

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO SOCIAL (en Unificación de Doctrina)

Recurso Num.: 2492/2001
SENTENCIA NUM.:
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

Excmos. Sres.:

D. Luis Gil Suárez
D. Mariano Sampedro Corral
D. José María Botana López
D. María Milagros Calvo Ibarlucea
D. Arturo Fernández López

En la Villa de Madrid, a once de Marzo de dos mil dos. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Rafael Navarrete Paniagua, en nombre y representación de DON JOSE ANTONIO B. R. Y OTROS, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 8 de mayo de 2001, recurso de suplicación número 18/01, formulado por los aquí recurrentes, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 35 de Madrid, de fecha 11 de octubre de 2000, dictada en virtud de demanda formulada por DON JOSE ANTONIO B. R. Y OTROS, frente al FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), en reclamación de cantidad.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11 de octubre de 2000, el Juzgado de lo Social número 35 de Madrid dictó sentencia en virtud de demanda formulada por DON JOSE ANTONIO B. R. Y OTROS, frente al FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), en reclamación de cantidad, en la que como hechos probados constan los siguientes: "PRIMERO.- Los demandantes prestaron servicios para la empresa Obras y Construcciones E., SL. que ejerce su actividad bajo el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Construcción de la Comunidad de Madrid (BCAM nº 231 de 7-7-99). SEGUNDO.- Por sentencia de fecha 17 de noviembre de 1999, dictada en los autos nº 493/99 seguidos en el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid, se estimó la demanda formulada por los actores y se condenó a la empresa Gestora de Fincas U., S.L. U., S.L.) a pagar a D. José Antonio B. R., la cantidad de 596.796 pts., a cada uno de ellos, de las que 99.135 pts., corresponden a la indemnización por fin de contrato derivado de la aplicación del art. 14.4 del vigente Convenio Colectivo de la Construcción de la Comunidad de Madrid. TERCERO.- Solicitada la ejecución de la sentencia, al no ser abonadas las cantidades por indemnización y salarios por la empresa, solicitaron la ejecución de la sentencia por vía de apremio, y tras los trámites correspondientes,

en fecha 27 de marzo de 2000, se dictó auto declarando al ejecutado Obras y Construcciones E., S.L., en situación de insolvencia legal con carácter provisional. CUARTO.- En fecha 13 de abril de 2000, los actores solicitaron el derecho a percibir del Fondo de Garantía Salarial la cantidad fijada en la sentencia, incoándose por el fondo de Garantía expedientes nº 28/2000/0001475, nº 28/2000/0001474 y nº 28/2000/0001504, que finalizaron con resolución de fecha 18 de mayo de 2000 en cuya parte dispositiva, se reconoce a D. Jose Antonio B. R. y a D. José M^a B. L., el derecho a percibir cada uno de ellos del Fondo de Garantía Salarial, la cantidad de 471.2000 pts. no reconociendo cantidad alguna en concepto de indemnización por fin de obra. QUINTO.- Por resolución de 18 de mayo de 2000, se reconoció a D. David B. R., el derecho a percibir del Fondo de Garantía Salarial, la cantidad de 367.536 pts., siendo la cantidad correcta que debe cobrar por el concepto de salarios la de 447.640 pts. (95 días x 4.712 Pts/día), sin que el FOGASA le reconociera cantidad alguna en concepto de indemnización". Y como parte dispositiva: "Que estimando, en parte, la demanda formulada por D. JOSE MARIA B. L. Y D. DAVID B. R., contra le FONDO DE GARANTIA SALARIAL, (FOGASA), debo condenar y condeno al demandado a pagar al actor OCHENTA MIL CIENTO CUATRO (80.104) PTS. absolviendole de las demás pretensiones frente al mismo deducidas en demanda y desestimando las demandas formuladas por D. JOSE ANTONIO B. R. y D. JOSE MARIA B. L., debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones frente al mismo deducidas en demanda".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 8 de mayo de 2001, en la que como parte dispositiva figura la siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. JOSE ANTONIO B. R. D. JOSE MARIA B. L. y D. DAVID B. R., contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número TREINTA Y CINCO DE LOS DE MADRID, de fecha once de octubre de dos mil, en virtud de demanda formulada por D. JOSE ANTONIO B. R. y OTROS contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en reclamación sobre cantidad, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia".

