL desde el 4 de abril de 1.997 hasta el 3 de octubre de 1.997. Contrato con Campiñas de Laiño desde el 4 de octubre de 1.997 hasta el 18 de noviembre de 1.998. Contrato con Hipeskar desde el 19 de noviembre de 1.998 hasta el 2 de enero de 2.000. Contrato con Campiñas de Laiño desde el 14 de enero de 2.000 hasta el 28 de febrero de 2.001. Contrato con Hipeskar SL desde el 15 de marzo de 2.001 hasta el 14 de marzo de 2.002. Contrato con Campiñas de Laiño desde el 18 de marzo de 2.002 hasta el 17 de marzo de 2.003. Contrato con Hipeskar SL desde el 21 de marzo de 2.003 hasta el 20 de marzo de 2.004. Contrato con Campiñas de Laiño SA desde el 24 de marzo de 2.004 en vigora la fecha de presentación de la demanda. 3º.- Las entidades Refojo y González SL, Hipeskar SL y Campiñas de Laiño tienen el mismo domicilio social, siendo los administradores la misma persona, comparten objeto social, instalaciones y medios materiales, prestando servicios indistintamente los trabajadores contratados por las mismas. 4º.- A fecha de interposición de la demanda, las codemandadas adeudaban al actor la paga extraordinaria de junio y diciembre de 2.011, las diferencias salariales de julio de 2.011 a mayo de 2.012, todo por importe de 3.991,92 euros reclamados en otra sede. Asimismo, se adeuda al actor la paga extrade diciembre de 2.012, las nóminas de marzo y abril de 2.013 y las diferencias salariales de junio de 2012 a mayo de 2013, también reclamadas en otra sede. También se habría formulado reclamación judicial en otro procedimiento por las diferencias entre la prestación de incapacidad temporal por el período de noviembre a diciembre de 2.011, reconociendo las empresas su adeudo por importe de 609,39 euros. 5º.- Se adeuda por las codemandadas al trabajador las nóminas de los meses de septiembre, octubre, noviembre y paga extraordinaria del mes de julio de 2.013 y las diferencias salariales de marzo a agosto de 2.013, haciendo todo ello 6.528,31 euros 6º.- Se celebró acto conciliatorio previo el día 20 de diciembre de 2.013 sin efecto.

Segundo.-El fallo de la sentencia es el que sigue: 1º.- ESTIMO la demanda sobre RESCISION formulada por don Virgilio frente a Refojo y González SL, Hipescar SL, Campiñas de Laiño SA y Fogasa SL y, en consecuencia, declaro la EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL que unía a los mismos a fecha de la presente sentencia, con condena de las empresas indicadas a que abonen solidariamente la indemnización detallada en el número segundo de este fallo con la responsabilidad subsidiaria del Fogasa para el supuesto de insolvencia. Asimismo, de igual forma conjunta y solidaria, se condena a las codemandadas a que abonen la cantidad en concepto de salarios adeudados a que se hace referencia en el segundo número de este fallo. 2º.-La indemnización y salarios adeudados son los siguientes: - en concepto de indemnización, y de optar la empresa por ella, 33.410,95euros. - en concepto de salarios adeudados 6.969,69 euros.

Tercero.- Por auto de fecha 20/10/2014 se aclaró la anterior resolución en el sentido que se expone: ACLARAR la sentencia de 24 de septiembre de 2.014 estableciendo que procede aclarar la misma en el sentido de expresar que la indemnización total asciende a la cantidad de 33.419,95 euros. Asimismo, se debe hacer constar que la cantidad de 33.410,95 euros debida en concepto de salarios de tramitación, lo es en cualquier caso, y no solo para el supuesto de readmisión puesto que ya no procede la misma. Y por auto de fecha 20/11/2014 se aclaró de nuevo: ACLARAR la sentencia de 24 de septiembre de 2.014 y el posterior auto de 20 de octubre de 2.014 en el sentido de hacer constar que las cantidades de condena de la referida sentencia son 33.419,95 euros en concepto de indemnización -no sujeta a opción, debida en todo caso- y la de 6.969,69 euros en concepto de salarios.

Cuarto.- Dicha resolución es firme (consta diligencia de ordenación de 30/01/2015).

