



EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN EL PROCESO LABORAL

Presentado por:

Andrea Grau Martínez

Tutora:

Araceli Martínez García Donas

GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO 2021-2022



“El mundo es un salón del que es preciso salir cortés y honrosamente, es decir, saludando y pagando las deudas del juego.”

Alejandro Dumas





ÍNDICE

RESUMEN	9
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPITULO I: EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL	18
1. Concepto y antecedentes históricos.	18
2. Estructura organizativa y financiación.	21
3. La responsabilidad directa y subsidiaria del FOGASA por despido objetivo e insolvencia del empleador.	23
CAPÍTULO II: FINANCIACIÓN DEL FOGASA, BENEFICIARIOS Y LÍMITES ...	28
1. Beneficiarios.	28
1.1 Trabajadores por cuenta ajena y relación laboral ordinaria.	29
1.2 Trabajadores por cuenta ajena y relación laboral especial.	29
2. El colectivo excluido de ser beneficiario de las prestaciones del FOGASA.....	31
3. Las prestaciones del FOGASA y el límite de las mismas.	32
3.1 Los salarios.	35
3.2 La indemnización.....	37
3.3 La responsabilidad directa por causa de fuerza mayor	39
CAPÍTULO III: INTERVENCIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN EL PROCESO JUDICIAL	41
1. Nociones previas.....	41
1.1 Circunstancias de intervención del FOGASA en supuestos de insolvencia o concurso empresarial	42
1.2.Despidos colectivos y extinciones colectivas en empresas de menos de 25 trabajadores.....	46

1.3 La intervención del FOGASA en el expediente de regulación temporal de empleo (ERTE).....	48
1.4 Expediente de regulación de empleo (ERE) debido a fuerza mayor.	50
2. Distintas formas de intervención del FOGASA en el proceso judicial.	52
2.1 La intervención voluntaria del FOGASA.	56
2.2 El FOGASA como litisconsorte pasivo necesario.	57
2.3. El FOGASA como demandado.	59
2.4 El FOGASA en la ejecución.	63
2.5 El FOGASA y su intervención concursal.	65
CAPITULO IV: EL PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD PARA LA TRAMITACIÓN DE LA PRESTACIÓN.	69
1. Plazo	69
2. Lugar de presentación.....	71
3. Documentos a presentar.....	72
4. Tramitación del expediente.....	73
5. Resolución y pago.....	74
6. Denegación de las prestaciones.	75
7. Requerimiento de pago.....	76
8. Plazo del FOGASA para notificar.	77
CONCLUSIONES	79
BIBLIOGRAFIA	79



RESUMEN

El Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA) ha sido un organismo en constante evolución por la doctrina jurídica en España. Si hacemos una indagación acerca de las obras que se han publicado sobre el estudio de este organismo protector, nos hacemos una idea del constante cambio que ha sufrido y del importante papel que desempeña en nuestras esferas empresariales como papel protagonista proveedor de rentas laborales. Esta intervención de responsabilidad ya sea directa o subsidiaria por parte del Fondo en numerosos supuestos supone en muchas ocasiones además de una garantía de cobro para el trabajador beneficiario de la prestación, una medida de protección o de apoyo a las empresas, que por causas de producción, técnicas, económicas o de organización no pueden hacerles frente a los gastos y requieren de una reestructuración en la plantilla de la empresa.

En este sentido, deja claro que la finalidad principal de este organismo garantista es el pago de las prestaciones ya sea por salarios pendientes de abonar, o por indemnizaciones devengadas de la propia situación, correspondiendo estas cantidades a aquellos trabajadores que en un momento puntual en la dilatación de la vida laboral en una empresa se ven abocados a una situación vulnerable, porque la empresa en la que venían prestando sus servicios no puede hacer frente al abono de las cantidades pendientes de liquidar.

A pesar de la rápida respuesta de este organismo frente a dichas prestaciones pendientes de abonar al trabajador, este no estará obligado a cubrir la totalidad de las mismas, para ello, se fijará una serie de límites máximos por los que se regirá a la hora de abonar las correspondientes prestaciones a los trabajadores beneficiarios.

Tras varias reformas laborales y ante la nueva situación económica derivada de la crisis sanitaria por el COVID-19, este ente protector ha sido capaz de adaptarse a estos nuevos cambios y a las nuevas formas de desarrollo económico empresarial, elaborando mecanismos nuevos y otros más restrictivos para poder subsanar en la medida de lo posible las cantidades pendientes de abonar por parte del empresario, frente al trabajador. Estas restricciones sobre los límites que “como máximo asumirá el Fondo” han sido cada vez más estrictas en las diferentes reformas laborales, desarrolladas por los distintos gobiernos.

El presente trabajo analizará la actuación del Fondo de Garantía Salarial en el ámbito de la Jurisdicción Social, examinando cuáles son las facultades procesales de que se vale

para ello y las consecuencias que tiene su intervención, tanto desde el punto de vista judicial como administrativo. Partiendo de un recorrido histórico, desde su creación en el año 1977, se examinan las distintas normas que lo han regulado, haciendo hincapié en la vertiente procesal de su actuación y estudiando los cambios que en ella se han producido a lo largo del tiempo.

Palabras claves: FOGASA, prestaciones, beneficiarios, intervención en el proceso judicial, insolvencia, responsabilidad subsidiaria.



ABSTRACT

The Salary Guarantee Fund (hereinafter, FOGASA) has been a body in constant evolution by legal doctrine in Spain. If we investigate the works that have been published on the study of this protective body, we get an idea of the constant change it has undergone and the important role it plays in our business spheres as a leading provider of labor income. This intervention by responsibility, whether direct or subsidiary, on the part of the Fund in many cases, in many cases, in addition to a payment guarantee for the worker receiving the benefit, a measure of protection or support for companies, which due to production, technical, financial or organizational can not cope with expenses and require a restructuring of the company staff.

In this sense, it makes it clear that the main purpose of this guarantor body is the payment of benefits, either for wages pending payment, or for compensation accrued from the situation itself, these amounts corresponding to those workers who at a specific moment in the dilation of working life in a company they are led into a vulnerable situation, because the company in which they had been providing their services cannot face the payment of the amounts pending liquidation.

Despite the rapid response of this body to these benefits pending payment to the worker, the worker will not be obliged to cover all of them, for this, a series of maximum limits will be set by which it will be governed at the time of pay the corresponding benefits to the beneficiary workers.

After several labor reforms and in the face of the new economic situation derived from the health crisis caused by COVID-19, this protective entity has been able to adapt to these new changes and to the new forms of business economic development, developing new and other more restrictive ones to be able to correct, as far as possible, the amounts pending payment by the employer, against the worker. These restrictions on the limits that "at most the Fund will assume" have been increasingly strict in the different labor reforms, developed by the different governments.

The present work will analyze the acting of the Salary Guarantee Fund in the scope of the Social Jurisdiction, examining what are the procedural powers that it uses for it and the consequences of its intervention, both from the judicial and administrative point of view. Starting from a historical journey, since its creation in 1977, the different rules that have

regulated it are examined, emphasizing the procedural aspect of its acting and studying the changes that have occurred in it over time.

Keywords: FOGASA, benefits, beneficiaries, intervention in the judicial process, insolvency, subsidiary liability.





ABREVIATURAS

AP Audiencia Provincial

Art./arts. Artículo/Artículos

BOE Boletín Oficial del Estado

DA Disposición Adicional

ERE Expediente de Regulación de Empleo

ERTE Expediente de Regulación Temporal de Empleo

ET Estatuto de los Trabajadores

FOGASA Fondo de Garantía Salarial

LC Ley Concursal

LPGE Ley de Presupuestos Generales del Estado

LRL Ley de Relaciones Laborales

R.D.L Real Decreto Ley

S Sentencia

SMI Salario Mínimo Interprofesional

SS Sentencias

TJCE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS Tribunal Supremo

TSJ Tribunal Superior de Justicia





INTRODUCCIÓN

El Fondo de Garantía Salarial es un Organismo autónomo que depende del Ministerio de Trabajo y Economía Social, fue creado para garantizar a los trabajadores el pago de salarios, así como de las indemnizaciones que se deriven del despido o de la extinción de la relación laboral, que estuvieran pendientes de abonar cuando la empresa se ha declarado insolvente o en concurso de acreedores.

No obstante, los trabajadores beneficiarios de los pagos adeudados serán todos aquellos que estén vinculados a una relación laboral por cuenta ajena, podremos distinguir entre trabajadores sujetos a una relación laboral ordinaria, independientemente de su nacionalidad, el régimen de la seguridad social en el que estén incluidos, quien es su empleador o cual sea la modalidad o condiciones que se deriven de los servicios prestados, y aquellos trabajadores que pudieran estar sujetos a algún tipo de relación laboral especial, estos a diferencia de los anteriores presentaran una serie de particularidades intrínsecas que serán recogidas en una regulación específica

Ahora bien, las cantidades adeudadas que hagan referencia a salarios o indemnizaciones serán cuantías que tendrán derecho a percibir estos trabajadores, las cuales estarán sometidas a una serie de límites que dependerán de si el importe pendiente de abono corresponde a salarios o a indemnizaciones.

Tanto estos salarios impagados, como los salarios devengados, pagas extraordinarias y salarios de trámite serán asumidos por el FOGASA cuando estos estén reconocidos a través de un acta de conciliación o una resolución judicial que acredite la existencia de unas cantidades de pago correspondientes a los salarios impagados. Una vez acreditada la existencia de esas cuantías salariales impagadas, el organismo procederá a su pago siguiendo y teniendo en cuenta una serie de límites que veremos más adelante.

De este modo, en referencia a las indemnizaciones será necesario que, dentro del procedimiento laboral, estas se encuentren recogidas en un acta de conciliación, una sentencia, un auto o una resolución administrativa en favor del trabajador por causas de despido o extinción de la relación laboral especificada en el artículo 33.2 del ET. Habrá supuestos que quedaran fuera del alcance de protección del FOGASA.

En cuanto a la responsabilidad del FOGASA frente a causas de fuerza mayor, será una responsabilidad directa. En este caso no hará falta que la empresa esté declarada en situación de insolvencia ni en concurso de acreedores, sino que, en este supuesto, será necesario que la extinción de la relación laboral sea por sucesos extraordinarios de fuerza mayor.

Así pues, como concluiremos, una vez quede claro quiénes son los sujetos que se verían beneficiados de las cantidades adeudadas, que tipo de prestación es la que debe de ser abonada por el organismo y cuál es la actuación del FOGASA dentro del procedimiento, se tendrá que proceder a la tramitación de la correspondiente solicitud, cuyo plazo comenzará a contar desde la fecha del acta de conciliación, sentencia, auto o resolución judicial que certifique la existencia de las cantidades impagadas por parte de la empresa.

Para finalizar, una vez presentada dicha solicitud, el FOGASA tendrá de un plazo de 3 meses para decidir si se hace cargo, o no, de los pagos mediante una respuesta positiva, o negativa, respectivamente. En el caso de que la respuesta no se diera en este plazo se entenderá que estamos ante un silencio administrativo positivo, y por tanto, el FOGASA se hará cargo de los pagos.



CAPITULO I: EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

1. Concepto y antecedentes históricos.

El Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) constituye un organismo autónomo de carácter administrativo dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar¹, su función principal es el abono a los trabajadores de créditos por salarios o indemnizaciones cuando la empresa es declarada en concurso o en situación de insolvencia. También podrá asumir dicha responsabilidad en los supuestos de extinción de los contratos de trabajo por fuerza mayor.

Este organismo fue creado por el artículo 31 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales², tiene personalidad jurídica propia y capacidad de obrar para hacer cumplir sus fines, es -como ya se ha indicado- dependiente del Ministerio de Trabajo, y su objetivo principal era garantizar y anticipar a los trabajadores el cobro de sus remuneraciones que estuvieran pendientes de pago, así como hacer efectivas las cotizaciones a la Seguridad Social durante dicho periodo, así como las prestaciones e indemnizaciones sustitutivas del salario o de las prestaciones sociales en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos o quiebra de las empresas.³

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 anteriormente nombrada explicaba que se trata de una norma preconstitucional que tenía “un propósito de actualización y perfeccionamiento de aspectos fundamentales de la normativa del trabajo, introduciendo normas nuevas o actualizando otras que se consideran superadas por la realidad”. Más adelante y en relación con esta exposición de motivos manifiesta lo siguiente:

“La principal novedad en esta materia la constituye la creación del Fondo Nacional Interempresarial de Garantía Salarial, que con una razonable aportación de las empresas evitará la falta de cobro de los salarios en situaciones de insolvencia producidas por las crisis económicas en perjuicio de los trabajadores. En esta línea de protección al crédito salarial se acentúa su preferencia en concurrencia con otros acreedores”.

¹Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 33.

² La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, entró en vigor el 21/04/1976 y fue derogada el 15/03/1980, extraído en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1976-8373>.

³ GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo de Garantía Salarial*, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983, pp. 69-77.

Curiosamente, en este texto de la ley (artículo 31) se emplea la actual denominación de Fondo de Garantía Salarial, añadiendo que tendrá un carácter interempresarial, y obviando lo de “nacional”, seguramente por darlo por hecho.

Esta primera regulación del FOGASA se limita a tratar cuestiones administrativas, y no contiene precepto alguno que haga referencia al aspecto procesal de este Organismo, tal vez porque en un primer momento se tuvo en mente su aspecto prestacional exclusivamente. Tampoco se contiene referencia alguna a esta cuestión en el Real Decreto 317/1977, de 4 de marzo, por el que se constituye y regula el Fondo de Garantía Salarial⁴, BOE 08/03/1977, dictado en desarrollo del artículo 31 de la Ley 16/1976. Únicamente, su artículo 18 mencionaba que el Fondo “quedará subrogado en los derechos y acciones de los trabajadores”, pero sin concretar la forma de llevar a cabo esa actuación.

