

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Sentencia  
1082/2018 de 19 Dic. 2018, Rec. 152/2017**

**Ponente: Virolés Piñol, Rosa María.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 152/2017

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 1082/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D.<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D.<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D.<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial representado y asistido por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recurso de suplicación nº 592/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña , en autos nº 1237/2012, seguidos a instancias de D. Carmelo contra el Fondo de Garantía Salarial sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Carmelo representado y asistido por el letrado D. Alberto Sáenz-Chas Díaz.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 16 de noviembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Se estima parcialmente la demanda interpuesta por D. Carmelo frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y, en consecuencia:

- Se condena al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL a abonar a D. Carmelo la cantidad de CUATRO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO EUROS CON DIECINUEVE CENTIMOS DE EURO (4.948'19 euros)."

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

" **Primero:** Por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de la Coruña el 8 de julio de 2010 , cuyo contenido se da por íntegramente reproducido, se declara la improcedencia del despido de D. Carmelo condenando a la empresa demandada (PROICOSTA, S.L.) a optar entre la readmisión del trabajador o al abono de la indemnización, con abono, en todo caso de los salarios de tramitación. Dicha sentencia fue notificada el 21 de julio.

**Segundo:** Por Decreto de la Secretaría del Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña de 21 de diciembre de 2010 se acuerda, siendo firme la resolución, el archivo de la actuaciones.

**Tercero:** Por Auto del Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña de 23 de diciembre de 2010 , a instancia del actor en virtud de escrito de 20 de diciembre de 2000, se despacha orden general de ejecución frente a la empresa PROICOSTA, S.L. Por Auto de 2 de febrero de 2011 se declara la extinción de la relación laboral fijando la cantidad de 60.251'50 euros en concepto de indemnización y la cantidad de 25.899'70 euros en concepto de salarios de tramitación.

**Cuarto:** Por Decreto de 13 de junio de 2011 se declara, una vez dado traslado a la parte actora y al FOGASA al objeto de designar bienes o derechos susceptibles de embargo, declara a la ejecutada PROICOSTA, S.L. en situación de insolvencia provisional y el archivo de las actuaciones.

**Quinto:** Solicitado prestaciones por el actor al FOGASA el 23 de junio de 2011 por resolución de dicho organismo de 7 de noviembre de 2011 se deniega la prestación de garantía reclamada por haber transcurrido, en exceso del plazo de tres meses desde la firmeza de la sentencia de despido y aquella en la que se instó la ejecución.

**Sexto:** Formulada reclamación previa frente a la anterior por resolución del FOGASA de 27 de febrero de 2012 se desestima la misma.

**Séptimo:** Por resolución del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL de 8 de julio de 2011 se reconoce el derecho del actor a percibir en concepto de salarios la cantidad de 6.260'37 euros."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Carmelo formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 21 de noviembre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor D. Carmelo , debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia dictada en los presentes autos por el Juzgado de lo Social nº 4 de esta Capital, en el sentido de estimar la demanda y condenar al demandado Fondo de Garantía Salarial, a que abone al actor la cantidad de 16.977,69 € en concepto de indemnización, con los intereses legales de demora correspondientes desde la fecha de la presentación de la demanda. Y mantenemos íntegramente el restante pronunciamiento condenatorio que el fallo impugnado contiene."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el Sr. Abogado del Estado en nombre del FOGASA interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de fecha 25 de noviembre de 2014, rec. suplicación 885/2013 .

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y dado traslado al recurrido no se presentó escrito de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el

sentido de considerar improcedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 13 de septiembre de 2018, actos que fueron suspendidos, y estimando la Sala que dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, señalándose la votación y fallo para el día 17 de octubre de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La cuestión litigiosa se centra y limita en el presente caso, a determinar si el FOGASA puede oponer con éxito la excepción de prescripción de la acción de ejecución de sentencia de despido, cuando en el procedimiento de ejecución se le ha dado audiencia en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 276.1 y 2 de la LRJS .