Quinto.- La empresa HIPESCAR SL, fue declarada insolvente por importe de 40.389,64 euros por Decreto de 08/06/2015, dictado en autos de ejecución de títulos judiciales 79/2015 en ejecución de la anterior sentencia (doc. nº 2 del ramo de prueba del actor y unido al expediente).

Sexto.- Por el actor se presentó solicitud de prestaciones el 24/09/2015 ante el FOGASA (obra unida al expediente).

Séptimo.- El FOGASA dicto resolución en fecha 20/10/2015 teniendo por desistido al actor de su solicitud al entender que no había cumplido en tiempo y forma el requerimiento de subsanación que le fue notificado (obra unida al expediente).

Octavo.- El FOGASA requirió al actor a fin de presentar certificado de la administración concursal de las empresas codemandadas de HIPESCAR SL, CAMPIÑAS DE LAIÑO SA, Y REFOJO Y GONZALEZ SL por estar en concurso de acreedores (hecho no controvertido).

Noveno.- Por la representación del actor se remitieron el 7/10/2015 correos electrónicos a los administradores concursales de CAMPIÑAS DE LAIÑO SA (Sr. Anselmo) y de REFOJO Y GONZALEZ SL (Sra. Arturo), solicitando la certificación requerida por FOGASA (doc. nº 2 del actor). No consta contestación a dicho requerimiento.

Décimo.- El juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña dicto sentencia de aprobación de convenio en fecha 31/01/2013 en concurso voluntario nº 147/2012-N de la empresa CAMPIÑAS DE LAIÑO Sa y el juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña dicto sentencia de aprobación de convenio en fecha 22/11/2013 en concurso voluntario nº 199/2012 de la empresa REFOJO Y GONZALEZ SL."

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 Galicia, dictó sentencia en fecha 24 de octubre de 2018, recurso de suplicación nº 2166/2018, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por FOGASA contra la sentencia dictada el 12/1/18 por el Juzgado de lo Social Nº 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en autos Nº 2-2016 sobre CANTIDADES seguidos a instancias de Virgilio contra el recurrente resolución que se confirma en su integridad. En cuanto a costas estese a lo razonado."

Cuarto.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el Fondo de Garantía Salarial interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala 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 Galicia, en fecha 10 de julio de 2018 (RS 915/2018).

Quinto.

Se admitió a trámite el recurso, y habiendo transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida D. Virgilio para la impugnación del recurso formalizado de contrario sin haberlo verificado, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser declarado procedente.

Sexto.

Se señaló para la votación y fallo el día 9 de febrero de 2022, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina es determinar si el FOGASA es responsable del abono de unas prestaciones -indemnización por despido fijada en sentencia firme- cuando las empresas condenadas han sido declaradas en concurso y el trabajador no aporta certificación de la administración concursal acreditativa de que su crédito ha sido incluido en la lista de acreedores.

2.- El Juzgado de lo Social número 2 de Santiago de Compostela dictó sentencia el 12 de enero de 2018, autos número 2/2016, estimando la demanda formulada por D. Virgilio contra FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre CANTIDAD, condenando a la demandada a abonar al actor la cantidad de 15.381,10 €, en concepto de indemnización, más los intereses del artículo 576 de la LEC que se devengarán a partir de los tres meses siguientes al día de notificación de la presente resolución.

Tal y como resulta de dicha sentencia:

En sentencia de 24 de septiembre de 2014, autos 34/2014, seguidos ante dicho Juzgado, consta el siguiente Fallo: "ESTIMO la demanda sobre RESCISION formulada por don Virgilio frente a Refojo y González SL, Hipescar SL, Campiñas de Laiño SA y Fogasa SL y, en consecuencia, declaro la EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL que unía a los mismos a fecha de la presente sentencia, con condena de las empresas indicadas a que abonen solidariamente la indemnización detallada en el número segundo de este fallo con la responsabilidad subsidiaria del Fogasa para el supuesto de insolvencia. Asimismo, de igual forma conjunta y solidaria, se condena a las codemandadas a que abonen la cantidad en concepto de salarios adeudados a que se hace referencia en el segundo número de este fallo. 2º.-La indemnización y salarios adeudados son los siguientes: - en concepto de indemnización, y de optar la empresa por ella, 33.410,95 euros. - en concepto de salarios adeudados 6.969,69 euros. Por auto de fecha 20/10/2014 se aclaró la anterior resolución en el sentido que se expone: ACLARAR la sentencia de 24 de septiembre de 2.014 estableciendo que procede aclarar la misma en el sentido de expresar que la indemnización total asciende a la cantidad de 33.419,95 euros. Asimismo, se debe hacer constar que la cantidad de 33.410,95 euros debida en concepto de salarios de tramitación, lo es en cualquier caso, y no solo para el supuesto de readmisión puesto que ya no procede la misma. Y por auto de fecha 20/11/2014 se aclaró de nuevo: Se acordó ACLARAR la sentencia de 24 de septiembre de 2.014 y el posterior auto de 20 de octubre de 2.014 en el sentido de hacer constar que las cantidades de condena de la referida sentencia son 33.419,95 euros en concepto de indemnización -no sujeta a opción, debida en todo caso- y la de 6.969,69 euros en concepto de salarios.