Poco tiempo después, el 16 de noviembre de 1978, se dicta el Real Decreto-Ley 34/1978⁵, por el que se reforma el Fondo de Garantía Salarial (BOE 18/11/1978), el cual deroga el anterior artículo 31 de la Ley de Relaciones Laborales referido al Fondo.⁶

Esta nueva regulación que, según indica en su exposición de motivos, “pretende dar al Fondo de Garantía Salarial su verdadera naturaleza de ente garante de salarios debidos y estableciendo con claridad y rigor las prestaciones que debe afrontar”, obviando, asimismo, cualquier referencia a las posibles actuaciones procesales llevadas a cabo por el Organismo.

Hasta que llegamos un año más tarde al Real Decreto 2077/1979, de 14 de agosto, por el que se vuelve a reestructurar el Fondo de Garantía Salarial⁷ (BOE 05/09/1979). La incorporación de esta norma resulta esclarecedora en tanto en cuanto declara en su primer párrafo lo siguiente:

“El Fondo de Garantía Salarial, desde su creación, se ha revelado como un importante instrumento de la política social, al tiempo que se puso de relieve, desde el inicio de sus actividades, la conveniencia de dotarlo de una estructura funcionalmente adecuada al cumplimiento de sus fines, como consecuencia de la complejidad de la gestión, el constante incremento de demanda de prestaciones y la necesidad de

4 El Real Decreto 317/1977, de 4 de marzo, por el que se constituye y regula el Fondo de Garantía Salarial entró en vigor el 01/04/1977 y fue derogado el 07/05/1985, extraído de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-5966>.

5 El Real Decreto-ley 34/1978, de 16 de noviembre, por el que se reforma el Fondo de Garantía Salarial entró en vigor el 19/11/1978 y fue derogado el 15/03/1980, extraído de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-28737>.

6 RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*, Comares, Granada, 2000.

7 El Real Decreto 2077/1979, de 14 de agosto, por el que se reestructura el Fondo de Garantía Salarial entró en vigor el 06/09/1979 y fue derogado el 07/05/1985.

evitar posibles intentos de fraude, que redundan en perjuicio de los trabajadores, dotándolo de los instrumentos necesarios para prevenirlo y para recuperar en los supuestos que sea posible las sumas satisfechas o anticipadas”.

Observando cómo ante la introducción de esta norma ya no hace hincapié exclusivamente en el carácter prestacional del Organismo, sino que, atendida la “complejidad de la gestión” y “la necesidad de evitar posibles intentos de fraude”, se preocupa de poner paliativos a tales problemas aludiendo, en su artículo 5, apartado 3, a una posible actuación procesal cuando señala que “la representación y defensa en juicio del Fondo corresponde al Cuerpo de Abogados del Estado”, añadiendo más adelante, en el renglón seguido, que “el Ministerio de Trabajo podrá proponer (...) la designación como Letrados sustitutos de aquellos funcionarios licenciados en Derecho adscritos a las Delegaciones Provinciales de Trabajo, en el número que las necesidades del servicio lo requieran”. De este modo, se pone de manifiesto la primera norma que prevé la actuación procesal del FOGASA por medio de Letrados sustitutos del Abogado del Estado, si bien tales Letrados no son toda vía personal propio del Fondo, sino funcionarios que prestan su servicio en las Delegaciones Provinciales de Trabajo.

Habrá que esperar a la aprobación del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre la organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial (BOE 17/04/1995)⁸, actualmente en vigor, dictado en desarrollo del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, para que en su artículo 9, que crea las unidades administrativas periféricas, se contenga una referencia expresa a los Letrados como personal propio del organismo: “A las unidades administrativas periféricas se adscribirá el personal necesario para el desarrollo de sus funciones; en particular, funcionarios licenciados en Derecho, habilitados para dar cumplimiento a los trámites de audiencia y ejercer con eficacia las acciones subrogatorias y de seguimiento”. Esta norma se complementa con la disposición adicional primera, que señala que “no será necesaria la previa autorización de la Dirección General de lo Contencioso del Estado para el ejercicio de las acciones que puedan entablarse en orden al reembolso de las cantidades satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial (...)”. Hay que advertir; no obstante, que la competencia procesal del Fondo queda reducida a una labor de “seguimiento” un tanto difusa, al cumplimiento de “los trámites de audiencia” y al ejercicio de las “acciones subrogatorias”, lo cual parece dejar de lado de momento cualquier otro tipo de intervención procesal en la defensa de sus intereses más allá de los

⁸ SORIA FERNANDEZ-MAYORALAS,P., “La intervención del FOGASA en el proceso laboral”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 218/2019, Editorial Aranzadi, 2019.

mencionados. Habrá que acudir, por tanto, a la legislación propiamente procesal para tratar de llenar esta laguna y concretar efectivamente cuáles son las capacidades del Fondo en el proceso laboral que dan el verdadero sentido a su actuación jurídica.

2. Estructura organizativa y financiación.

La organización administrativa del FOGASA está integrada por el Consejo Rector, la Secretaría General y las Unidades Administrativas Periféricas que estarán integradas en las Direcciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social

El Consejo Rector es el “órgano superior colegiado de dirección” del organismo objeto de estudio, está integrado por un presidente, cuatro representantes de la Administración, cinco representantes de los sindicatos y otros cinco de las asociaciones empresariales más representativas y un secretario. Sus funciones se refieren a la ordenación general de la política de actuación y presupuestaria del Fondo.

La Secretaría General es el “órgano permanente de dirección y gestión” del FOGASA y sus funciones son ejecutivas y de jefatura, asumiendo también competencias en la tramitación de determinados expedientes destinados a hacer efectiva la responsabilidad del Fondo de Garantía.⁹

Las Unidades Administrativas Periféricas están reguladas en el artículo 9 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre la organización y funcionamiento del Fondo, se ha producido una derogación en su apartado primero por la disposición derogatoria única del Real Decreto 2725/1998, de 18 de diciembre en la que se hace mención de las Unidades Administrativas Periféricas como órganos que dependerán orgánica y funcionalmente de la Secretaría General del Organismo. Estas unidades territoriales mantienen actualmente relaciones funcionales con las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales, las mismas relaciones que tendrán que mantener con las Áreas y Dependencias Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales.¹⁰

⁹ El Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

¹⁰ Real Decreto 2725/1998, de 18 de diciembre, de Integración de las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales en las Delegaciones de Gobierno. Disposición adicional primera. Servicios periféricos del Fondo de Garantía Salarial.

Les corresponde fundamentalmente a estas Unidades Administrativas Periféricas la instrucción de los expedientes administrativos sobre reconocimiento de prestaciones a cargo del ente de garantía salarial, elevando las correspondientes propuestas de resolución a la Secretaría General, a través de los Jefes de Área o Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, y las actuaciones destinadas al cobro de los créditos laborales en los que se subroga frente a los empresarios

A estas unidades se adscriben los Letrados del FOGASA, que ejercerán la representación del mismo en las actuaciones judiciales y extrajudiciales en las que deba personarse y ejercerán los derechos y las acciones en los que se subroga en orden a su reembolso.

Las Comisiones de Seguimiento del Fondo son órganos de control y seguimiento de la actuación del Fondo, constituidas en cada provincia, e integradas por tres representantes de la Administración, tres representantes de los sindicatos y otros tres de las asociaciones empresariales más representativas.

La Disposición Adicional cuarta del Real Decreto-Ley 10/2011, ordena al Gobierno a proceder a la evaluación de la situación financieras del fondo, a la vista de la “evolución de sus ingresos y gastos” tras sus nuevas funciones desde la reforma de 2010.

La financiación del FOGASA procede principalmente de las cotizaciones efectuadas por los empresarios tanto públicos como privados que tengan trabajadores por cuenta ajena a su servicio, la base de cotización de estas aportaciones corresponde a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales recogidas en el sistema de la Seguridad Social, este tipo de cotización se regula anualmente y podrá ser revisado por el Gobierno, en función de las necesidades del Fondo. Para el año 2022, el tipo general de cotización es del 0,20 por 100 a cargo de la empresa. La cotización para los trabajadores por cuenta ajena agrarios, será del 0,10 por 100 mientras que la cotización en supuestos de contratos para la formación es una cuota total fija de 3,59 euros al mes, a cargo del empleador.¹¹

¹¹ <https://www.mites.gob.es/fogasa/faqs.html>

3. La responsabilidad directa y subsidiaria del FOGASA por despido objetivo e insolvencia del empleador.

La responsabilidad del FOGASA en algunos supuestos aparecerá frente al trabajador como deudor subsidiario y en otros como deudor principal, dependerá de las diferentes causas por las que el empresario alegue la extinción de los contratos de trabajo, se puede convertir bien en responsable directo y principal de una parte de la indemnización a abonar al trabajador, bien en responsable subsidiario de la deuda salarial e indemnizatoria que correspondía al empleador (aunque con límites en ambos casos) e, incluso, en responsable directo respecto de una parte y, tras un corto proceso, y en subsidiario de la otra.

A. Responsabilidad directa:

La ley prevé que el Fondo de Garantía Salarial responda de manera directa del abono de los créditos pendientes de los trabajadores en determinados supuestos de especial gravedad para el empresario (la fuerza mayor), es importante adelantar que también cabe la posibilidad de una posterior subrogación para recuperar ante el empresario las cantidades abonadas al trabajador.

La responsabilidad del Fondo en este caso, y por ende, el abono de las correspondientes prestaciones ya sean salarios o indemnizaciones, no requieren de una declaración de insolvencia por parte de la empresa, sino que, la ley contempla los supuestos denominados de responsabilidad directa en el pago de las prestaciones, en los que sin necesidad de la declaración de insolvencia, el organismo responde de manera directa y no de forma subsidiaria del abono pendiente. Estos supuestos de responsabilidad directa son casos subsumibles en los que cabe la fuerza mayor, como son los incendios, terremotos o inundaciones.

Este tipo de supuestos que abarca la ley en los que se prevé la fuerza mayor y de los que se desprende una responsabilidad directa, contempla que en el momento en el que se gestione el expediente administrativo de regulación de empleo por causas derivadas de la fuerza mayor, las Autoridades Laborales que estén gestionando dicho expediente puedan convenir que la totalidad o una parte de la indemnización que correspondería al trabajador fueran pagadas de forma directa por el FOGASA. Pues bien, como ya hemos contemplado en la introducción de dicha responsabilidad este organismo tendrá entonces la posibilidad

de subrogación frente al empresario deudor, actuando así de intermediario entre el empresario y el trabajador afectado, facilitando así el adelanto del pago de las cantidades pendientes, pero en ningún caso se pretende destituir la responsabilidad del empresario.

Según el artículo 33.8 del Real Decreto Legislativo de 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (actualmente derogado), se contemplaba dentro del articulado el supuesto caso de despido objetivo al que hacía referencia los artículos 51 y 52 c del ET, en el que el Fondo tenía responsabilidad directa de hacer frente al pago del 40 % de la indemnización legal por despido que pudiera corresponder conforme a los límites establecidos, siempre que la empresa tuviera menos de veinticinco trabajadores.¹² Esta responsabilidad directa y principal era independiente de la situación patrimonial de la empresa, por lo que no era necesario ni siquiera que la empresa se declarara insolvente o en concurso, así como tampoco admitía la subrogación posterior del Fondo en la posición de acreedor frente al empresario.

La finalidad que tenía esa responsabilidad directa del Fondo fijada en el artículo 33.8 del ET de 1995 (suspendido) era: una medida de protección y apoyo a aquellas medianas y pequeñas empresas, que por motivos técnicos, organizativos, económicos o de producción, necesitaban una reestructuración de los trabajadores dentro de la plantilla¹³. No obstante ello, el trabajador también se veía beneficiado de esta situación al percibir una parte de la indemnización sin ni siquiera haberse producido la declaración judicial de insolvencia del empresario.

Pues bien, esta responsabilidad directa que era asumida por el FOGASA no significaba la supervivencia de la empresa en su actividad, sino que, en muchas ocasiones dichas empresas acababan cerrando, por resultados como estos en los que las empresas se veía abocadas a la clausura de su actividad empresarial es por lo que se puso de manifiesto el debate por el que, si no se mantenía la actividad empresarial después de haber percibido la medida de apoyo, lo que se estaba produciendo era una medida de subvención a fondo perdido y a la vez se estaba incitando a la destrucción de empleo¹⁴ por el abaratamiento que suponía el costo del despido.

12 PALOMINO SAURINA, P., "Responsabilidad directa y subsidiaria del FOGASA en el pago de la indemnización por despido objetivo en empresas de menos de 25 trabajadores" *Comentario de la sentencia del TS de 23 de noviembre de 2016. Revista de información laboral*, 2017, N°3, págs.18-22.

13 GARCÍA MÁIQUEZ, J. M^a. *Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial*, Trivium, Madrid, 1992, pag.124.

14 RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: Configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*, Comares, Granada, 2000, pág. 136.

Este tipo de supuestos en los que se contemplaba la responsabilidad directa del Fondo ha tenido de dejar relevancia en la actualidad ya que, en el año 2014¹⁵ se suprimió el apartado 8 del artículo 33 del ET¹⁶, por el que se eliminó el pago directo del 40% de la indemnización por despidos objetivos o colectivos en empresas de menos de veinticinco trabajadores, con esta eliminación se pretende que aquellos empresarios solventes asuman el pago total de la indemnización, y que aquel que no lo sea, apueste por un mantenimiento del empleo, así como también, desincentivar el desempleo ya que el coste del mismo sería superior al del antiguo artículo 33 ET.

B. Responsabilidad subsidiaria del FOGASA:

Para que estemos en el supuesto en el que el Fondo de Garantía Salarial asuma una responsabilidad subsidiaria, se tiene que poner de manifiesto como requisito indispensable la declaración judicial de insolvencia o concurso del empresario, por ello, es importante recalcar la fecha en la que se lleva a cabo a efectos de la reclamación al organismo, ya que esta debe de corresponder con la declaración de insolvencia o concurso y no así con la posible fecha del despido o de la extinción del contrato.