TERCERO.- Contra dicha sentencia preparó la representación de los actores, recurso de casación para la unificación de doctrina. En el mismo se denuncia la contradicción producida con la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos de fecha 18 de marzo de 1999 (recurso 81/99).

CUARTO.- No se impugnó el recurso por la parte recurrida, e informo sobre el mismo el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerarlo improcedente.

QUINTO.- Señalado día para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, se celebró el acto de acuerdo con el señalamiento acordado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se somete a debate en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en donde se denuncia infracción de los artículos 12.d) y 22 del Convenio 173 de la OIT, de 23 de junio de 1992, publicado en el BOE de 21 de junio de 1995 y, aplicación indebida del artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, consiste en determinar si el Fogasa debe responder o no de las indemnizaciones previstas en el Convenio Colectivo de la Construcción de Madrid por fin de contrato de obra, a cuyo efecto se cita como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos de fecha 18 de marzo de 1999 (recurso 81/99), en la que ante análoga pretensión dirigida frente el Fondo, se

entendió en contra de lo resuelto en la sentencia combatida, que no procedía el abono de las cantidades reclamadas, por lo que concurre el requisito de contradicción que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento laboral para la viabilidad procesal del recurso.

SEGUNDO.- Sobre la cuestión indicada ya se pronunció esta Sala unificando la doctrina en sus sentencias de 31 de octubre y 26 de diciembre de 2001 (recursos 102/01 y 4042/00). Señala la primera de las sentencias, cuya doctrina recoge la segunda, que:

"En la parte II del Convenio, dedicada a determinar los créditos laborales que deben quedar protegidos por un privilegio, el art. 6. d) incluye, 'las indemnizaciones por fin de servicio adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo'. Y en la III -- que es la que aquí interesa -- al enumerar las obligaciones de la institución de garantía, se vuelve a reiterar, art. 12. d), que la institución deberá cubrir, 'al menos, las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo'.

Por su parte, el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores que determina las obligaciones que asume la institución de garantía española, dispone que 'el Fondo de Garantía Salarial (. . .) abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50, 51 y 52 c) de esta ley'. Solo garantiza pues, el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a decisiones unilaterales del empresario. Y es obvio que la conclusión de la obra objeto del contrato, no puede calificarse de decisión unilateral del empresario, pues constituye, ex. art. 49.c) ET, una causa de extinción inherente a la propia naturaleza del contrato.

... Una primera lectura comparada de ambos preceptos, podría inducir a pensar que no se trata de regulaciones homogéneas, que el art. 33. ET es más restrictivo que el Convenio 173 de la OIT y, por consiguiente, que deben prevalecer las prescripciones de este último. Sin embargo, esta Sala llega a la conclusión de que no es así, porque que los términos utilizados por ambas normas, siendo literalmente distintos, se refieren a los mismos créditos, de modo que el actual art. 33 ET se ajusta plenamente a las prevenciones del Convenio 173 y no precisa de mas acomodación a la norma internacional. Claro indicio de que el legislador español también lo entiende así es que Ley 60/1997 de 19 de diciembre, pese a ser posterior a la fecha de ratificación del Convenio por España, no ha introducido mas garantía, al reformar el art. 33 ET, que la referida a los despidos -- el Estatuto los denomina 'extinciones por causas objetivas' -- objetivos del art. 52.c). Son precisamente dos instrumentos emanados de la propia OIT los que nos permiten afirmar la correcta adecuación de la norma española a las exigencias del Convenio.