La empresa HIPESCAR SL, fue declarada insolvente por importe de 40.389,64 euros por Decreto de 08/06/2015, dictado en autos de ejecución de títulos judiciales 79/2015 en ejecución de la anterior sentencia.

Por el actor se presentó solicitud de prestaciones el 24/09/2015 ante el FOGASA, que dictó resolución en fecha 20/10/2015 teniendo por desistido al actor de su solicitud al entender que no había cumplido en tiempo y forma el requerimiento de subsanación que le fue notificado.

El FOGASA requirió al actor a fin de presentar certificado de la administración concursal de las empresas codemandadas de HIPESCAR SL, CAMPIÑAS DE LAIÑO SA, Y REFOJO Y GONZALEZ SL por estar en concurso de acreedores.

Por la representación del actor se remitieron el 7/10/2015 correos electrónicos a los administradores concursales de CAMPIÑAS DE LAIÑO SA y de REFOJO Y GONZALEZ SL solicitando la certificación requerida por FOGASA. No consta contestación a dicho requerimiento.

El juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña dictó sentencia de aprobación de convenio en fecha 31/01/2013 en concurso voluntario nº 147/2012-N de la empresa CAMPIÑAS DE LAIÑO Sa y el juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña dictó sentencia de aprobación de convenio en fecha 22/11/2013 en concurso voluntario nº 199/2012 de la empresa REFOJO Y GONZALEZ SL.

3.- Recurrída en suplicación por la Letrada Habilitada de la Abogacía del Estado, en representación del FOGASA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 24 de octubre de 2018, recurso número 2166/2018, desestimando el recurso formulado.

La sentencia entendió que el título que se ejecuta es posterior en su constitución, no solo a la declaración del concurso sino también a la aprobación judicial de los respectivos convenios en dichas empresas concursadas,

lo cual hace inviable la pretensión de incluir los créditos del actor en la lista de acreedores que ha quedado definitivamente cerrada con la aprobación del convenio, todo ello sin perjuicio de las acciones ejecutivas que pudieran seguirse contra las concursadas, acciones que podrían ser ejercitadas por el recurrente como subrogado en la posición del actor, todo ello a la vista de que el art. 133.2 LC alcanzada eficacia el convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso, en consecuencia, la falta que se atribuye al actor no justifica el impago por parte del recurrente.

Concluye que no resulta de aplicación la doctrina contenida en STS de 25/05/2015 por cuanto en el presente supuesto la lista de acreedores de las concursadas ya está cerrada con la aprobación del convenio dos años antes al título que habilita al actor, razones que implican la desestimación del motivo y confirmación del fallo recurrido.

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado Habilitado de la Abogacía del Estado, en representación del FOGASA, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 10 de julio de 2018, recurso número 915/2018.

El Letrado D. Xavier Castro Martínez, en representación de D. Virgilio, se ha personado pero no ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado procedente.

Segundo.

1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 10 de julio de 2018, recurso número 915/2018, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA frente a la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Santiago de Compostela, en autos número 469/2016, revocando la misma y desestimando la demanda formulada.