Una vez declarada la insolvencia o el concurso, el FOGASA ejerce la responsabilidad subsidiaria de abonar dentro de unos límites establecidos en el artículo 33.1 y 33.2 del ET, tanto prestaciones indemnizatorias como prestaciones por salarios pendientes.

Se consideraran salarios pendientes de abonar, las cantidades reconocidas como tal en sentencia o acto de conciliación judicial o administrativo ¹⁷, por todos los conceptos a los que se refiere el artículo 26.1 ET, así como también los salarios de tramitación en los supuestos que según la ley resultaran oportunos, sin que esta cantidad pueda sobrepasar el límite máximo resultante de multiplicar el doble del SMI diario (en fecha de la declaración de insolvencia¹⁸, incluido prorrateo de las pagas extras) por el número de días pendientes de pago con un límite máximo de 120 días. Entre los salarios pendientes de

¹⁵ BOE núm.309 de 26 de diciembre de 2013.

¹⁶ Disposición Final Quinta de la LPGE; *“Con efectos de 1 de enero de 2014 y vigencia indefinida, se suprime el apartado 8 del artículo 33 del Real Decreto Legislativo de 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, manteniéndose el resto de la redacción, así como su numeración”*

¹⁷ PÉREZ YÁÑEZ, R., “La responsabilidad del FOGASA por los salarios de tramitación pactados en conciliación” *Revista doctrinal Aranzadi Social*, 2001, Nº6.

¹⁸ STS 189/2019 de 7 de Marzo de 2019 (RJ 2019)

pago se incluirán cualquier cantidad que este reconocida como salario en función del artículo 26.1 del ET.

Se consideraran prestaciones indemnizatorias por insolvencia, suspensión de pagos o concurso de acreedores, cuando el FOGASA abonará las indemnizaciones reconocidas en sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores por motivos de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51, 52, 40.1 y 41.3 del ET, así como de extinción de contratos conforme a los artículos 181 y 182 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, Ley concursal.

En este caso de las indemnizaciones en favor de los trabajadores, el límite de esta cantidad estará establecido en una anualidad, sin que el salario diario, siendo esta la base de cálculo pueda excederse del doble del salario mínimo interprofesional.

En cualquier caso, el importe de la indemnización pendiente de abonar por parte del organismo se calculará en todos los casos con la base de 20 días por año de servicio en la empresa, salvo para aquellos casos de despido o extinción de los contratos que se contemplen dentro del artículo 50 ET, que entonces se calcularán sobre la base de los 30 días por año de servicio.

No comprenderá la responsabilidad subsidiaria por parte de este organismo cuando las indemnizaciones pactadas por las partes en conciliación judicial o extrajudicial, tampoco las acordadas entre las partes, ni, según un sector de la doctrina, la indemnización derivada de la extinción de un contrato de trabajo temporal.

Estas indemnizaciones según el artículo 33.3 segundo, se abonarán con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán con la base en 20 días por año de trabajo, con el límite máximo de un año, sin que el salario diario, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las correspondientes pagas extraordinarias.

En el supuesto en el que el trabajador perjudicado solicitara al Fondo el abono de parte de la indemnización que no ha sido satisfecha por el empresario, el límite máximo de esta prestación indemnizatoria se reducirá en la cantidad ya percibida.

Una vez hecha efectiva las prestaciones a los trabajadores perjudicados por las cantidades adeudadas, ya sea por salarios pendientes o por las indemnizaciones, el mencionado organismo se podrá subrogar en los derechos y obligaciones de éstos frente al empleador.

CAPÍTULO II: FINANCIACIÓN DEL FOGASA, BENEFICIARIOS Y LÍMITES

1. Beneficiarios.

Según el artículo 33 del ET, en los casos de insolvencia o concurso de acreedores del empresario, el FOGASA, a través de sus prestaciones, responde en el caso de que se pongan de manifiesto ciertos requisitos legales y dentro de unos determinados límites, que harán referencia a los salarios y las indemnizaciones de los trabajadores. Esta obligación del organismo consiste en responder con una determinada cuantía a una deuda ajena que, en principio, corresponde al empresario.

Por lo tanto, aquellos titulares del derecho a percibir las prestaciones que se considerarán beneficiarios, con carácter general, son los trabajadores por cuenta ajena, que tendrán derecho a percibir las prestaciones del Fondo aunque la empresa hubiera incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social. Bastaría con quedará acreditada la realidad de los servicios prestados por cuenta ajena¹⁹.

En otras palabras, los beneficiarios o destinatarios de las prestaciones del FOGASA son las personas que aun teniendo un contrato de trabajo y habiendo realizado la prestación laboral por la que se les contrató, no reciben su contraprestación, bien salario, bien indemnización, por declararse la empresa insolvente o en concurso²⁰.

Estos trabajadores podrán beneficiarse de la prestaciones que se deriven del Fondo aunque la sociedad no figurara en el Registro Mercantil, esta responsabilidad del mencionado organismo con los trabajadores se extiende incluso aquellos trabajadores cuyo contrato estuviera suspendido por alguna causa legal en la fecha de su extinción. No obstante, no se tendrá la condición de beneficiario de la prestación aquellas que sean derivadas del ERE si ese trabajador se encontrara en una situación de excedencia voluntaria.

¹⁹ STSJ de Cataluña de 18-10-1999, nº 7151/1999 en la que la Sala señala que el hecho de no estar de alta en el Régimen General de la Seguridad Social no condiciona el derecho a percibir las indemnizaciones y salarios que puedan corresponder al trabajador, sino que es suficientes con que se reconozca que había relación laboral

²⁰ RAMÓN DANGLA, R.: "El Fondo de Garantía Salarial como seguro de salarios. Un modelo económico de comportamientos: eficiencia vs riesgo moral". *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 71, 2008, pág. 101

Podremos distinguir entre: trabajadores sujetos a una relación laboral ordinaria, independientemente de quien sea su empleador, cual sea su modalidad o las condiciones que se pudieran derivar de los servicios prestados, su nacionalidad, incluso el Régimen de la Seguridad Social en el que estén incluidos; y trabajadores que pudieran estar sujetos a algún tipo de relación laboral especial, como por ejemplo los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, deportistas profesionales, personas con discapacidad en centros especiales de empleo...²¹

Estas prestaciones prestadas por el FOGASA se abonarán en proporción a la jornada de trabajo llevada a cabo por el trabajador.

1.1 Trabajadores por cuenta ajena y relación laboral ordinaria.

Serán beneficiarios de las prestaciones del FOGASA todos aquellos trabajadores por cuenta ajena que estén sujetos a una relación laboral ordinaria, tanto si son nacionales de algunos países de la UE como si son extracomunitarios, si trabajan en España como si son desplazados temporalmente, los que se encuentren en periodo de prueba, fijos o incluso los que se encuentren en un contrato de duración determinada, independientemente del tipo de empresario para el que trabajen si es público o privado.

1.2 Trabajadores por cuenta ajena y relación laboral especial.

Las relaciones laborales de carácter especial, al igual que las anteriores, también se verán beneficiadas por las prestaciones del FOGASA, pero presentarán una serie de particularidades intrínsecas que serán recogidas en una regulación específica.

Pues bien, las principales relaciones laborales especiales contempladas en nuestro ordenamiento y, por ello, dignas de lucrarse de las prestaciones del Fondo, son:

²¹ COBO SÁNCHEZ, A., *Las prestaciones del FOGASA. Cómo reclamar con éxito*. Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, p.45-55.

- 1) El personal de alta dirección: el personal de alta dirección podrá lucrarse de las prestaciones de FOGASA según lo dispuesto en la disposición adicional 5ª. ET.
- 2) Deportistas profesionales: los deportistas profesionales pueden lucirse de las prestaciones del FOGASA según lo dispuesto en el artículo 11.1letra b) del RD 505/1985.
- 3) Los artistas en espectáculos públicos: los artistas de espectáculos públicos serán beneficiados de las prestaciones del FOGASA según el artículo 12 del RD1435/1985, de 1 de agosto²².
- 4) Profesores de religión: los profesores de religión podrán lucrarse de las prestaciones del FOGASA, según lo dispuesto en tal artículo 2 del RD 696 /2007 que establece que “(...) la contratación laboral de los profesores de religión se regirá por el ET (...)” con esta alusión se entiende que este colectivo se encuentra protegido por la cobertura del FOGASA.
- 5) Representantes de comercio: este colectivo se beneficia de las prestaciones del FOGASA según se entiende en el artículo 12 del RD 1438/1985 de 1 de agosto por el que establece que “(...) son aplicables en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial los derechos y deberes laborales básicos reconocidos en el ET (...)”
- 6) Trabajadores con discapacidad en centros especiales de empleo: este colectivo de trabajadores puede verse beneficiado por las prestaciones del FOGASA según lo dispuesto en la disposición adicional 2ª. del RD 1368/1985, de 17 de julio, en el que se regula la relación laboral de carácter especial de los discapacitados dentro de estos centros.
- 7) Abogados al servicio de despachos de abogados: aquellos abogados que prestan sus servicios por cuenta ajena, ya sea individual o colectiva podrán verse beneficiados por las prestaciones del FOGASA, según se interpreta en la disposición 4ª. del RD 1331/2006, de 17 de noviembre.
- 8) Especialistas residentes en Ciencias de la Salud: este colectivo especialista en ciencias de la salud recibirá prestaciones del FOGASA según recoge el artículo 1.4 del RD 1146/2006, de 6 de octubre.
- 9) Personal investigador en formación : el personal investigador en formación se verá beneficiado de las prestaciones del FOGASA siempre y cuando se encontrara en situación

²² Art. 32.1 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

jurídica de “contratado” y no de “becado”, es decir, tiene que haber terminado en periodo inicial de beca, así lo establece el artículo 5.3 del RD 63/2006, de, 27 de enero.

2. El colectivo excluido de ser beneficiario de las prestaciones del FOGASA.

Antes de meternos de lleno en quiénes componen el colectivo excluido de ser beneficiarios de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial²³, hay que dejar claro que esta exclusión de la protección del citado organismo a determinado colectivo no se extiende a un plano constitucional, ni tampoco va en contra del principio de igualdad, lo que realmente se pretende con esta exclusión es proteger a aquellos trabajadores asalariados en el caso de que ocurra la insolvencia empresarial.

Por tanto, el colectivo de trabajadores que estarán excluidos de ser beneficiarios de las prestaciones llevadas a cabo por el Fondo serán aquellos que no lo sean por cuenta ajena.

Dentro del perfil de trabajadores que forma parte del colectivo excluido encontramos los trabajadores autónomos, entendiéndose por tal aquella persona física que realiza a título lucrativo una actividad, ya sea económica o profesional, de forma habitual, directa, personal, por cuenta propia y fuera de la organización y dirección de otra persona, los empleados al servicio del hogar familiar²⁴, los trabajadores reclusos en las instituciones penitenciarias²⁵. Esta última relación laboral especial por parte de los penados dentro de los talleres penitenciarios no se regula por la legislación laboral común, por tanto, quedan excluidos del beneficio de las prestaciones del FOGASA. En relación con los trabajadores familiares, hay que tener en cuenta dentro de este colectivo tres requisitos a cumplir,

²³ Art.136.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En lo referente al personal excluido de la protección del Fondo de Garantía Salarial.

²⁴ RÍOS SALMERÓN, B. “Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral” *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2002.

²⁵ Art.1.4 del RD 782/2001, de 6 de julio por el que se regula la relación laboral especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios.

siendo necesarios para que se produzca la exclusión del ámbito laboral, y con ello la protección del FOGASA, estos requisitos son: la condición de familiar²⁶, la convivencia entre el trabajador y el empresario, y, por último, la dependencia económica entre ellos. Otro colectivo que queda excluido de la protección del FOGASA son los consejeros o administradores de las sociedades capitalistas cuando su función se limite a la mera representación de la sociedad, en este caso, se estarán considerando empresarios y no trabajadores, por esta razón, estarán excluidos de lucrarse de las prestaciones del FOGASA. También queda excluido de la protección de esta institución, aquellos socios trabajadores de sociedades laborales. Y, por último, aquellos socios o trabajadores de sociedades personalistas ya sean colectivas, civiles, comanditarias, etc., ya que la relación con la empresa en este caso es mercantil y no laboral.

3. Las prestaciones del FOGASA y el límite de las mismas.

El FOGASA acreditará el pago de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago por la empresa a aquellos trabajadores por cuenta ajena cuando concurra insolvencia empresarial o concurso de acreedores, de esta manera, el referido ente se subroga en el lugar del trabajador sobre los créditos satisfechos para su reclamación posterior a la empresa deudora.

La responsabilidad subsidiaria del Fondo es autónoma e independiente de la del empresario, la existencia de responsabilidad empresarial es de origen contractual y tiene como resultado la prestación de servicios del trabajador, mientras que la responsabilidad del FOGASA tiene naturaleza legal y solo será exigible si se produce la insolvencia empresarial o el concurso de acreedores.

El responsable principal del pago de la deuda con el trabajador es el empresario, mientras que la responsabilidad subsidiaria del FOGASA surge una vez producido la declaración de insolvencia o una situación de concurso. Una vez el aludido organismo abone la indemnización al trabajador, podrá ejercer el derecho de resarcirse del empresario por la

²⁶ Art.12 de la LGSS en el que dice que "...no tendrá la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario; el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado ..."

cantidad resultante de la prestación, para ello se subrogará en el puesto del trabajador en derechos y acciones frente al empresario. Estas cuantías sobre las que responde el FOGASA (salarios e indemnizaciones), cabe destacar, lo serán en términos brutos y no netos²⁷.