I. El primero es el Convenio 158, de 2 de junio de 1982 'sobre la terminación de la relación del trabajo por iniciativa del empleador', ratificado también por España el 16 de febrero de 1985 (B.O.E. de 29 de junio). Aclara en su art. 3 que 'a los efectos del presente Convenio, las expresiones [terminación] y [terminación de la relación de trabajo] -- que es literalmente la misma expresión que utiliza el Convenio 173 -- significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador'. Ciertamente se trata de una norma válida, como tal, solo en el seno del propio Convenio. Pero también constituye un elemento interpretativo de primer orden para el Convenio 173. En términos generales, por emanar ambos de la misma OIT de la que cabe presumir que, para evitar riesgos interpretativos -- así lo aconseja el amplio abanico de miembros, idiomas y culturas que acoge --, atribuye siempre, en la medida de lo posible, el mismo alcance y significado a los términos y conceptos que utiliza. Y más específicamente en este caso, por la íntima conexión que existe entre ambos Convenios, dado que el 158 regula los despidos y

extinciones contractuales producidos a iniciativa del empleador, y el 173, en la parte que ahora interesa, determina las garantías que deben acompañar a las indemnizaciones legales que se derivan de `la terminación de la relación de trabajo´.

No es pues aventurado afirmar, vista la identidad de los términos utilizados en ambos Convenios, que cuando el 173 habla de las indemnizaciones por fin de servicio adeudadas al trabajador con motivo de la `terminación de la relación de trabajo´ se esta refiriendo exclusivamente ,y en concordancia con el Convenio 158, a las debidas cuando la terminación se produce `a iniciativa del empleador´. Es decir, a los mismos supuestos, despidos, considerados estos con la amplitud que entiende la jurisprudencia, y extinciones previstas en los artículos 50, 51 y 52.c) ET., que garantiza del art. 33 ET. Supuestos que comprenden todas las decisiones extintivas de las relaciones de trabajo a iniciativa del empresario que en nuestro ordenamiento pueden generar derecho a una indemnización a su cargo, pues también las acordadas a instancia del trabajador vía art. 50 obedecen a causas que tienen origen en una decisión del empresario, y de ahí que el número 2 de dicho precepto las equipare a efectos indemnizatorios al despido improcedente.

II. El segundo instrumento lo constituye la Recomendación de la O.I.T. nº 180, de igual título que el Convenio 173, suscrita el 23 de junio de 1.992, y adoptada con la finalidad expresa de `complementar´ dicho Convenio. No se trata, al contrario de lo que ocurre con este, de una norma de carácter vinculante para los Estados que lo ratifican, sino de una simple propuesta sin fuerza de obligar, a tenor de lo dispuesto en el art. 19. 6 d) de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 28 de junio de 1.919 (BOE 21-9-1982). No obstante, dada su complementariedad con el Convenio 173, la Recomendación opera a modo de una interpretación autentica de aquel e ilustra plenamente sobre su contenido real.

La Recomendación enumera, en sus arts. 3.1.e), inserto en la parte II que examina la protección privilegiada de los créditos, y 9.1.f), sito ya en la parte III dedicada a su cobertura por la institución de garantía, todos créditos que la protección privilegiada `debería cubrir´ y la institución de garantía `debería proteger´. La diferencia de redacción respecto del Convenio es pues ostensible. Este, como corresponde a su carácter de regulación vinculante -- de mínimos, dada su vocación multiestatal -- enumera los créditos laborales que está obligada a asegurar la institución de garantía, únicos que debe salvaguardar todo Estado miembro que lo ratifica. La Recomendación, como un `desideratum´ que es y no compromete a los Estados que suscriben el Convenio, invita a ir mas allá de lo que este obliga, y a tal fin ofrece un listado mucho más amplio que comprende todos los créditos que la Conferencia General de la OIT considera que `debería cubrir´ la institución de garantía. Así, además de reiterar los créditos que ya enumera el Convenio, añade todos aquellos otros que también podrían ser objeto de garantía.