2.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de noviembre de 2016 (rec. 592/2016 ), en la que, con estimación del recurso deducido por el demandante se revoca parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido de condenar al FONDO a que abone al actor la cantidad de 16.977,69 € en concepto de indemnización, con los intereses legales. Razona al respecto que al FOGASA se le dio audiencia en el proceso de ejecución, con anterioridad al auto que declaró a la empresa en situación de insolvencia provisional, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 276 LRJS , para que pudiese instar la práctica de las diligencias que a su derecho convenga y la designación de bienes del deudor principal que le consten, sin que se obtuviese respuesta alguna por parte de dicho organismo. Por lo tanto, fue en dicho momento cuando pudo alegar la excepción de prescripción, lo que determina el éxito del recurso.

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia dictada por la Sala de suplicación, se alza el FOGASA en casación para la unificación de doctrina designando como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de 25 de noviembre de 2013 (rec. 885/2013 ), y en la que, ante un supuesto similar se estima el recurso de suplicación deducido por el FONDO, sobre el presupuesto de que el organismo señalado puede alegar la excepción de prescripción, aun cuando se le hubiera dado la posibilidad de ser oído con anterioridad a la declaración de insolvencia.

2.- La contradicción ha de declararse existente, pues ante análoga situación se alcanzan soluciones diversas, de tal suerte que en un caso, pese a ser oído el FOGASA antes de la declaración de la insolvencia de la empresa, no es obstáculo para oponer con posterioridad en vía administrativa la excepción de prescripción, con base en que la audiencia previa a la insolvencia tiene objeto muy concreto, sin que en ese momento el FOGASA pueda ser compelido a analizar y revisar todas las actuaciones judiciales; en el otro [sentencia recurrida], se declara que pudo en ese momento el FONDO alegar la prescripción.

**TERCERO.-** 1.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 224.1 y 2, en relación con el 207 e) de la LRJS , articula el recurrente un único motivo de recurso, en el que denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 24.1 de la CE , en relación con los arts. 33 ET y 23 y 276 de la LRJS .

La cuestión litigiosa, como se ha indicado, queda centrada en determinar si el FOGASA puede oponer con éxito la excepción de prescripción de la acción de ejecución de sentencia de despido, cuando en el procedimiento de ejecución se le ha dado audiencia en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 276.1 y 2 de la LRJS . Alega el recurrente que el FOGASA en los procesos previos no tuvo oportunidad de alegar la excepción de la acción ejecutiva, al no haber sido citado, ni haber comparecido, ni en la fase declarativa ni en la ejecutiva, aunque sí fuere oído antes de la declaración de insolvencia de la empresa.

2.- Respecto al momento procesal de alegación de la prescripción por parte del FOGASA, esta Sala IV/ TS en sentencia de 5 de mayo de 1999 (rcud. 5132/1997 ), entre otras, ha declarado la preclusión de su derecho al constar que no opuso la excepción en el pleito principal para el que fue citado. Señala dicha sentencia: "La cuestión ha sido, ya, unificada por la jurisprudencia de esta sala -y, concretamente, por la sentencia aportada como "contraria"-, y a esta doctrina ha de

estarse por un elemental principio de seguridad jurídica, acorde, también, con la naturaleza y significado del recurso que nos ocupa. A su tenor, - STS de 8 de julio de 1993 , 14 de febrero de 1994 y 16 de febrero de 1996 , y, en el mismo sentido, STC 90/94 de 17 de marzo - el Fondo de Garantía Salarial fue citado y pudo ser parte en un proceso en el que se debatía la reclamación de cantidad por extinción de la relación laboral autorizada en expediente de regulación de empleo, y, si dicho Fondo, no planteó en dicho proceso, cuestión alguna sobre la realidad y, en su caso, prescripción de lo reclamado, no puede, posteriormente, en un segundo proceso posterior en el que se reclama el cumplimiento efectivo de su garantía subsidiaria, "resucitar", como en el caso presente, la prescripción; que resulta ya inoperante, al no haber sido invocada en legal tiempo y forma en el primer e inicial proceso al que fue citado como parte."