En el caso de que al finalizar el expediente el Fondo denegará la prestación que se solicita ya sea total o parcial, en cualquiera de los supuestos de responsabilidad, el interesado podrá demandar a dicho organismo ante la jurisdicción social mediante el procedimiento ordinario, con las siguientes especialidades:

- A) La demanda que presentaremos deberá ser formulada antes del plazo de prescripción de la misma, que es de un año desde la fecha en la que se nos notificó la resolución, dejando claro de ante mano, que el día de inicio es el de la notificación y no el siguiente. Pues bien, el Fondo entiende que contra esta resolución que agotaría la vía administrativa se podrá interponer demanda ante el Juzgado de lo Social que tenga competencia en el plazo de dos meses, a partir del día siguiente al de su notificación.
- B) No se podrá exigir ningún tipo de reclamación previa en los procesos contra el FOGASA que estén relacionados con la protección de salarios e indemnizaciones frente a una situación de insolvencia o concurso empresarial. Al no producirse esta reclamación previa durante el proceso, si el Organismo al que le reclamamos deseara formular reconvencción en el acto del juicio, deberá anunciarla mediante escrito previo dirigido al Juzgado, del que se le dará traslado al demandante.
- C) Las afirmaciones de hecho que aparezcan recogidas en el expediente administrativo y en las que se haya fundamentado la resolución del FOGASA hacen fe, salvo prueba en contrario.
- D) Las posibles discrepancias que pudieran ponerse de manifiesto sobre los límites en la responsabilidad del FOGASA deberá de resolverse en el propio proceso.
- E) El Organismo al que recurrimos podrá manifestar la “excepción de caducidad de la acción de despido” sobre su responsabilidad seguida en el proceso, ante la insolvencia del empresario, cuando en el proceso de despido llevado a cabo, dicho organismo no hubiera sido parte del mismo, ni tampoco citado, pues de lo contrario estaría inde-

²⁷ STS 68/2018, de 25 de Enero de 2018, FJ n°2

- fenso ante una declaración judicial en cuya adopción no tuvo oportunidad de participar. Pues bien, esta situación no podrá darse cuando, hallándose debidamente citado, no compareció en el procedimiento de despido.
- F) Otra opción a la que puede recurrir el Organismo es alegar la prescripción del crédito salarial, cuando no tenga eficacia frente al mismo la interrupción del plazo por el pacto entre empresario y trabajador sobre el aplazamiento del pago.
 - G) La sentencia es recurrible mediante el recurso de suplicación (ya que se trata de una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social) cuando la cuantía litigiosa exceda de los 3.000 (tres mil) euros. También se puede recurrir si afecta a un gran número de trabajadores de la empresa y, en todo caso, si tiene por objeto subsanar una falta esencial en el procedimiento, siempre que se haya producido la protesta en tiempo y forma, y haya producido la indefensión, incluidas las normas procedimentales reguladoras de la sentencia. No se considera norma procedimental reguladora de la sentencia, pese a ser una norma procesal la que establece el efecto positivo de la cosa juzgada, ya que esta situación afecta a una cuestión de fondo.
 - H) El FOGASA no podrá verse aprovechado por “el beneficio de la justicia gratuita”, por lo que en la fase de suplicación o casación podrá procederse su condena en costas, incluyendo los honorarios del letrado o del graduado social colegiado, sin condicionarlo a situación de mejor o peor fortuna, como es el caso de los beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

3.1 Los salarios.

Se entenderá por salarios la totalidad de percepciones económicas que perciban los trabajadores por cuenta ajena por el trabajo efectivamente realizado, al igual que aquellos periodos de descanso que sean computables como trabajo.

Según el artículo 33.1 en el párrafo segundo del ET “(...) se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1(...)”²⁸.

²⁸ PÉREZ ALCARAZ, S.; “Delimitación del alcance de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial respecto de las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada. Exclusión

No tendrán la consideración de salario, según el artículo 26.2 ET, aquellos gastos derivados de la actividad laboral, (ej. desplazamiento, kilometraje, prendas, hoteles, etc.) aquellas prestaciones o indemnizaciones de la Seguridad Social, las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos y las cantidades derivadas del previos incumplido.

Según lo dispuesto en el artículo 26.3 ET, la estructura de los salarios está compuesta por los siguientes elementos:

-Un salario base: que será aquella retribución correspondiente a las unidades de tiempo o de obra.

-Los complementos salariales: que serán aquellos suplementos o extras que se deriven de las condiciones personales del trabajador (licenciatura, idiomas...), de las condiciones o especialidades en las que se pueda desarrollar el trabajo (peligrosidad, plus de toxicidad...) y de aquellas situaciones en la que se pueda encontrar la empresa (un bonus, una prima...).

-Las gratificaciones extraordinarias: estas cantidades harán referencia a las dos o más pagas extraordinarias que se devengan y abonan en los meses de junio y diciembre.

El FOGASA responderá de estos créditos salariales siempre que la empresa responsable de la deuda se hubiera declarado en una situación de insolvencia empresarial o concurso.

Reiteramos que la deuda salarial tiene que estar reconocida (artículo 33.1 del ET), en un acto de conciliación administrativa o en una resolución judicial.

Por acto de conciliación administrativa deberá de entenderse aquel que se realice ante el servicio administrativo correspondiente que queda descrito en el artículo 63LRJS.

Y por resolución judicial deberá de entenderse:

1. La sentencia judicial laboral (Art 97.1 LRJS)
2. El auto del juez de lo mercantil en el que se reconozca además de la indemnización por la extinción de la relación laboral, los créditos salariales adeudos (Art 64.7 LC)
3. La conciliación judicial aprobada mediante auto (Art 84.1 LRJS)

de las indemnizaciones por finalización de obra establecidas en convenio colectivo.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2008, núm. 7, para f.62.

4. La sentencia judicial en la que se resuelva un incidente concursal y se reconozca el crédito laboral (Art 194 LC)
5. El auto donde se incluya el crédito del trabajador o el certificado de la administración concursal (Art 97.3 LC)

Los créditos salariales recogidos en la conciliación deberán de estar correctamente desglosados para que el organismo conozca los conceptos y cantidades que han sido reconocidos, de lo contrario, se podrá denegar la solicitud. La falta de especificación de las cantidades reconocidas no solo resulta una simple irregularidad sino que puede producir un obstáculo para el pago de los créditos salariales. Sin embargo, esto no ocurre en el caso de la resolución judicial, en este caso, el organismo no puede denegar el expediente si las cantidades no están lo suficientemente desglosadas, un simple cálculo aritmético bastaría para que quedara determinada la prestación salarial.

Se debe de tener en cuenta que el FOGASA a través de sus prestaciones salariales no pretende abonar al trabajador “cantidades abiertas” o “abstractas” sino “días adeudados”. Por tanto, para la realización del cálculo de las prestaciones salariales por las que responda el FOGASA es fundamental determinar los días de salario que están pendientes de pago.

Por tanto, salvo que el número de días pendientes de pago se deduzcan con claridad del título ejecutivo, hay que dividir el importe de la suma de los salarios pendientes de pago entre el salario/día del trabajador, abonándose como prestación el producto de multiplicar el salario diario (no puede superar el doble del SMI, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias) por el número de días pendientes de pago (no puede exceder de 120 (ciento veinte) días el número total de días computados).

Pondremos un ejemplo del cálculo de esta situación:

-Salario día del trabajador: 110 (ciento diez) euros

-Deuda por salarios: 7.500 (siete mil quinientos) euros

-Tope de la prestación: 2 (dos) SMI [50,09 (cincuenta euros con nueve céntimos)] supongamos que el año de la insolvencia es en el 2013

-El trabajador tendrá derecho a 68,18 (sesenta y ocho con dieciocho) días, que se obtienen de dividir 7.500 (siete mil quinientos), deuda total, entre 110 (ciento diez)

(Que es el salario día del trabajador) lo que resulta ser la cantidad de 3.415,13 (tres mil cuatrocientos quince euros con trece céntimos), resultante de 68,18 (sesenta y ocho con dieciocho) días X 50,09 (cincuenta con nueve) euros.

3.2 La indemnización.

El concepto de indemnización hace referencia a aquella compensación económica que recibirá una persona por haber sufrido un perjuicio de carácter económico, laboral, moral, patrimonial, y no tenía la obligación legal de soportarlo.

Este momento en el ciclo laboral de un trabajador ocurre en el momento en el que el empresario realiza un despido no justificado al trabajador, y por ello, se le pagara en proporción a la cantidad de años que venía prestando servicios en la empresa.

El ET no ha definido, como tal, el concepto de indemnización cuando se extingue una relación laboral, sino que se ha limitado únicamente a establecer los parámetros para poder calcularla. Así, definiremos como aquella compensación económica que recibirá un trabajador como consecuencia de la relación laboral existente hasta el momento.²⁹

El FOGASA garantizará el pago de las indemnizaciones que resulten ser consecuencia de la extinción de la relación laboral en los supuestos especificados en el artículo 33.2 del ET, dejando fuera de esta protección, otros tipos de indemnizaciones no protegidas por el organismo o derivadas de pacto entre las partes.

Los tipos incluidos dentro de las posibles indemnizaciones susceptible de ser de protección por el organismo del Fondo es la indemnización por despido nulo o improcedente en este caso según el artículo 54 y ss del ET esta indemnización viene dada por un despido disciplinario que, tras ser impugnado, se calificara como nulo o improcedente, el Fondo responderá de las indemnizaciones por despidos nulos o improcedentes independientemente de que el contrato laboral fuera temporal o indefinido. El despido declarado como nulo si el trabajador no reclama la reincorporación a la empresa o se imposibilita la misma

²⁹ Art 6 Convenio num.173 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

el FOGASA no tendrá por qué responder de la indemnización que le pudiera corresponder.

Otro tipo de indemnización que está incluida de ser de protección del organismo objeto de este estudio es la que se deriva de la extinción voluntaria del trabajador, siempre que se fundamente en alguno de los incumplimientos realizados por el empresario recogido en el artículo 50 ET.

Corresponderá también la protección de ser indemnizado por el FOGASA cuando se realice la extinción laboral por despido colectivo y fuerza mayor, según el artículo 51 del ET el indicado ente cubrirá las indemnizaciones que provengan de un despido colectivo por causas económicas, organizativas y productivas, así como por la demostración de fuerza mayor que sea motivadora de extinguir un contrato.

La indemnización que se realiza por la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, en este caso y teniendo de referencia el artículo 52.c del ET el FOGASA, garantizará la indemnización que esté derivada de la extinción de un contrato laboral por causas objetivas. También protegerá las indemnizaciones que sean motivo de extinción colectiva de los contratos de trabajos en caso de concurso de acreedores del artículo 64 LC.

El FOGASA excluirá la protección del abono de las indemnizaciones a los supuestos que están contemplados en el ET, no abonará la indemnización que derive de la extinción voluntaria de la relación laboral como consecuencia del rechazo a un traslado geográfico, del rechazo de una modificación sustancial de las condiciones del trabajo, de la extinción por muerte del trabajador, por jubilación incapacidad del empresario, de aquella indemnización que surja por el incumplimiento del previos por el empresario en favor del trabajador, o los posibles intereses de demora que sean resultado de alguna indemnización impagada.

El organismo tampoco abonará las indemnizaciones que hagan referencia al concepto de “daños y perjuicios” como consecuencia de los salarios que dejaron de percibir.

3.3 La responsabilidad directa por causa de fuerza mayor

La Ley recoge un supuesto en el que aunque la empresa no esté declarada insolvente, el FOGASA responderá del pago de la indemnización cuando la consecuencia de la extinción en la relación laboral sea por fuerza mayor. Estos casos serán sucesos extraordinarios (incendios, inundaciones, terremotos, etc.) en los que el FOGASA tendrá responsabilidad directa.

Para entender bien esta actuación de protección por parte del organismo ante estos sucesos extraordinarios, primero nos tenemos que preguntar ¿qué es la fuerza mayor? La fuerza mayor es un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior y que resulta imprevisible, no pudiendo evitarlo, aun aplicando la mayor de las diligencias.

El Tribunal Supremo en numerosas ocasiones se ha pronunciado sobre el término de “fuerza mayor”, exigiendo que para que concurra el hecho en sí, es exigible que además de que sea imprevisible, sea inevitable o irresistible.

Por tanto, cabe aclarar que este concepto jurídico queda fuera de las capacidades de actuación del obligado y se incluirán dentro de aquellas que no hubiera previsto, fueran inevitables, como ocurre por ejemplo con las guerras, los terremotos, las inundaciones, los incendios, etc.

Aclarado el término en el que gira esta responsabilidad directa del organismo, debemos concretar que la ley exige al FOGASA la protección en los casos de fuerza mayor mediante una indemnización, porque lo que pretende es atender las necesidades más imperiosas del trabajador que de forma imprevisible, se ha visto dañado de su salario. De este modo, el abono del salario de forma directa e inmediata a través de un procedimiento muy aligerado se justificará porque la detención de la empresa permitiera presumir su insolvencia real. Es decir, carecería de sentido hacer esperar al trabajador para que perciba del Fondo el abono de la prestación a la que va a tener derecho cuando se haya declarado la insolvencia, que resultara obvio que, por causa de fuerza mayor, exista la detención física de la entidad, esto será lo que suponga a su vez, la insolvencia real.

Cabe resaltar y así lo contempla el artículo 33.2 del ET y el artículo 17 del RD 505/1985 que las indemnizaciones por fuerza mayor no tienen carácter acumulativo, sino alternativo, es decir, que si un trabajador percibir una indemnización por un despido improcedente, no puede pretender recibir otra indemnización por causas de fuerza mayor.

Para que el FOGASA pudiera abonar una indemnización por estas razones, tiene que ser imprescindible que las autoridades laborales de manera previa certifiquen la existencia de un hecho desencadenante, en el que se transmitirá un procedimiento específico.



