



Roj: **STSJ AS 1646/2020 - ECLI: ES:TSJAS:2020:1646**

Id Cendoj: **33044340012020101211**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **28/07/2020**

Nº de Recurso: **732/2020**

Nº de Resolución: **1302/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA VIDAU ARGÜELLES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01302/2020

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 44 4 2019 0002474

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000732 /2020

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 411/2019

Sobre: RECLAMACIÓN CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña Lucas

ABOGADO/A: JOSE MANUEL GONZALEZ CARRILLO

RECURRIDO/S D/ña: FONDO DE GARANTIA SALARIAL

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA

Sentencia núm. 1302/2020

En OVIEDO, a veintiocho de julio de dos mil veinte.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D^a MARÍA VIDAU ARGÜELLES, Presidenta, D^a MARÍA CRISTINA GARCÍA FERNÁNDEZ, D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO y D^a LAURA GARCÍA- MONGE PIZARRO, 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 DE SUPPLICACIÓN NÚM. 732/2020, formalizado por el Letrado D. José Manuel González Carrillo, en nombre y representación de D. Lucas , contra la **sentencia** número 58/2020 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de OVIEDO en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 411/2019 , seguido a instancia del citado recurrente frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, representado por el Abogado del Estado, siendo Magistrado-Ponente la **Ilma. Sra. MARÍA VIDAU ARGÜELLES**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Lucas presentó demanda contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 58/2020, de fecha diez de marzo de dos mil veinte.

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

1º.- El demandante, Dº Lucas , prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Compañía Minera Asturleonera S.A., desde el 15 de diciembre de 2014 hasta el 28 de diciembre de 2018. Con anterioridad había prestado servicios para la empresa Coto Minero Cantábrico S.A. desde el 1 de mayo de 1996 hasta el 14 de diciembre de 2014.

2º.- Por Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 5 de Madrid de 9 de julio de 2.013, dictado en los autos Concurso ordinario 475/2013, se declaró en concurso voluntario ordinario de especial trascendencia al deudor Coto Minero Cantábrico S.A. Por nuevo Auto de 17 de septiembre de 2.013 se abrió la fase de liquidación. Por Auto de 25 de febrero de 2.014 se aprueba el plan de liquidación de Coto Minero Cantábrico. En fecha 15 de diciembre de 2.014 se eleva a público el contrato de adjudicación y transmisión de unidades productivas de Coto minero cantábrico S.A en liquidación a favor de la Compañía minero astur leonesa S.A., copia de la escritura obra unida al ramo de prueba del Fondo de garantía salarial, dándose su contenido por íntegramente reproducido. En el apartado sexto se regulaban "otras obligaciones esenciales de obligado cumplimiento por parte del adjudicatario...I Obligaciones laborales y de mantenimiento de la plantilla...Por cuanto antecede la adjudicataria se obliga y compromete a: a) reconocer las cantidades adeudadas a la totalidad de los trabajadores de la concursada, así como a la satisfacción de las mismas, con excepción de la parte que sea asumida por el Fogasa, en un período no superior a los 3 meses siguientes, a contar desde que se conozca la cifra abonada por el Fogasa...b) Reconocer las antigüedades, categorías y convenios laborales actuales en el trámite administrativo de subrogación de empresa....".

3º.- Como consecuencia de ese concurso se había reconocido al actor la cantidad de 1.727,59 euros, correspondiente a las nóminas de diciembre de 2012 a 8 de julio de 2013, paga extra de mayo y julio, y atrasos 2010, 2011 y 2012.

Solicitadas prestaciones de FOGASA, en el expediente 28/2014/3092, se le reconoció mediante resolución de 5 de marzo de 2015 una prestación por salario por importe de 983,46 euros, que se corresponden a 19,63 días de salario por el duplo del SMI vigente en el año 2013.

4º.- Por auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Oviedo, dictado el 20 de enero de 2.017 en los autos 9/2017 se declaró en concurso voluntario a Compañía minera astur leonesa S.A. nombrándose administrador concursal a D. Juan Alberto . Por auto de 5 de junio de 2.018 se acuerda abrir la fase de liquidación.