Ahora bien, en supuesto en que el FOGASA no fue parte, ni fue citado para comparecer en el proceso de despido, esta Sala IV/ TS, entre otras, en sentencia de 8 de mayo de 2003 (rcud. 2702/2002 ) tiene declarado:

" 1.- El núcleo de la cuestión objeto de recurso consiste en determinar, si en los supuestos, como el de autos, en los que Fogasa no fue parte, ni estuvo citado en el proceso anterior de despido, esta entidad puede considerarse indefensa ante una declaración judicial en la que no participó ni tuvo oportunidad para ello y, en consecuencia puede oponer la excepción de caducidad de la acción de despido en el nuevo proceso seguido sobre responsabilidad de dicha entidad ante la insolvencia del empresario, que no fué acogida de oficio en la sentencia dictada por despido.

2.- Un examen adecuado del asunto exige como dicen las sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1992 y 13 de febrero de 1993 , precisar cual sea la naturaleza de la acción otorgada frente al Fondo y la concurrente obligación asumida por este organismo; en este sentido dice la última de las sentencias citadas que " *la Sala ya ha precisado que tal acción no es directa, sino que tiene un carácter subsidiario, de modo que la obligación de pago --se decía-- no nace hasta que se produce la declaración de insolvencia, desde cuyo momento el trabajador tiene la posibilidad de ejercitar contra FOGASA las reclamaciones y acciones encaminadas al reconocimiento de sus derechos de modo como afirmaba la sentencia en interés de ley de 21 de marzo de 1.988 que es la fecha de la tal declaración judicial de insolvencia la que acarrea la responsabilidad sustitutoria del Fondo; ... ahora bien como se recoge en la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1.991 , en recurso de amparo, la responsabilidad subsidiaria del Fondo antes dicho está condicionada a la actualidad del crédito a cargo de FOGASA, que actúa en sustitución de empresa insolvente y en relación a créditos no prescritos; si dicho crédito ha prescrito no existe obligación a cargo de FOGASA; y ello por que siendo el Fondo un fiador legal, el mismo por disposición del art. 1839 del C. Civil norma jurídica también aplicable por vía analógica se subroga por el pago en todos los derechos que el deudor, viniendo a ocupar el mismo lugar que aquel con relación a este, por tanto puede alegar las mismas excepciones que en su día pudo oponer el empleador, si con anteriores no pudo hacerlo, como sucede en el caso de autos en donde cuando se plantea la demanda ante el Juzgado y la Mutua demandada y Comisión liquidadora ya había transcurrido con exceso más de un año desde la fecha de conciliación ante el UMAC, sin avenencia, es decir la deuda ya estaba prescrita, lo contrario supondría hacer recaer sobre el mismo las consecuencias de la pasividad del empleador; caso distinto, sería, si hubiese FOGASA sido demandado en el pleito contra el empleador, de acuerdo con lo establecido en el art. 143 L.P.L ., de 1.980, no compareciendo, no alegando o rechazándose la excepción de prescripción, en cuyo caso, como se decía en la sentencia de 4 de diciembre de 1.992 , no cabría alegarla más tarde en el procedimiento contra el mismo; lo contrario sería mantener una situación de pendencia indefinida de la responsabilidad sustitutoria del Fondo contraria a la seguridad jurídica que en principio trata de salvaguardar la prescripción; una cosa en suma es que la acción contra FOGASA nazca desde la fecha del auto de insolvencia y otra que, cuando éste se dicta dicha acción de naturaleza subsidiaria de la directa del empleador ya no este "viva", por haber decaído el derecho del trabajador, y se pueda reclamar contra el Fondo, pues ello sería tanto como revivir frente al mismo una acción inexistente "*.