CAPÍTULO III: INTERVENCIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN EL PROCESO JUDICIAL

1. Nociones previas

Tal y como establece el preámbulo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), la nueva norma pretende reforzar la presencia en juicio del FOGASA, ya que tiene por función, velar en juicio por los intereses públicos, dándole capacidad de actuación real.

El Fondo tiene por finalidad asegurar el cobro del crédito de los trabajadores, ello conforme a lo establecido en el art. 33 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el Real decreto 505/1985, de 6 de marzo. Pero, al mismo tiempo, tiene que velar por que el pago de estas deudas derivadas del crédito salarial, no excedan de lo justamente establecido.

El referido organismo cubre deudas en situaciones de insolvencia, singular o general, de las empresas o empleadores. Hay que señalar que, hasta diciembre de 2013, también aseguraba el pago del 40% (después se fijó como 8 días por año) de la indemnización en supuestos de despidos objetivos referidos a pequeñas empresas con menos de 25 trabajadores. Sin embargo, hoy, esta posibilidad de protección por parte del Fondo a las Pymes ha sido suprimida.³⁰

Cuando la LRJS contempla, la posición del FOGASA como parte, pensamos automáticamente en el mismo como demandado, juntamente con el empresario, o bien de forma única.

Sin embargo, la normativa reguladora de la jurisdicción social también prevé, la posibilidad de que el Fondo intervenga como parte demandante, si bien esta posición sólo la podrá ostentar en dos supuestos distintos. El primer supuesto ocurre, cuando formule demanda contra el beneficiario de una prestación, solicitando el reintegro de lo cobrado de forma indebida. Y el segundo supuesto, se da en aquellos casos en los que, tras haber

³⁰ Ley 22/2013, de 23 de Octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, por el que se suprime el pago de 8 días de indemnización en empresas de menos de 25 trabajadores, vigente en el RDLeg. 1/1995 de 24 de Marzo.

pagado al trabajador, se subroga en su posición frente al empresario, para solicitar el pago de las cantidades abonadas al trabajador.

El artículo 23, LRJS, establece que, en todos los casos en los que se pudiera derivar una responsabilidad para el Fondo, éste podrá comparecer en cualquier momento y fase del procedimiento. Por lo tanto, siempre que de la acción ejercida pudiera derivarse una prestación a cargo del FOGASA, este tendrá que haber sido demandado.

1.1 Circunstancias de intervención del FOGASA en supuestos de insolvencia o concurso empresarial

En primer lugar, definir que el concurso de acreedores es el procedimiento que se origina cuando una persona física o jurídica incurre en una situación de insolvencia y no puede hacer frente a la totalidad de los pagos que adeuda.³¹

En segundo lugar, indicar que la insolvencia se produce por una tensión en la tesorería, ya sea de una empresa como de una persona natural, de modo que el deudor es incapaz de asumir sus obligaciones de pago. Esta tensión se puede producir porque el deudor carece de bienes suficientes para atender las deudas (insolvencia patrimonial o definitiva) o porque, a pesar de tener patrimonio suficiente, le falta liquidez o crédito (insolvencia provisional).

Según el artículo 33.6 del ET “(...) se entiende que existe insolvencia del empresario cuando, una vez instada la ejecución en la forma establecida por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, no se consiga la satisfacción de los créditos laborales, y por tanto, no se pueda hacer frente a los mismos.

La declaración de insolvencia se tiene que incluir en el proceso en el que se reclamó a la empresa el pago de los salarios o indemnizaciones pendientes de abonar. Si en el procedimiento concursal no se incluyeron las indemnizaciones adeudadas dimanantes del despido, la responsabilidad subsidiaria del FOGASA no existirá hasta que no se declare la insolvencia empresarial por las cantidades de salarios o indemnizaciones adeudadas, por medio de la ejecución individual. Una vez declarada la insolvencia, el FOGASA no podrá rechazar las prestaciones contempladas en dicha declaración.

³¹ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

Esta ausencia de rechazo por parte del Fondo a las prestaciones adeudadas en la declaración de insolvencia es debida a la responsabilidad de proteger a todos aquellos trabajadores que se encuentren en una situación de insolvencia empresarial. Sin embargo, también es cierto, que esta responsabilidad se encuentra, como veremos más adelante, limitada legalmente.

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, mencionada anteriormente, sobre la regulación de la Jurisdicción Social, articula la intervención del Fondo en los supuestos de declaración de insolvencia empresarial y nos aclara que, con carácter general, el organismo que venimos tratando durante todo este trabajo se hará cargo del abono de las indemnizaciones que estén reconocidas en una sentencia, un auto, un acto de conciliación judicial, o también aquellas contempladas en una resolución administrativa.

Por todo ello, la resolución en la que se haga constar la declaración de insolvencia será dictada “previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial”³², que se encargara de comprobar la situación real de la empresa.

En cuanto a la posición del Fondo respecto del concurso de acreedores el derecho social de la Unión Europea y nuestro ordenamiento jurídico les preocupa no solo determinar un orden de preferencia sobre el abono de los créditos adeudados, sino además, ante el posible escenario en el que el empresario insolvente no pudiera hacerle frente a los créditos laborales³³, poder crear un mecanismo de garantía, que pueda solventar el derecho del trabajador de salario o indemnizaciones no percibidas por el empresario insolvente, de esta manera el crédito adeudado que pudiera tener el trabajador frente al empresario estuviera cubierto por este ente protector que tiene competencia para anticipar la cantidad adeudada.

La principal diferencia entre la función de la institución protectora y el régimen de preferencia crediticia radica en que esta última proporciona al trabajador un derecho de crédito sobre la masa activa del concurso colocando a ciertos acreedores en una posición ventajosa frente a otros acreedores del empresario insolvente, mientras que la función de la institución protectora se destina al traslado de una obligación incumplida por el empresario a un tercero distinto del deudor que es el Fondo de Garantía Salarial.

La doctrina ha destacado en numerosas ocasiones las ventajas que existen con el mecanismo de garantía en el caso de las preferencias crediticias, entre otras, la de permitir la

32 Art.15.1 Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

33 MONTOYA MELGAR, A, *Derecho del Trabajo*, 35ªed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 375.

satisfacción del crédito cuando el empresario deudor adolece de bienes suficientes para hacer frente a la deuda, acordar los intereses del trabajador adeudado con los demás acreedores del empresario deudor, y la posibilidad en el supuesto de concurso del abono del crédito adeudado antes de que se produzca la liquidación del patrimonio del empresario deudor³⁴.

El Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre la organización y funcionamiento del FOGASA, ilustra perfectamente la situación actual, quizás esto sea por ser una norma dictada en una época de crisis, al calificar al ente protector como

“el mecanismo más eficaz y de más frecuente utilización en coyunturas como la presente, en que las situaciones de crisis propician la aparición de deudas laborales que exigen el debido amparo, para evitar notorios perjuicios a los trabajadores que, en otro caso, se verían forzados no ya sólo a seguir largos procedimientos, muchas veces con total ineficacia en sus resultados, sino, incluso, a no poder atender adecuadamente necesidades, en ocasiones de carácter perentorio”

Estas situaciones de créditos impagados crearon en nuestro derecho laboral una necesidad de regulación, creando para ello una “institución de garantía” sobre los créditos impagados de los trabajadores en los casos de insolvencia empresarial, ya sea singular o concursal. Es por ello, que en la LRL de 1976 creaba “un Fondo de Garantía Salarial, con carácter interempresarial”, institución que sigue vigente a día de hoy y que tiene capacidad de obrar y está dotado de personalidad jurídica, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social.³⁵

Creado el ente protector que hace frente a los créditos impagados por parte del empresario, decir que estas cantidades abonadas del organismo tienen unos límites y es que en el caso del pago de las indemnizaciones por parte del FOGASA, independientemente de lo que se pudiera haber pactado o establecido, está sujeto a un límite máximo: este límite es una anualidad de salario (doce meses). Además, habrá que tener en cuenta a efectos indemnizatorios que el salario diario no podrá exceder del doble del salario mínimo interprofesional (SMI), incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias ³⁶, en 2022 el doble del SMI diario es de 77,77€ (setenta y siete euros con setenta y siete céntimos).

34 GARCÍA MÁIQUEZ, J. M^a, *Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial*, Trivium, Madrid, 1992, p. 22.

35 GARCÍA MURCIA, J, *El Fondo de Garantía Salarial*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Madrid, 1983, p. 69 y ss.

36 REYES HERREROS, J. *Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada un año después de la reforma laboral*, Aranzadi, 2013.

En el supuesto de que estemos ante una situación de extinción colectiva concursal se exige, que las indemnizaciones consten de una certificación de la administración concursal³⁷.

El FOGASA asumirá sus obligaciones de pago tras realizar mediante un expediente las comprobaciones oportunas acerca de la procedencia de los pagos solicitados. En relación con ello, tendremos en cuenta la Resolución de 3 de abril de 2008, de la Secretaría General del FOGASA, por la que se aprueba el modelo de impreso de solicitud de prestaciones, según lo establecido en el artículo 22.4 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del FOGASA.

Finalmente, hay que destacar que según el artículo 33.7 del ET, el derecho a solicitar el pago de las prestaciones adeudadas en los casos contemplados de insolvencia o concurso, prescribirá al año.

1.2.Despidos colectivos y extinciones colectivas en empresas de menos de 25 trabajadores.

Según recogía el artículo 33.8 del ET (actualmente derogado), se permitía a las empresas de menos de veinticinco trabajadores acudir al FOGASA con el fin de obtener el pago de parte de la indemnización por la extinción de contratos indefinidos por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del ET y 64 de la LC, siempre que se tratara de despidos procedentes. Por tanto, en este caso el FOGASA era responsable directo del pago adeudado.

En cuanto a la responsabilidad directa que asumía el ente protector en este tipo de coberturas conviene tener presente una de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de 19 de junio de 2002³⁸ en la que se afirmaba que

“la responsabilidad del FOGASA, establecida, en el art. 33.8 del ET (derogado) era:
- pura, al no estar sujeta a condición o término, de modo que puede exigirse, sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario.
- directa e inmediata, al imponer el deber del pago de la indemnización con eficacia desde el primer momento”.

³⁷https://www.mites.gob.es/fogasa/impresos/certificadosConcursales/Correccion_de_errores_de_la_resolucion_de_13_de_octubre_de_2020.pdf

³⁸STS, 19 de Junio de 2002 Tribunal Supremo - Sala Cuarta, de lo Social, ponente: Gonzalo Moliner Tamborero

El límite máximo que fue establecido para el pago de los créditos adeudados en este caso en el que la empresa tuviera menos de 25 trabajadores era de “ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año”. Además, en este supuesto, también era aplicable el límite de una anualidad de salario así como la consideración de un salario diario máximo equivalente al doble del SMI con el prorrateo de pagas extras.

Esta situación producía en las empresas que tuvieran menos de 25 trabajadores cierto “automatismo” en lo que al pago se refería dando por hecho que el FOGASA abonará de manera directa y sin problemas el pago previsto en el apartado 8 del artículo 33 del ET.

De esta manera, se planteaban numerosos escenarios dentro de este apartado, como por ejemplo el supuesto de extinción de un contrato de duración indeterminada por absentismo laboral (esta causa de despido fue eliminada por la disposición derogatoria única de la Ley 1/2020, de 15 de julio) en empresas en cuya plantilla fuera inferior a los 25 trabajadores, pues bien, en este caso la legislación anterior lo consideraba como un supuesto especial en el que el FOGASA de forma directa debía de abonar el 40% de la indemnización correspondiente, es decir, debía de abonar 8 días por año trabajado, pagando el 60% restante la empresa en cuestión. Además, se añadía a este supuesto, que la empresa en cuestión no estaba obligada a demostrar ni justificar que se encontraba en concurso o que fuera insolvente,³⁹ sino que contaba con el pago directo del ente protector por razones de la dimensión de la plantilla de la empresa.

Esta situación fue modificada con efecto desde el 1 de Enero de 2014 por el que se suprime el apartado 8 del artículo 33 del ET en el que el Fondo se hacía responsable de manera directa del 40% de las indemnizaciones en empresas de menos de 25 trabajadores, por despidos por causas objetivas sin que la empresa en cuestión tuviera que justificar ninguna situación de insolvencia o de concurso.

A partir de dicha modificación de 2014, todo lo expuesto quedaba sin efecto por tratarse de una ayuda o subvención a fondo perdido, que lo que permitía era amortizar la carga que le suponía a determinadas empresas de menos de 25 trabajadores el pago de las indemnizaciones por el despido ocasionado, entendiéndose por el legislador competente que esta situación estaba provocando un incentivo para que se llevara a cabo el despido, y es por ello, que se decide suprimir en 2014 el apartado 8 del artículo 33 del ET .

³⁹ RAMÓN DANGLA, R.: “La reforma laboral del 2010 y sus efectos económicos sobre el Fondo Garantía Salarial”, en *Revista de Economía Crítica*, número 12, 2011, pág. 84.

Ahora serán los propios empresarios o las empresas que realicen el despido quienes asuman la totalidad de la indemnización y, por tanto, deberán hacerse responsables del pago íntegro correspondiente a los 20 días de salario por cada año de servicio con el límite de las 12 mensualidades.

Teniendo en cuenta que la empresa o el empresario de menos de 25 trabajadores pueda hacer frente a las indemnizaciones y no se encuentre sumergido en concurso o insolvencia, porque de darse estos supuestos, el Fondo si responderá pagando las cantidades adeudadas por el empresario o empresa.

1.3 La intervención del FOGASA en el expediente de regulación temporal de empleo (ERTE).

Los expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante ERTE), según el artículo 47 del ET pueden darse por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ERTE ETOP) o por fuerza mayor (ERTE FM). Las medidas que se pueden adoptar en este tipo de supuestos, en los que se puede ver afectado una empresa, es la suspensión temporal del contrato de trabajo o la reducción de las jornadas en las personas trabajadoras, esta figura es temporal, es decir, que tienen una fecha de inicio y una fecha de finalización, y tras finalizar esta medida los trabajadores podrán acceder a la prestación por desempleo.