5º.- El día 18 de marzo de 2019 el administrador concursal certifica al actor los créditos que ostenta frente a la concursada, por importe de 25.716,81 euros, de los que 989,35 euros lo son por crédito concursal por subrogación de la concursada en la deuda de "Coto Minero Cantábrico S.A.

6º.- Solicitada nuevamente las prestaciones del FOGASA, se dictó resolución de 15 de abril de 2019 , reconociéndole una prestación de garantía por salarios por importe de 5,733,13 euros, que se corresponden con 100,37 días por 57,12 euros, duplo del SMI vigente en el año de extinción de la relación laboral.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por Dº Lucas frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), absolviendo al demandado de todas las pretensiones contra él deducidas.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Lucas formalizándolo posteriormente. Tal recurso no 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 19 de junio de 2020.



SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 16 de julio de 2020 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.- La sentencia de instancia desestima la demanda en la que por el demandante se interesaba fuese condenado el Fondo de Garantía Salarial al abono de la suma de 25.781,16 euros, o subsidiariamente 1.121,16 euros, en concepto de salarios adeudados al trabajador.

Frente a dicha sentencia se alza en suplicación el demandante, cuya representación letrada en el recurso que interpone, y que no ha sido impugnado de contrario, articula un solo motivo de suplicación al amparo procesal del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que denuncia la infracción del artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 16.3 del RD 505/1985, de 6 de marzo.

Después de hacer referencia al contenido de tales artículos, alega la parte recurrente que en este caso, existe Auto refrendado por el Juzgado de lo Mercantil, reconociendo una antigüedad del trabajador en Compañía Minero Asturleonés, existiendo además el certificado de créditos sobre listado de acreedores refrendado por el Juzgado de lo Mercantil, que resulta título suficiente y obligatorio para el FOGASA, en todos sus términos. Que la antigüedad del trabajador en la empresa viene dada por una sucesión de empresas según el art. 44 del E.T, pero sin existencia de unidad de dirección común, no comparten nombre y se trata de una empresa totalmente distinta a la anterior, que daría lugar al hecho de que no se puede aplicar una resolución denegatoria en base a mantener que ya se ha abonado el tope de los 120 días abonados cuando el trabajador estaba en Coto Minero Cantábrico, pues la Administración Concursal no ha obviado este concepto y lo ha incluido entre la deuda que corresponde a la Compañía Minero Asturleonés, y por lo tanto al ser asumida en el certificado concursal, forma parte de la deuda y debe ser abonada sin aplicar el tope de los 120 días como si se tratara de Coto Minero Cantábrico.

También se alega por el recurrente la infracción del artículo 14 de la CE, respecto de igualdad ante la ley. Afirma que es injusto que dos trabajadores ante idéntica situación, llegaran a casos tan dispares, pues mientras que un trabajador que preste durante largos años servicios en el mismo centro de trabajo en virtud de sucesiones de empresas, como puede ser el caso, si por una cuestión de insolvencia se ve obligado a acudir al Fogasa para cobrar sus créditos, se ve limitado para poder acudir de nuevo a dicho Organismo en casos de iliquidez/ insolvencia de las sucesivas empresas, sin embargo otro trabajador en iguales términos, que va prestando servicios en virtud de contratos para distintas empresas, en caso de insolvencia de las mismas, puede acceder al Fogasa en múltiples ocasiones.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia considera que, siendo única la relación laboral que vinculó al actor primero con Coto Minero Cantábrico SA, y después con Compañía Minera Asturleonés SA. y habiendo ya abonado el Fondo de Garantía Salarial 983,46 euros en concepto de salarios correspondientes a 19,63 días, por el concurso de la primera empleadora, y 5.733,13 euros, correspondientes a 100,37 días de salario, por el concurso de la segunda, se ha alcanzado ya el tope legal de 120 días, por lo cual, ninguna cantidad es debida ya por el Fondo, estimando que habiéndose subrogado la segunda de las empresas en el contrato de trabajo que el demandante tenía concertado con la primera, del total de la deuda salarial a abonar por el Fondo de Garantía Salarial procede el descuento de la suma abonada con ocasión del concurso y liquidación de la primera empleadora. La posición del recurrente es que, habiendo afectado los dos concursos de acreedores en los que se ha visto envuelto el demandante a dos empresas distintas, no existe razón alguna para no abonarle la deuda reconocida por el Juzgado de lo Mercantil que declaró el concurso de la segunda empresa hasta el tope máximo legal de 120 días.