3.- Esta doctrina viene corroborada "a sensu contrario" por reiterada jurisprudencia de esta Sala. Así la sentencia de 14 de febrero de 1994 (recurso 1298/93 ), reiterando doctrina establecida en sentencias 13 de marzo de 1990 , 15 de julio de 1991 y 13 de febrero de 1993 ha señalado, que no puede alegar la decadencia de la acción ejecutiva si había sido parte en el proceso y no formuló recurso contra el auto recaído; la sentencia de 16 de octubre de 1996 (recurso 1429/96 ), declarando que "si el Fondo que ahora recurre consintió la sentencia condenatoria, también para él como responsable subsidiario, no puede luego oponer la prescripción o caducidad que no alego a su debido tiempo"; la Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (recurso 4565/96 ), en cuanto el Fogasa parte en el proceso, no impugnó la ejecución ni alego la prescripción de la acción ejecutiva, no puede resucitar la prescripción no alegada; la sentencia de 23 de abril de 2001 (recurso 4361/99 ), sobre caducidad no alegada en procedimiento por despido mantiene que "*Cuando una persona -natural o jurídica- es constituida parte en un proceso, por admitirse a trámite una demanda dirigida contra ella, debe soportar los pronunciamientos que en dicho proceso le alcancen y que vaya consintiendo sucesivamente. Y pretender alterar tales pronunciamientos después de haber dado lugar a su firmeza, por su aquietamiento, es un intento inútil - salvo los excepcionales supuestos de nulidad o de revisión- de desconocer la fuerza de la cosa juzgada y el deber constitucional de acatar y cumplir las Resoluciones judiciales firmes "*.

(...) Como en el supuesto litigioso el Fondo de Garantía Salarial no fue parte, ni fue citado para comparecer en el proceso de despido, procede, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, estimar el recurso y casar y anular la sentencia impugnada. Ello conduce a resolver el recurso en los términos planteados en suplicación; y constando, al efecto, como hecho probado cuarto, en virtud de la estimación del motivo de revisión fáctico en la sentencia de suplicación recurrida, que el actor ejercitó la acción de despido 28 días después desde que este se produjo, procede estimar el recurso de suplicación interpuesto por FOGASA y revocar la sentencia de instancia, absolviendo a la parte demandada de la pretensión frente a la misma formulada."

3.- Dicha doctrina, deviene de aplicación al supuesto enjuiciado, en el que, la cuestión litigiosa quedó centrada y limitada a resolver si el FGS puede fundar su oposición en el transcurso del plazo de prescripción para solicitar la ejecución de las sentencias de despido o, por el contrario, tal y como alega la parte actora debió oponer aquella en el proceso del cual, no consta que fuera parte; al no ser citado a juicio, por lo que no pudo en aquel, invocar la prescripción de la acción ejecutiva. En el caso, es cuando se le da audiencia en el trámite del art. 276.1 y 2 LRJS , cuando tiene conocimiento del procedimiento, teniendo dicho precepto una finalidad concreta, que no puede identificarse con la llamada a juicio como parte, por lo que se ha visto impedido de alegar la prescripción, y tampoco tuvo la oportunidad de hacerlo en procesos previos en los que no fue citado. En consecuencia, no puede la parte oponer la preclusión de dicha alegación, puesta de manifiesto por el FOGASA al resolver en vía administrativa la solicitud de la parte, en momento que la Sala estima oportuno.

4.- Limitado el recurso formulado por el FOGASA al extremo examinado, procede la estimación del mismo, oído el Ministerio Fiscal, casando y anulando la sentencia recurrida y resolviendo el debate en suplicación, ha de desestimarse el de tal naturaleza formulado por el demandante D. Carmelo , confirmando -como se interesa- la sentencia de instancia. Sin imposición de costas ( art. 235 LRJS ).

## FALLO

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

:

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que ostenta del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 21 de

noviembre de 2016, en el recurso de suplicación número 592/2016 , interpuesto por el letrado D. Alberto Sáenz-Chas Díaz, contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de La Coruña , en autos número 1237/2012, seguidos a instancia de D. Carmelo contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre reclamación de cantidad.

2º.- Casar y anular la sentencia recurrida, y resolviendo el recurso en suplicación, desestimar el de tal naturaleza formulado por el demandante D. Carmelo , confirmando -como se interesa- la sentencia de instancia.

3º.- Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.