La empresa deberá de cumplimentar una memoria justificativa⁴⁰, en la que se especifique la duración de esta suspensión temporal, el número de trabajadores afectados por esta medida, dejando identificados tanto los que participan de esta suspensión, como aquellos trabajadores a los que no le afectaría esta medida, así como también recoger cuáles son las causas por las que se determinó que esto fuera así.

En el caso de que sea un ERTE de reducción de jornada laboral o de reducción de los días que acuden a trabajar, existe un límite mínimo de afectación de un 10% y un porcentaje máximo de un 70% respecto de la jornada habitual del trabajador afectado.

La parte más agresiva de esta figura por dejar en suspenso el contrato laboral durante cierto periodo de tiempo es la del ERTE por circunstancias de fuerza mayor (ERTE FM)

⁴⁰https://economistas.es/Contenido/Consejo/Coronavirus/24-03-20-Memoria-justificativa-de-un-expediente-temporal-de-regulacion-de-empleo_.pdf?t=1586364738

este es el que hemos estado experimentando durante todo este tiempo de crisis sanitaria, de ahí que se haya tenido que regular las circunstancias necesarias que deberán darse para que se pueda aplicar esta figura.

Se entiende por fuerza mayor, situaciones que no quedan muy lejos de la realidad, como es la interrupción en la cadena de suministros, el cierre del espacio aéreo o el cierre de las fronteras entre países, las restricciones de desplazamiento de los ciudadanos... son motivos justificados para establecer esta medida en una empresa.

A raíz del COVID-19, la figura hasta el momento desconocida del ERTE ha adquirido triste notoriedad en nuestras esferas empresariales, aspirando a que este mecanismo de regulación temporal de empleo sea “un mecanismo permanente, centrado en la formación y recualificación de las personas trabajadoras”, es decir, un mecanismo seguro que permita una estabilidad laboral y económica, mediante una formación y recualificación de los trabajadores que componen la empresa afectada, invirtiendo, así, en capital humano. A la inversión humana también hay que añadir el intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico que hemos experimentado debido a esta situación, por el que se necesita disponer de instrumentos tecnológicos acompañados de una formación previa y recualificación de los trabajadores de los sectores más afectados, con el fin de crear puestos de trabajo de calidad para el futuro y evitar la destrucción de empleo.

Esta situación de pandemia mundial nos hizo tener esta figura más presente en nuestro ámbito laboral, produciendo en una gran parte del sector empresarial ERTES por fuerza mayor, por lo que el gobierno decidió mediante el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, recoger las condiciones aprobadas durante la pandemia que deberían tener los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo.

Ante la masiva declaración de ERTES por parte de las empresas de diferentes sectores afectados, el Gobierno decidió por medio del Real Decreto-Ley 18/2021, ampliar la prórroga de los ERTES, hasta el 28 de febrero de 2022.

Una vez finalizada esta prórroga, y cumplido el plazo de los 6 meses establecidos obligatoriamente sobre el mantenimiento de empleo por haber estado en situación de ERTE, se podrá extinguir la relación laboral por causas de fin de contrato de duración determinada, esta situación también se contempla durante el ERTE, sin necesidad de esperar a que el ERTE acabe, siempre que este justificado legalmente, se podrá extinguir la relación laboral también por la realización de un ERE o por la realización de un despido por causas objetivas, es decir, por causas técnicas, organizativas o de producción.

En el caso de que se extinga la relación laboral por alguna de estas tres causas y el empresario no pueda hacer frente al pago de las cantidades adeudadas, lo primero que debe de hacer el trabajador afectado es reclamar ante la jurisdicción social, por medio de la presentación de una “papeleta de conciliación” ante el Servicio de Mediación y Arbitraje, en el plazo de 20 días hábiles, desde que el trabajador afectado tiene conocimiento de que el contrato esta extinguido.

Posteriormente, se producirá el intento de negociación entre las partes mediante un acto de conciliación, para intentar llegar a un acuerdo. Si no se consigue acuerdo alguno, se procederá a interponer por la única vía legal de la que disponemos, de una demanda contra la empresa.

En el caso de que el empresario demandado se declare insolvente o en concurso, tendremos como vía de alivio el Fondo de Garantía Salarial, siendo éste el que responda de las cantidades adeudadas, con los límites establecidos en los punto anteriores de este mismo capítulo de este trabajo.

Ha sido tan grande la avalancha de esta figura en las empresas actuales, que se estima que el FOGASA apenas podrá cubrir el 25% de las indemnizaciones por ERTES⁴¹ que acaben en ERE. Estas indemnizaciones serían abonadas a partes iguales entre las empresas que acaben en ERE y el FOGASA para cubrir el despido de los trabajadores afectados.

El riesgo actual con esta situación es que los trabajadores que actualmente se encuentran en situación de ERTE pasen a estar en una situación de expediente de regulación de empleo (ERE) y, que como consecuencia de esto, se produzca la extinción de empleo definitivamente.

1.4 Expediente de regulación de empleo (ERE) debido a fuerza mayor.

En los Expedientes de Regulación de Empleo denominados como ERE, y también como despidos colectivos.

Muchas empresas debido a la crisis sanitaria del coronavirus han tenido que tomar decisiones económicas que han afectado a una parte o a la totalidad de la empresa, muchas de ellas se han visto abocadas al cierre definitivo de sus negocios, así como otras a un nivel

⁴¹https://www.coleconomistes.cat/asp/RESUMSPREMSA/El_Economista21092020_3.pdf

de volumen muy bajo que les a obligado a reducir la producción, a suspenderla, o incluso, a extinguir los contratos de los trabajadores.

Esta figura, es un procedimiento que las empresas ponen en uso en situaciones de crisis financiera, con el que trata de reducir gastos mediante la reducción de la plantilla o las jornadas de trabajo.

Esta tramitación por parte de la empresa solo podrá darse si concurren algunas de las siguientes circunstancias:

-Que se produzca despidos colectivos⁴² o suspensiones de contratos por razones económicas, técnicas, organizativas o de la producción.

-En casos en los que desaparezca la personalidad jurídica de la empresa declarada en ERE.

-Que se produzca la suspensión o extinción del contrato por causas de fuerza mayor, es decir, situaciones que no son previstas en el desarrollo de una actividad empresarial. En el caso de los EREs debidos a fuerza mayor, dentro de la excepcionalidad de estos supuestos, ciertas normas dictadas con ocasión de catástrofes naturales han previsto el pago directo de las indemnizaciones por parte del FOGASA en aquellos despidos colectivos originados o producidos en tales catástrofes por ejemplo, artículo 14 del Real Decreto-Ley 6/2011, de 13 de mayo, de medidas urgentes para reparar los daños causados por los movimientos sísmicos acaecidos el 11 de mayo de 2011 en Lorca, Murcia.

A diferencia de la regla general, que permite al FOGASA resarcirse frente al empresario, algunas sentencias deniegan tal derecho de subrogación en estos supuestos de catástrofes naturales.

Pues bien, en el caso en el que estemos ante otra posible circunstancia de las tres situaciones mencionadas con anterioridad, la empresa podrá tramitar la situación de ERE dentro de la misma, esto llevará consigo situaciones desfavorables para los trabajadores, a los que la empresa tendrá que indemnizar.

Estos procesos de EREs son complejos, por lo que existe una negociación entre representante del Comité de Empresa y los propietarios de la compañía, así, por ley, no se establece una norma que recoja la cantidad exacta que deba de percibir el trabajador, ya que esto dependerá de la negociación llevada a cabo por las partes.

La ley establece unos márgenes a los que sí obliga, establecido en un mínimo de 20 días por año de servicio con un límite máximo de una anualidad (como hemos visto ya en

42 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *Expediente de regulación de empleo*, Civitas, 2009, Pamplona.

puntos anteriores), en los casos de EREs, las indemnizaciones la gran mayoría de las negociaciones suele moverse entre 20 y 33 días (estos últimos días es el mínimo a lo que obliga la ley en casos de despido improcedente) para establecer un número de días se tendrá en cuenta la situación de la empresa, como la situación economizada la empresa, el motivo por el cual se produjo el despido colectivo o si esta empresa en situación de ERE tiene viabilidad de cara a un futuro.

En el supuesto de que el empresario no pueda hacer frente a las indemnizaciones derivadas de la situación de ERE por razones de insolvencia económica, será el Fondo de Garantía Salarial el organismo encargado de cubrir el pago de las indemnizaciones de los trabajadores afectados. En abril de 2021 el fondo fija una cantidad máxima de 8.866,66€ (ocho mil ochocientos sesenta y seis euros con sesenta y seis céntimos) como importe límite al que este organismo hará frente por trabajador despedido.

2. Distintas formas de intervención del FOGASA en el proceso judicial.

En defensa del interés público o en defensa de los derechos fundamentales, el Fondo puede personarse en un procedimiento si lo cree necesario y actuar como parte del mismo. Para un sector doctrinal, la posición del FOGASA puede ser como interviniente o como demandado. En el caso de la posición de interviniente el FOGASA no es demandado sino que está ante una demanda formulada por el trabajador contra una empresa sobre materia respecto de la que el Fondo de Garantía Salarial pueda tener responsabilidad subsidiaria. La intervención puede ser de dos maneras distintas:

- Intervención voluntaria: es la que se deriva de aquellos supuesto en los que ante el riesgo potencial de que surja la responsabilidad del Fondo, la ley le concede la facultad de comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación. Si la empresa es condenada puede efectuarse la responsabilidad del FOGASA.
- Intervención provocada: es aquella que se deriva debido al riesgo actual de que surja la responsabilidad subsidiaria del Fondo, porque la empresa ya está incurso en el proceso concursal o ha sido declarada insolvente o desaparecida.

En el caso de que la posición del Fondo sea la de demandado, las afirmaciones de hecho contenidas en el expediente y en las que se haya fundamentado la resolución del mismo hacen fe, salvo prueba en contrario.

Para otro sector doctrinal las posibles intervenciones del FOGASA son las siguientes:

- Como parte pasiva principal⁴³: esta intervención se produce cuando se impugnan las resoluciones que, sobre abono de las prestaciones de garantía salarial, haya adoptado este organismo como responsable legal subsidiario o directo. Como litisconsorte pasivo necesario⁴⁴ se dará en los casos de situaciones concursales de la empresa, desaparición o insolvencia.
- Como intervención opcional: será aquella por la que el Fondo de Garantía Salarial puede comparecer como parte en los procesos de los que se pudiera derivar posteriormente una responsabilidad de abono de salarios o indemnizaciones a los trabajadores. El FOGASA no puede ser condenado ni absuelto como parte en la ejecución laboral de ningún procedimiento llevado a cabo.

2.1 La intervención voluntaria del FOGASA.

La intervención voluntaria del FOGASA como se adelantaba en el punto anterior, es aquella que se deriva en aquellos supuestos en los que ante el riesgo potencial de que surja la responsabilidad del Fondo, la ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social le concede la facultad de comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación. En este caso la intervención del FOGASA en el procedimiento de manera potestativa se deja un poco a criterio del propio organismo de manera que podrá intervenir de manera voluntaria o podrá no hacerlo, por tanto, esta intervención voluntaria por parte del Fondo estará basada en que el resultado del litigio en cuestión pueda o no perjudicar los intereses del propio organismo protector.⁴⁵ Pues bien, llegado a este punto aclaratorio sobre la posible intervención voluntaria del propio organismo se nos plantea la duda de que ¿Cómo es posible que se le emplace al Fondo en un determinado litigio y sepa si este le favorece, o no? De esta pregunta surge la respuesta sobre la utilización de esta figura, y es que la intervención de este en un litigio siendo voluntaria ocurrirá en casos muy puntuales, pero ello no quiere decir que esta figura no se de en la práctica, lo que sí podemos afirmar es que son muy puntuales las veces que se persona en el procedimiento de manera voluntaria.

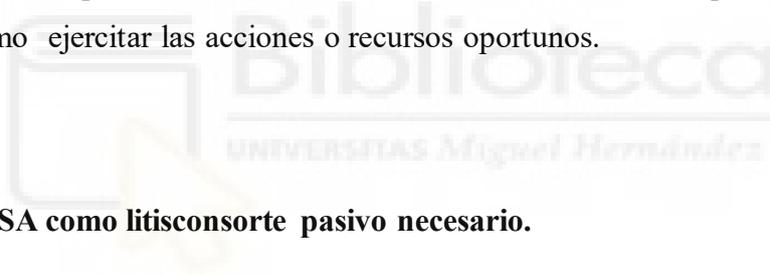
⁴³ Estatuto del trabajador Ley 36/2011, de 10 de Octubre, artículo 51.7

⁴⁴(LRJS art.277)

⁴⁵SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALAS, P," La intervención del FOGASA en el proceso laboral". *Revista española de Derecho del Trabajo*, número.218/2019, Aranzadi, 2009.

Como contrapartida a esta intervención voluntaria nos encontramos con otro tipo de intervención de este mismo organismo que es la intervención provocada, es decir, el fondo será llamado a juicio si estamos ante alguno de los tres supuestos siguientes: que la empresa se encuentre en concurso; que se haya declarado insolvente; o que directamente esté desaparecida. En estos tres casos la intervención del Fondo será la que más le convenga, pero es evidente que esta decisión de intervención o no, tiene un respaldo sólido en tanto en cuanto, la intervención por parte del Fondo es provocada por uno de estos tres supuestos mencionados anteriormente, en este caso de intervención provocada se tiene la obligación de emplazar y dar traslado de la demanda obligatoriamente al Fondo.