Consta en dicha sentencia que en fecha 28 de Octubre de 2013 se dictó sentencia en los autos número 935/2012, seguidos ante el Juzgado de lo Social número 1 de los de Santiago de Compostela, declarando la improcedencia del despido del ahora demandante y condenando solidariamente a las tres empresas para las que prestó servicios HIPESCAR, S.L., CAMPIÑAS DE LAÍÑO, S.A. y REFOJO Y GONZÁLEZ, S.L., a optar entre o bien la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir por importe de 26.004,65 euros o bien la extinción de la relación laboral con abono de la correspondiente indemnización por despido improcedente que en el caso del actor asciende a 66.900,14 euros. Que en fecha 08 de Febrero de 2016 se dictó el Decreto declarando insolvente a la mercantil Hipeskar, S.L., esto es, una de las tres empresas condenadas solidariamente al pago de la indemnización por despido improcedente.

En fecha 28 de Abril de 2016 la parte ahora demandante acreditó ante el Fondo de Garantía Salarial, dentro de la tramitación del oportuno expediente administrativo de prestaciones, haber solicitado a los Administrados de las mercantiles Campiñas de Laíño, S.A. y Refojo y González, S.L. respectivamente sendas certificaciones originales expedidas por los mismos de la inclusión del crédito laboral que se adeuda al ahora demandante en sus listas de acreedores o, en su caso, reconociendo como deuda de la masa dicha cantidad, en cuantía igual o superior a la ahora solicitada en los presentes autos, con desglose de los períodos, conceptos y cantidades adeudadas. Que no consta que los Administradores concursales de las mercantiles Campiñas de Laíño, S.A. y Refojo y González, S.L. respondiesen en plazo o fuera de plazo al ahora demandante.

El ahora actuante solicitó ampliación de plazo para presentación de la citada documentación antes de resolver el expediente de prestaciones, si bien no hubo contestación del mismo ni respuesta por parte del Fondo de Garantía Salarial al respecto de este particular.

En fecha 03 de Mayo de 2016, una vez iniciado en fecha 17 de Marzo de 2016 el expediente de prestaciones a favor del actuante y a instancia de éste, se dictó por parte de la Secretaría General de Estado (el Fondo de Garantía Salarial) resolución administrativa resolviendo tener por desistida la solicitud del afectado, constando en su Fundamento Jurídico Segundo lo siguiente: "... Que, examinada la solicitud, se comprueba la necesidad de completar la documentación preceptiva para poder resolver, razón por la que este Organismo procedió, en cumplimiento del artículo 71.1 de la Ley 30/92, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/99, a efectuar el correspondiente requerimiento de subsanación, que debe entenderse por reproducido; habiendo transcurrido el plazo legalmente establecido sin que el interesado lo haya cumplimentado... No habiéndose dado cumplimiento en tiempo y forma al requerimiento de subsanación que le fue notificado al interesado... procede tenerle por desistido de sus solicitud de prestaciones de garantía salarial al no reunir la misma los requisitos exigidos en el Real Decreto 505/85, de 06 de Marzo, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial; acordándose su archivo sin perjuicio de su derecho a volver a replantearla".

La sentencia, invocando la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2015, recurso 3339/2013, entendió que para que el FOGASA asuma el pago en supuestos de empresas en concurso, necesariamente ha de constar reconocido dicho crédito en la certificación de la administración concursal.

La sentencia concluye que la actora no solo tiene que acreditar que no se ha emitido tal certificación, sino que cuando la pide los administradores concursales estaban en condiciones de emitir tal certificado y en consecuencia, pasar por ese "expediente de comprobación" al que se ha hecho referencia. Por lo tanto, los argumentos de la sentencia de instancia de que no se puede hacerse pechar al actor con los perjuicios que le causan la falta de contestación de los administradores concursales decaen.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de personas trabajadoras que reclaman al FOGASA el abono de cantidades pendientes de pago, habiendo sido condenadas a su abono solidariamente las empresas Refojo y González SL, Hipescar SL y Campiñas de Laiño SA, habiéndose declarado la insolvencia de Hipescar SL y habiendo solicitado el FOGASA al actor la aportación de certificación de la administración concursal, respecto a las dos últimas empresas. En ninguno de los dos supuestos aparece aportada la certificación de la administración concursal de reconocimiento del crédito de los actores.

Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que procede que el FOGASA abone las cantidades reclamadas, la sentencia de contraste mantiene que no procede dicho abono.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

Tercero.

1.- El recurrente alega que la sentencia recurrida infringe los artículos 33.3 del ET y 16.2 y 25 b).4 del RD 505/1965, en relación con los artículos 53 y 86.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y con la Ley 38/2011, de 10 de octubre y la jurisprudencia.