En concreto, el apartado f) del art. 9.1 alude, como es lógico, a las `indemnizaciones por despido injustificado´ y `otras sumas adeudadas al trabajador con motivo la terminación de la relación de trabajo´. Se refiere con ello la Recomendación, utilizando conceptos algo mas afines a los nuestros, a la cobertura que ya dispensa el Convenio a la `terminación de la relación de trabajo´, si bien distinguiendo, lo que no hacía el Convenio, entre las indemnizaciones que derivan de los despidos injustificados, o improcedentes en nuestro derecho, y otras sumas adeudadas -- aquí introduce además una evidente ampliación porque el concepto de indemnización es mas restrictivo que el de deuda -- por la terminación del trabajo. Pero en todo caso, por lo ya dicho al comentar el Convenio 158, hay que seguir entendiendo que se refiere exclusivamente a las terminaciones o extinciones contractuales debidas a la iniciativa del empleador. A las anteriores añade las `indemnizaciones por fin de servicio´, que menciona por primera vez, sin duda por

tratarse de créditos sobre los que no se alcanzó el consenso suficiente para que quedaran incorporados al Convenio. Lo que permite concluir que si la Recomendación aconseja ampliar la garantía a las indemnizaciones `por fin de servicio` -- entre las que ha de incardinarse, como ya hemos dicho, la aquí discutida de fin de obra --, se debe a que el Convenio la limita solo a las derivadas de su terminación por iniciativa del empleador; justamente las que, en nuestro ordenamiento, cubre el Fogasa según lo dispuesto en el art. 33.2 ET.

... Un argumento más cabría añadir si, por hipótesis, atribuyéramos carácter vinculante a una Recomendación que no lo tiene o interpretáramos que el Convenio 173 engloba la indemnización de fin de obra, cuando no es así. Ni aun en tal caso, vendría obligado el Fogasa a abonar la que se reclama, dada la fecha en que surgió el derecho a la misma. Cuando el Convenio de la OIT enumera las indemnizaciones que garantiza, se está refiriendo exclusivamente, como es lógico, a aquellas establecidas o determinadas por la legislación del Estado que lo ratifica, no a las que tienen un origen puramente convencional. Entender lo contrario y suponer que la obligación del Fogasa alcanza también a las indemnizaciones que, sin respaldo legal, tengan a bien pactar voluntariamente los negociadores en el convenio colectivo, equivaldría a dejar la institución de garantía, su patrimonio, su financiación y, por reflejo, el porcentaje de cotización que corresponde a los empresarios, a disposición de la autonomía colectiva. Y se estaría desconociendo su naturaleza de Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, sometido a los mandatos y límites fijados por el legislador en los artículos 33 ET y 1.1 y 2 del Real Decreto 505/1985 que regula su organización y funcionamiento".

TERCERO.- En el supuesto de autos las indemnizaciones por fin de obra que reclaman los actores tenían como único soporte el Convenio Colectivo de la Construcción de Madrid y, el 15 de julio de 1999, fecha en que los actores cesaron en la prestación de servicios no estaba prevista aquella indemnización en el Estatuto de los Trabajadores, que sólo surge en este Texto legal a partir de la reforma del artículo 49.1.c) operada por el Real Decreto Ley 5/01, de 2 de marzo, convertido tras su tramitación parlamentaria, en Ley 12/01, de 9 de julio. Por su parte el Real Decreto 2546/94, de 29 de noviembre, que rigió hasta el 8 de enero de 1999, e incluso el Real Decreto 2720/98, de 2 de diciembre, que lo sustituyó, sólo regulaba en sus respectivos artículos 8.3 la indemnización por falta de preaviso, que está excluida de este debate.

En consecuencia a todo lo expuesto, la garantía del Fogasa no se extiende a la indemnización por fin de obra y, al resolver en tal sentido la sentencia combatida, no incurrió en las infracciones jurídicas denunciadas, por lo que procede de conformidad con el Ministerio Fiscal, desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, sin especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Rafael Navarrete Paniagua, en nombre y representación de DON JOSE ANTONIO B. R. Y OTROS, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 8 de mayo de 2001, recurso de suplicación número 18/01, formulado por los aquí recurrentes, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 35 de Madrid, de fecha 11 de octubre de 2000, dictada en virtud de demanda formulada por DON JOSE ANTONIO B. R. Y

OTROS, frente al FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), en reclamación de cantidad. Sin especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.