Este organismo que venimos tratando a lo largo de este procedimiento en el caso de que su intervención sea voluntaria y no provocada, según el artículo 23.1 de la Ley 36/2011, podrá comparecer como parte del asunto para la defensa de los intereses públicos en cualquier fase o momento, en aquellos supuestos en los que pueda llevar consigo un abono de indemnizaciones o salarios sobre los trabajadores perjudicados, sin que esta personación signifique una parada o una detención en el curso del mismo procedimiento, pudiendo el mismo ejercitar las acciones o recursos oportunos.



2.2 El FOGASA como litisconsorte pasivo necesario.

Antes de entrar en materia, aclararemos que el litisconsorcio es aquel supuesto en el que existen varias partes implicadas en un mismo rol dentro de un mismo procedimiento, es decir, un supuesto en el que podamos tener como partes que lo conforman varios demandantes o varios demandados, incluso ambos.⁴⁶

En el supuesto de que tengamos varios demandantes, estaremos ante un caso de litisconsorcio activo, por el contrario a este, cuando tengamos varios demandados (como es el caso de este punto) diremos que existe un litisconsorcio pasivo. Mientras que sí estamos ante un litisconsorcio doble será porque concurren en el supuesto al mismo tiempo varios demandados y varios demandantes.

Por otro lado, cuando el litisconsorcio viene impuesto por la ley o por los principios generales del derecho, como por ejemplo el principio de audiencia por el que se obliga a

⁴⁶ Artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la pluralidad de las partes en un juicio.

demandar a todos aquellos que pudieran ser condenados, estaremos ante un supuesto de litisconsorcio necesario; mientras que para que se dé un litisconsorcio voluntario, este tiene que ser derivado de la voluntad de las partes y no estar impuesto por la ley como ocurre en el anterior. La intervención arriba mencionada en la que el fondo actúa voluntariamente es un claro ejemplo de litisconsorcio activo voluntario, al legitimar al fondo o a otro organismo a personarse en el proceso si lo consideran oportuno. En este caso en el que la intervención es pasivo necesario, tendremos que estar ante litigios en los que la parte demandada sean empresas incursas en procedimientos concursales, que se hubieran declarado como insolventes ⁴⁷o que directamente sean empresas desaparecidas, solo así, se le dará traslado de la demanda de forma obligatoria al Fondo de garantía, para que éste pueda cumplir con sus facultades procesales y las que convengan según derecho.

Hay que destacar de esta actuación de citación al órgano protector, que no solo se le citará, sino que además se le dará traslado de oficio de la demanda, así como de las posibles actuaciones que se puedan derivar de la misma hasta que se den por finalizadas.

La intervención del Fondo de Garantía Salarial dentro de un supuesto como litisconsorte pasivo necesario surge, según el artículo 23.2 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, cuando el riesgo ya existe y es notorio, como hemos apuntado anteriormente. Este riesgo es debido a que la situación económica de la empresa demandada se encuentra imposibilitada para afrontar la responsabilidad de pago, esta situación crítica hace que el trabajador afectado tenga la posibilidad de reclamar la cantidad adeudada al organismo protector, ya que la empresa en cuestión no puede hacer frente a esta cantidad.

A diferencia de la intervención voluntaria por parte del organismo, este tipo de intervención no supone una comparecencia voluntaria por parte del Fondo sino que se le emplaza de manera obligatoria para que se persone en el asunto como parte.

Lo que nos lleva a pensar que ambos supuestos comparten que si el FOGASA interviene ya sea de forma voluntaria en cualquier momento del procedimiento o por razón de emplazamientos como responsable del pago, adquiere la condición de parte, con el ejercicio de las potestades procesales correspondientes.

47 STSJ de Murcia 209/2009, de 16 de marzo, (Sala de lo Social, Sección 1ª) "... se ha decretado la insolvencia empresarial y el trabajador ha ejercitado la acción directa contra el Fondo de Garantía Salarial ya no tiene sentido plantear la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario porque ya no resulta procesalmente viable traer a ninguna otra empresa al nuevo proceso, en el que el único destinatario de la acción es el FOGASA..."

Por tanto, la intervención litisconsorte pasiva necesaria por parte del órgano de garantía se dará en los supuestos en los que la empresa se encuentre incurso en algún proceso concursal, insolvencia o desaparición de la misma⁴⁸.

Cuando se entabla un proceso de reclamación de cantidad entre los trabajadores y la empresa como obligada directa, si dicha empresa está desaparecida, es citado el FOGASA para exigirle responsabilidad subsidiaria.

En el caso de que la empresa se encuentre en situación de insolvencia, no nacerá la responsabilidad del organismo como litisconsorte pasivo necesario, hasta que se dicte el auto de insolvencia empresarial.

Por el contrario, si la empresa se encontrara en situación de concurso, con independencia de que deba ser citado el FOGASA como parte del litigio, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales adeudados o se presuma la posibilidad de su existencia en los casos de procedimientos concursales, la obligación de responsabilidad como parte litisconsorte pasivo necesario no nace hasta que se dicte auto de extinción de las relaciones laborales colectivas. De ahí que, en el caso de que la empresa se encuentre en concurso, la responsabilidad subsidiaria del Fondo, en referencia al abono de las indemnizaciones por despido, nazca cuando se extingue la relación laboral y no con la declaración de concurso.

2.3. El FOGASA como demandado.

Según el artículo 33.11 ET, cuando actúa como parte demandada en el procedimiento, ha de proceder a la instrucción de un expediente para comprobar la procedencia de los salarios e indemnizaciones reclamados.⁴⁹ Concluido este expediente debe dictar resolución en el plazo máximo de tres meses contados desde la presentación de la solicitud. La resolución expresa con posterioridad al vencimiento del plazo solo puede dictarse de ser

⁴⁸ SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, JM., FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 7ª Edición, LEFEBVRE, 2021, p.23.

⁴⁹ Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. Disposición final quinta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

confirmatoria del reconocimiento de la obligación de pago, en favor de las personas que puedan ser legalmente beneficiarias y dentro de los límites previstos.

En este caso en el que actúa como parte demandada, podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones institucionales o pedir responsabilidades en eventuales daños y perjuicios ante los distintos órganos competentes de la jurisdicción social o ante las ordenes jurisdiccionales que por competencia correspondan en función de la materia o el tipo de controversia en cuestión⁵⁰.

Puede darse el caso en el que se finalice el expediente por el que se comprueba la procedencia de los salarios e indemnizaciones reclamadas y mediante el mismo deniegue la prestación solicitada, total o parcialmente, pues bien, el interesado en el pago de esas prestaciones denegadas podrá mandar a dicho Organismo ante la jurisdicción social por el procedimiento ordinario, con las siguientes especialidades⁵¹:

1. La demanda debe formularse dentro del plazo de prescripción de un año contado desde la fecha de notificación de la Resolución, habiéndose afirmado que el día inicial es el de la notificación y no el siguiente.⁵²
2. No se exige reclamación previa. Por ello, si el FOGASA quiere formular reconvención en el acto del juicio debe anunciarla mediante escrito dirigido al Juzgado con antelación al mismo, del que se da traslado al demandante.
3. Las afirmaciones de hecho contenidas en el expediente administrativo y en las que se haya fundamentado la resolución del FOGASA hacen fe, salvo prueba en contrario.
4. La sentencia es recurrible en suplicación cuando la cuantía litigiosa exceda de 3.000€ (tres mil euros)⁵³. También si esta cuantía en cuestión afecta a un gran número de trabajadores y, en todo caso, si tiene por objeto subsanar una falta esencial en el procedimiento, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma, y haya producido indefensión, incluidas las normas procedimentales reguladoras de la sentencia. No se considera norma procedimental reguladora de la sentencia, pese a ser una norma procesal, la que establece el efecto positivo de la cosa juzgada, al afectar a la cuestión de fondo.
5. El FOGASA no tiene el beneficio de justicia gratuita. Así, en fase de suplicación o casación, procede su condena en costas, incluidos los honorarios del letrado o graduado

50 MERCADER UGUINA, JR., *Practicum Social 2017, Procedimiento y jurisdicción Social*, Aranzadi, 2017.

51(LRJS art.2.ñ, 23.7, 70 y 80 ss.)

52 <https://www.iberley.es/formularios/formulario-demanda-contra-fogasa-reclamacion-diferencia-salarios-94268>.

53Artículo 191.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

social colegiado⁵⁴, sin condicionarlo a situación de mejor o peor fortuna, como es el caso de los beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

2.4 El FOGASA en la ejecución.

En el caso de que el Fondo haya abonado, en los términos previstos en el artículo 33 del ET, las prestaciones previamente al inicio del proceso de ejecución, esto supondrá la subrogación en derechos y obligaciones de los trabajadores, este será el principal motivo por el que se le permite la intervención en el proceso ejecutivo. Esta legitimación en el proceso de ejecución no hace que la parte del trabajador quede sin efecto, sino que puede ser que los trabajadores sigan conservando créditos del propio título de ejecución⁵⁵, posiblemente en la parte no satisfecha por este organismo. Para que se produzca el reembolso de las cantidades adeudadas el organismo protector debe de subrogarse de forma obligatoria a los trabajadores.

En el caso de que el fondo realizara la subrogación con anterioridad al inicio de la ejecución, este podrá decidir si decide hacerlo antes con arreglo al artículo 24.2 LJS, ya que en la misma se especifica que se notificara a los trabajadores afectados, y considerando que el proceso en cuestión deberá iniciarse a instancia de parte, por lo que queda acreditado la participación del fondo para promover el inicio del proceso de ejecución.⁵⁶

Los trabajadores en este proceso se podrán constituir como ejecutantes según el artículo 24.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en el que se trata el pago de las prestaciones por el Fondo y la subrogación en los derechos y acciones de los trabajadores, en este caso el LAJ dictara decreto constando la subrogación producida por el organismo protector. Es en este momento cuando se le dará traslado de la subrogación a los trabajadores que pudieran estar afectados por tener un crédito frente a la empresa ejecutada, en el caso de que este no esté satisfecho por el fondo, para que puedan personarse como ejecutantes en el plazo de 15 días. Estas cantidades en cuestión se pagarán prorrateadas entre los trabajadores según la proporción de su crédito adeudado y el fondo.

⁵⁴Artículo 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

⁵⁵ MONTERO AROCA, J., De la legitimación en el proceso civil, Editorial Bosch, 2006.

⁵⁶ SICRE GILABERT, F., "Título IX. El proceso de ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos en el ámbito laboral", *Artículo doctrinal en el Blog del Colegio de Graduados Sociales de Cádiz y Ceuta*, 2010, pp.12.

La intervención de este organismo protector en los procesos ejecutivos de sentencias firmes por despido se produce en calidad de “tercero”, entendiéndose como tal quien no es parte en la ejecución, pero tiene interés legítimo en que la misma se lleva a cabo, justificando su intervención, concurriendo en dicho interés legítimo ya que éste abona una parte de la indemnización y de los salarios de tramitación, de manera que, en el caso de insolvencia de la empresa condenada, éste órgano garantista responderá de los salarios de tramitación conforme a la legislación vigente en el momento de la sentencia que declaró la nulidad. Este organismo protector de las garantías de créditos adeudados podrá, entre otros supuestos, alegar la prescripción en los casos en que la parte actora instara la ejecución de la sentencia más de un año después de la firmeza de la misma, porque el organismo garantista no fue llamado obligatoriamente en el primer proceso como responsable subsidiario de las indemnizaciones.

La estimación de la prescripción frente al Fondo no comporta la prescripción de la obligación para la empresa ejecutada, cuando no se alegó ni probó por esta.

2.5 El FOGASA y su intervención concursal.

El FOGASA será parte del procedimiento siempre que deba abonar salarios e indemnizaciones a los trabajadores, sea en concepto de créditos contra la masa o de créditos concursales⁵⁷. Esto podrá suceder tanto respecto de los créditos concursales por salarios e indemnizaciones anteriores a la declaración de concurso, como en supuestos de créditos contra la masa, como en el caso de indemnización acordada en el auto del juez del concurso que acuerde el despido colectivo de trabajadores de la concursada⁵⁸.

La actuación del Fondo de garantía en este tipo de intervención concursal será como parte subrogada en los créditos de los trabajadores y nada impedirá que los contratos de la empresa concursada prosigan su desarrollo, por lo que si no se extingue la misma, no nace ningún derecho indemnizatorio a favor de los trabajadores. Para fijar las posibles indemnizaciones se deberá de aplicar la legislación vigente en el momento de la extinción de la empresa.

⁵⁷ Artículo 514, del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

⁵⁸ Artículo 243, del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

Pues bien, a este organismo garantista de los créditos adeudados debido a la insolvencia empresarial por la que se declara el concurso, se le deberá notificar el auto de la declaración de concurso en caso de que la empresa tenga trabajadores con créditos pendientes de abonar, se le notificaran también aquellas resoluciones dictadas en despidos colectivos que sean de conocimiento del juez del concurso y de aquellos incidentes concursales que pudieran derivarse del mismo.

Una vez citado dicho organismo, se personará en el procedimiento como responsable legal subsidiario del pago de los créditos pendientes de abonar, tanto por salarios como por indemnizaciones, una vez realizado el pago de las cantidades adeudadas, éste se subrogara a su vez a los créditos con la misma clasificación pero esta vez frente a la empresa concursada. Además, se admite su personación en todo el procedimiento, y se reconoce su legitimación para recurrir en suplicación el auto del juez del concurso dictado en el procedimiento judicial de regulación de empleo, así como para interponer demanda individual de incidente concursal laboral contra dicha decisión.

Para que sea efectiva la responsabilidad subsidiaria del Fondo de garantía dentro del concurso, los salarios tienen que estar reconocidos en un acto de conciliación administrativo (celebrado ante SMAC u organismo equivalente, según la región), en una resolución judicial o en un certificado que esté emitido por el administrador del concurso.