En esencia aduce que la regla primera del art. 33.3 del ET establece de forma taxativa que "el reconocimiento del derecho a la prestación 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 a ello"

Ante esta nítida redacción legal, no es posible obviar ese claro tenor y vaciarlo de contenido, que es lo que ha hecho la sentencia impugnada.

A ello se añade que el art. 33.3 del ET no distingue entre unas y otras indemnizaciones, es decir entre las de origen judicial y las de origen concursal (del art. 64 de la Ley Concursal), lo que impide establecer un trato diferenciador entre unas y otras, especialmente si el resultado de esa diferencia de trato consiste nada menos que en generar la responsabilidad ultra vires del FOGASA, más allá de los requisitos legales.

2.- Para una mejor comprensión de la cuestión debatida pasamos a reproducir el artículo 33 del ET, que en su apartado 3 establece::

"En caso de procedimientos concursales, 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 Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá estas obligaciones señaladas en los apartados anteriores. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente. A los efectos del abono por el Fondo de las cantidades que resulten reconocidas a favor de los trabajadores, se tendrán en cuenta las reglas siguientes:

Primera. Sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad directa del organismo en los casos legalmente establecidos, el reconocimiento del derecho a la prestación 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, sin perjuicio de la obligación de aquellos de reducir su solicitud o de reembolsar al Fondo la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada o a la ya percibida.

Segunda. Las indemnizaciones a abonar a cargo del Fondo, 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.

Tercera. En el supuesto de que los trabajadores perceptores de estas indemnizaciones solicitaran del Fondo 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 aquellos."

3.- La cuestión ha sido abordada por esta Sala que en sentencia de 25 de mayo de 2015, recurso 3339/2013, ha establecido:

"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".

Si bien esta ha sido la cuestión sobre la que ha girado el recurso de casación para la unificación de doctrina es oportuno poner de relieve que, tal y como resulta del relato de hechos probados, a la fecha de presentación de la demanda -18 de diciembre de 2015-, la empresa ya no se encontraba en situación de concurso pues el 31 de enero de 2013 se había dictado sentencia por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña aprobando el convenio de la empresa Campiñas de Liaño SA y en fecha 22 de noviembre de 2013 aprobando el convenio de Refojo y González SL.

Habiendo sido condenadas solidariamente las empresas Hipescar SL, Campiñas de Liaño SA y Refojo y González SL a abonar al actor las cantidades reclamadas y constando la declaración de insolvencia de la primera de dichas empresas, no así de las otras dos, que además no se encuentran en situación de concurso, no procede declarar la responsabilidad del FOGASA en el abono de las prestaciones reclamadas.

Cuarto.

En aplicación de lo establecido en el artículo 33.3, regla primera del ET -".. el reconocimiento del derecho a la prestación 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.."- y a la vista de la interpretación dada al mismo por la sentencia de esta Sala anteriormente transcrita, forzoso es concluir que procede la estimación del recurso formulado.

En efecto, en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia consta que no se ha aportado por el trabajador, a pesar de que fue requerido por el FOGASA, certificado de la Administración concursal de que su crédito está incluido en la lista de acreedores, por lo que no cumple el requisito establecido en el artículo 33.3, regla primera del ET y, en consecuencia, no procede el reconocimiento de la prestación a cargo del FOGASA.

Quinto.

Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Habilitado de la Abogacía del Estado, en representación del FOGASA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 24 de octubre de 2018, recurso de suplicación número 2166/2018, interpuesto por la Letrada Habilitada de la Abogacía del Estado, en representación del FOGASA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Santiago de Compostela el 12 de enero de 2018, autos número 2/2016.

No procede la imposición de costas en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y 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 Letrado Habilitado de la Abogacía del Estado, en representación del FOGASA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 24 de octubre de 2018, recurso de suplicación número 2166/2018, interpuesto por la citada recurrente, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Santiago de Compostela el 12 de enero de 2018, autos número 2/2016, seguidos a instancia de D. Virgilio contra FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre CANTIDAD.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el ahora recurrente, desestimando la demanda formulada.

Se dejan sin efecto las costas impuestas en suplicación.

No procede imponer costas en este recurso.

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

Así se acuerda y firma.

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.