En el presente caso los datos a tener en cuenta, y que así constan recogidos en el relato fáctico de la sentencia de instancia son los siguientes:

- La empresa Coto Minero Cantábrico, S.A., para la que el actor venía prestando servicios, fue declarada en concurso voluntario por auto de 9 de julio de 2013, y, en fase de liquidación, se acordó la transmisión de sus unidades productivas a la Compañía Minera Asturleonés, S.A.
- En virtud de la expresada adjudicación, la compañía adquirente se subrogó en la posición contractual de la concursada, obligándose a reconocer las cantidades adeudadas a la totalidad de los trabajadores de la misma, con excepción de la parte de la cuantía de los salarios pendientes de pago anteriores a la enajenación satisfecha por el FOGASA, que en el caso del actor ascendía a la cantidad de 983,46 euros, correspondientes a 19,63 días de salario.



- La Compañía Minera Asturleonese, S.A. fue declarada en concurso voluntario por auto de 20 de enero de 2017; entrando en fase de liquidación por auto de 5 de junio de 2018, teniendo el actor deuda reconocida frente a la concursada, por el concepto de salarios pendientes de pago.
- Tramitado el oportuno expediente administrativo, por resolución de 2 de abril de 2019, el FOGASA reconoció al actor las prestaciones solicitadas en cuantía de 5.733,13 euros, correspondientes a 100,37 días.

La cuestión que se plantea con el recurso consiste en determinar si, habiendo el Fondo de Garantía Salarial abonado prestaciones de su responsabilidad a consecuencia de la insolvencia del empresario, bien por el máximo legal de las mismas, bien como aquí sucede, en parte, tras la existencia de una novación subjetiva del contrato en aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, cabe el reconocimiento total de nuevas prestaciones de garantía salarial cuando las mismas se generen como consecuencia de una nueva insolvencia laboral de la empresa adquirente.

Pues bien, la Sala ya se ha pronunciado en supuestos idénticos al presente, en sus sentencias de 23 de junio de 2020 (rec. 288/20) y de 30 de junio de 2020 (rec. 339/20), sobre la cuestión planteada señalándose en la segunda de tales sentencias que "la respuesta a tal cuestión debe ser negativa al hallarnos, como hemos razonado, en presencia de una única relación laboral. Así, no es que, como señala el recurrente, los créditos laborales del trabajador dejen de estar cubiertos por la garantía del FOGASA, sino que el trabajador ya agotó el límite legal sobre el que opera la garantía, tal como recuerda la resolución de instancia, con cita de la doctrina de suplicación, a la que cabría añadir la más reciente del STSJ-Madrid de 26 de junio de 2019 (rec. 403/2019), cuyos argumentos la Sala comparte y que pueden resumirse en los siguientes motivos:

1º) En un anterior expediente de solicitud de prestaciones de garantía salarial, el FOGASA ya le abonó al trabajador una parte de los salarios devengados y no percibidos y/o salarios de tramitación que se establecen en la normativa (artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores).

2º) Las deudas salariales solo pueden operar una vez en cada relación jurídica laboral, pues la responsabilidad del FOGASA opera de forma acumulativa tal como preceptúa el precepto legal citado, a cuyo tenor, el Fondo no puede abonar "por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el duplo del salario mínimo interprofesional diario por el número de días de salario pendiente de pago, por un máximo de 120 días" (STS de 19 de diciembre de 2001, rec. 2319/2000).

3º) El FOGASA debe responder de las deudas salariales que correspondan respecto de la última empresa en los supuestos en los que existe una única relación laboral, como es el caso, debido a que intervino una subrogación por sucesión de empresas.

4º) El FOGASA no pudo subrogarse en los créditos salariales del trabajador frente a la empresa adquirente, pues aunque en el primitivo procedimiento concursal se produjo la sucesión de empresas a los efectos laborales y de Seguridad Social, el juez del concurso acordó que el adquirente no se subrogase en los salarios pendientes de pago anteriores a la enajenación satisfechos por el FOGASA.

En suma, constando acreditado que don Cecilio había percibido ya, por razón de la insolvencia de la primera empleadora, la cantidad de 918,22 euros, equivalentes a 18,33 días de salario, de ello se deriva que la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial deba limitarse al equivalente a 101,67 días de salario, no debiendo superar lo abonado conjuntamente el máximo legal de 120 días".

En el presente caso está acreditado que el actor, por razón de la insolvencia de la primera empleadora ya había percibido la cantidad de 983,46 euros, equivalentes a 19,63 días de salario, y por lo tanto la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial debe limitarse al equivalente de 100,37 días de salario, ya que lo abonado conjuntamente no debe superar el límite máximo legal de 120 días.

TERCERO.- En cuanto a la también alegada infracción del artículo 14 de la Constitución que por la parte recurrente se realiza, cabe señalar que con ello viene a introducir dicha parte en suplicación una cuestión nueva que no fue planteada por la misma en la instancia, y que como cuestión nueva no resulta posible según señala reiterada doctrina jurisprudencial, contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001 -rec. 4847/2000- y de 23 de abril de 2012, -rec. 77/2011-, manifestándose al respecto en la primera de ellas que: "Es doctrina de esta Sala, contenida de forma y reiterada en tan numerosas sentencias que excusa de su concreta cita, que las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Amén de que si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las



partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo. (...) El concepto de «cuestión nueva» de diseño jurisprudencial, se estableció para prohibir en sede de recurso extraordinario, la introducción como objeto del proceso de aquellas cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que pudiendo ser discutidas sólo a instancia de parte no fueron, sin embargo, planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida. Y ello con fundamento, tanto en la naturaleza extraordinaria y revisora de dicho recurso que requiere, para evitar convertirlo en una segunda instancia, que las infracciones alegadas en él hayan de guardar armónica y debida conexión con las formuladas en demanda y contestación, como en las exigencias derivadas de los principios de preclusión, lealtad y buena fe procesal, igualdad de las partes y derecho de defensa que obligan a proscribir, como ya indicaba nuestra sentencia de 17-12-1991 rec. 456/1991, toda «falta de identidad entre las alegaciones de la demanda y del recurso impugnatorio subsiguiente que pueda producir indefensión a la otra parte procesal». En definitiva, no pueden ser examinadas en suplicación todas aquellas cuestiones que, ínsitas en el poder de disposición de las partes, no fueron propuestas por éstas en la instancia.

En todo caso la vulneración denunciada no sería en modo alguno de posible apreciación, pues para apreciar una infracción del principio de igualdad ante la ley, resulta necesario que concurren dos situaciones idénticas a las cuales se otorgue un trato diferenciado, y en el presente caso, aunque se alude por el recurrente a dos trabajadores en idéntica situación, sin embargo se describen dos situaciones diferentes, la de un trabajador que presta servicios para empresas diferentes en virtud de distintos contratos de trabajo y la del que, en virtud de una única relación laboral, presta servicios para distintos empresarios, que se suceden, a través de la subrogación, en la posición de empleador, por lo que no se cumpliría en ningún caso el requisito básico de tratar de manera desigual dos situaciones idénticas.

Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso de suplicación interpuesto, y la consiguiente confirmación de la sentencia impugnada.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Lucas contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de OVIEDO, dictada en los autos seguidos a su instancia contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre cantidad, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

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 siguientes a la fecha de notificación de la misma en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en esto y en los artículos 230.4, 5 y 6 de la misma Ley.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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