Los créditos adeudados que el fondo atenderá tanto en una situación concursal como extraconcursal serán aquellos que el artículo 33 del ET menciona como “créditos laborales”, estos son aquellos que provienen tanto de salarios, como de indemnizaciones por extinciones de los contratos, como aquellos que reciben la denominación de salarios de tramitación, y sobre aquellos créditos de naturaleza indemnizatoria⁵⁹.

Se entenderá como salarios de tramitación, según el artículo 56.2 ET aquellos salarios que se dejaron de percibir desde el momento en el que tiene efecto el despido hasta la notificación de la sentencia, es importante mencionar la modificación que sufrió este concepto en el preámbulo del RDL 3/2012, sobre el apartado 2 del artículo 56 del ET, por el que se restringe el derecho a percibir salarios de tramitación en aquellos casos en los que se produzca la readmisión del trabajador que fue despedido⁶⁰. Esto nos lleva a creer que, en la práctica jurídica tras la modificación de dicho artículo, esto produzca una reducción

⁵⁹ STSJ de Madrid, de 10 marzo 2014, y STSJ de Castilla y León, Burgos, de 30 mayo 2014. El Fondo debe deducir de la cantidad de cuyo pago es responsable el importe del IRPF y las cuotas de Seguridad Social.

⁶⁰ MONTROYA MELGAR, A y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la Reforma laboral de 2012 (Estudios y Comentarios de Legislación)*, Civitas, 2012, págs. 241 a 243.

de los costes directos del despido y que, por tanto, el paso del tiempo de un trabajador dentro de una empresa no supondrá un incremento del coste del despido para el empresario, por lo que la posición negociadora de la empresa sobre este asunto se verá motivada. Se podrá reclamar según consta en el Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, parte de estos salarios de tramitación al Estado, en concreto, todos aquellos que excedan de los 90 días desde la presentación de la demanda.

En materia de responsabilidad del FOGASA en las indemnizaciones, en caso de extinción de la relación laboral por declaración de concurso, la normativa aplicable será la que se encuentre en vigor en el momento en el que se declara extinguida la relación laboral. En ese momento es cuando surge la responsabilidad subsidiaria del FOGASA y no la fecha en el que la empresa es declarada en concurso, ya que en dicha fecha aún no ha surgido responsabilidad alguna del FOGASA.

En cuanto a las cantidades pendientes de abonar en concepto de indemnizaciones, según el artículo 33.2 del ET, el Fondo responderá de manera subsidiaria de aquellas cantidades que estén reconocidas por el juez de lo social o el juez del concurso mediante resolución judicial firme, sobre aquellas cantidades llevadas a cabo mediante conciliación judicial⁶¹ ante el Letrado de la administración de justicia, así como las reconocidas por resoluciones administrativas a favor de los trabajadores por causas de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50, 51, 52, 40.1 y 41.3 del ET, y de las extinciones de contratos conforme a los artículos 181 y 182 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan.

Tras la modificación en 2021, del artículo 33.2 del ET, por la Disposición Final 36ª de la LPGE, en la que se incluye dentro de la acción protectora de este órgano las indemnizaciones en aquellos casos en los que la extinción del contrato sea a instancia del trabajador por razones de traslado o por una modificación sustancial sobre las condiciones de trabajo.

Este organismo protector asumirá el abono de las indemnizaciones para los casos recogidos en el artículo 50 del ET, en referencia a la extinción por voluntad del trabajador y a los recogidos por el artículo 56 del ET para despidos improcedentes, el cálculo será sobre la

⁶¹ STSJ de Madrid, de 9 de octubre de 2013 “La doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia del despido efectuado por la empresa, cuando no va seguido de la conciliación judicial o una sentencia posterior”

base de 30 días por año de servicio prestado, con un límite máximo de un año. Mientras que el límite para estos casos en los que la empresa se declara concurso de acreedores, el Fondo no pagara más de 20 días por año de servicio prestado en la empresa, con el límite máximo de un año, aunque el despido sea improcedente.

La responsabilidad subsidiaria llevada a cabo por el FOGASA en el caso de que el empresario se declare en concurso y, por tanto, no pueda hacer frente a los créditos pendientes de abonar a los acreedores, alcanzará la deuda no satisfecha por el empresario deudor, pero no necesariamente tiene que ser en su totalidad, pues esta responsabilidad queda limitada por el artículo 33 del ET, en el que se quiere hacer ver que el Fondo no asume íntegramente el pago de los créditos pendientes por el empresario, sino que, la misión que se le encarga a este órgano protector es más bien la de reparar en la medida de lo posible el daño que el incumplimiento en la responsabilidad del empresario este causando al trabajador perjudicado. A razón de esto, es por lo que el Fondo asumirá el abono de las cantidades referentes a los salarios adeudados al trabajador, no pudiendo pagar más allá del doble del SMI diario, incluyendo la prorrata de las pagas extraordinarias, multiplicado por el número de días de salario pendientes de abonar, con un límite máximo de 120 días. Desde el 28 de mayo de 2020, si el FOGASA no dicta resolución expresa en el plazo de 3 meses sobre los procedimientos de reconocimiento de pago de salarios e indemnizaciones, ha de entenderse que su silencio tiene carácter estimatorio⁶².

⁶²Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, Disposición Final 5ª.

CAPITULO IV: EL PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD PARA LA TRAMITACIÓN DE LA PRESTACIÓN.

1. Plazo

El inicio del procedimiento de solicitud de las prestaciones pendientes de abonar por el Fondo de garantía se podrá realizar de dos maneras distintas, según recoge el artículo 22 del Real Decreto 505/1985. La primera es de oficio por acuerdo de la Secretaría General o de la unidad administrativa periférica que le corresponda. La segunda es a instancia de parte, en caso de que se iniciara por esta última, la solicitud deberá formalizarse por el modelo publicado en el BOE⁶³, el cual se encontrará aprobado por el Secretario General del Fondo de Garantía Salarial, una vez rellenado deberá de presentarse ante la Unidad Administrativa Periférica más cercana al domicilio fiscal del centro de trabajo.

Pues bien, como ya hemos venido adelantando a lo largo de este trabajo, el trabajador tendrá un plazo de 1 año para iniciar los trámites para la solicitud de las prestaciones, este periodo de tiempo empezará a contar desde la declaración de insolvencia del empresario deudor o desde que se recibió el certificado de concurso por parte del administrador concursal.

Este plazo de solicitud de 1 año, está recogido en el artículo 33.7 del ET y en el artículo 21 del RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre la organización y el funcionamiento del Fondo, en ambos se recoge, el derecho del que dispone el trabajador perjudicado para la realización de la solicitud del pago, prescribirá al año, contado desde la fecha de la sentencia, auto, acto de conciliación judicial, o resolución administrativa en que se fijen las indemnizaciones o se reconozca la deuda por salarios.

Sin embargo, el artículo 21 del RD 505/1985, de 6 de marzo, sí nos dice que en los supuestos en los que estemos ante un supuesto de concurso, la solicitud deberá realizarse mientras la empresa esté en concurso, “dicho plazo se interrumpirá por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento de los créditos en el procedimiento concursal así como por las demás formas admitidas en Derecho”. Así, en los casos en los que la empresa deudora se encuentre en concurso de acreedores, el trabajador no tendrá que esperar a que este acabe, sino que podrá presentar la solicitud de las prestaciones aportando el

63 <https://www.mites.gob.es/fogasa/impresos/solicitud.pdf>

certificado que le emitió el administrador concursal, pudiendo el trabajador iniciar la tramitación e, incluso, cobrar parte de la deuda.

Del mismo modo, se contempla que en los casos en los que el FOGASA sea responsable directo del pago, tal pago se tendrá que solicitar en el plazo de un año desde la fecha del despido⁶⁴.

En aquellos casos en los que queramos solicitar la prestación de empresas que se encuentren en concurso o que sean insolvente, porque no puedan hacer frente al pago de las mismas, a esta solicitud debiera de acompañarle⁶⁵, en su caso, el decreto de insolvencia dictado por el Juzgado de lo Social o Auto de declaración del concurso de acreedores que fuera dictada por el Juzgado de lo Mercantil, según la prestación que se estuviera solicitando, si esta causa de extinción del contrato es por “fuerza mayor”, tendremos que aportar la resolución de la autoridad laboral o/y la comunicación escrita por la empresa al trabajador notificándole la fecha de la extinción del contrato.

Una vez presentada ante este organismo garantista la solicitud para el cobro de las prestaciones, este dispondrá de tres meses para emitir una respuesta sobre ello al trabajador. En el caso de que no exista respuesta alguna en este periodo de tiempo, se entenderá que hay silencios administrativo positivo, y por tanto, se entenderá aceptada la responsabilidad de este organismo ante el pago de la cuantía reclamada en la solicitud, siempre con los límites propios establecidos.

Una vez aceptado el pago por parte de este organismo, se procederá al abono de las cantidades, para ello no hay un periodo de tiempo establecido, habitualmente suele ser breve.

2. Lugar de presentación.

Las solicitudes deberán presentarse en la Unidad Administrativa Periférica del FOGASA⁶⁶ que corresponda a cada provincia, o en cualquiera de las oficinas o registros establecidos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

El mencionado artículo 38.4 indica que:

⁶⁴ REYES HERREROS, J., Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, Lex nova, Valladolid, 2013.

⁶⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/11/23/pdfs/BOE-A-2020-14756.pdf> Disposición 1456 del BOE núm. 307 de 2020

⁶⁶ RD 505/1985, DE 6 DE Marzo, Artículo 9. Las unidades administrativas periféricas.

“Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse:

- a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan.
- b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, a la de cualquier Administración de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, a los Ayuntamientos de los Municipios a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, o a la del resto de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.
- c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.
- d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.
- e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones públicas se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros”.

Alternativamente, es posible la presentación en el registro electrónico del FOGASA al que se accede desde la página web <https://sede.fogasa.empleo.gob.es>, precisándose de firma electrónica avanzada, o los sistemas de firma electrónica incorporados al Documento Nacional de Identidad, para personas físicas. Dicha tramitación electrónica resulta la única vía posible para aquellos profesionales que tengan la obligación de relacionarse con la Administración por medios electrónicos. Este registro electrónico permite la presentación de las solicitudes todos los días del año, durante las 24 horas del día. A los efectos del cómputo de plazo, la entrada de las solicitudes en un día inhábil se entiende efectuada el primer día hábil siguiente. Así, en el asiento de entrada se inscriben como fecha y hora de presentación aquéllas en que se produjo efectivamente la recepción, considerando como fecha y hora de entrada las cero horas y un segundo del primer día hábil siguiente. El registro electrónico emite automáticamente un recibo, consistente en una copia autenticada de la solicitud de que se trate, que incluye la fecha, hora de presentación y el número de entrada de registro.

3. Documentos a presentar.

La documentación para aportar ante la correspondiente Unidad Periférica Administrativa del FOGASA (también podrá presentarse en el registro electrónico del FOGASA) variará en función de si la intervención del Fondo tiene lugar con carácter subsidiario (esto es, en situación de insolvencia o concurso del empresario), o si por el contrario, el interviene como responsable directo del pago (el resto de los escenarios contemplados).

La documentación más relevante que deberá de presentar el trabajador perjudicado para la solicitud de las prestaciones cubiertas por el Fondo será la siguiente⁶⁷:

- Solicitud del modelo oficial establecido en el BOE, debidamente cumplimentado y firmado, o mediante el sistema de solicitud electrónica.
- Justificante de titularidad de la cuenta del banco del trabajador, donde conste claramente el nombre y apellidos, DNI y todo los dígitos del IBAN.
- Fotocopia del DNI del trabajador.
- En caso de actuar mediante representante, copia del DNI de éste y original del documento acreditativo de la representación (poder notarial, documento privado con firma legitimada, etc.).

Si la solicitud la formula la empresa:

- DNI en el caso de que el empresario sea persona física
- CIF de la empresa, escrituras de constitución, poderes de representación y fotocopia del DNI del representante en el supuesto de personas jurídica junto con el documento acreditativo (transferencia bancaria o equivalente) de que el trabajador ha percibido el 100% de la indemnización legal decisión empresarial, comunicación individual al trabajador afectado y recibí del trabajador de dicha comunicación (en caso de despidos colectivos); auto firme del Juzgado de lo Mercantil (en caso de extinciones colectivas), y tres últimas nóminas con firma y sello de la empresa⁶⁸.

Con carácter específico, se deberá de aportar el acta de conciliación ya fuera administrativa o judicial y/o la sentencia firme en la que se reconozca los salarios reclamados por el trabajador, debiera de presentarse la papeleta de conciliación y/ la demanda, cuando fuera

⁶⁷ Artículo 25 del ET sobre la documentación de la solicitud

⁶⁸ REYES HERREROS, J., Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, Lex nova, Valladolid, 2013.

necesario para acreditar las condiciones laborales como, la antigüedad, salario, prescripción, etc., si se solicita en la reclamación por las prestaciones los salarios de tramitación se tendrá que aportar la notificación de la sentencia a la empresa.

En el caso de que se siguiera ejecución laboral, deberemos de aportar la declaración de insolvencia así como el auto de ejecución y/o la resolución por acumulación de ejecuciones, si las hubiera.

Por último, si la empresa se encontrara en situación de concurso de acreedores, se deberá de presentar el auto de la declaración de concurso y el certificado de reconocimiento de deuda emitido por el Administrador concursal.

4. Tramitación del expediente.

Una vez solicitado el expediente en el plazo correspondiente y habiendo acompañado la documentación correcta, comenzará la tramitación del mismo. Este procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites. Dentro del plazo máximo de 10 días, a contar desde la presentación de la solicitud en firme, o desde la adopción del acuerdo, el FOGASA se dirige a la TGSS, a fin de que expida, dentro del mismo plazo, certificación de inscripción de la empresa y de afiliación del trabajador, indicando las fechas de alta y baja y base por la que estuviese cotizando al FOGASA. Si hay discrepancias entre los datos certificados por la TGSS y los contenidos de la solicitud, aun cuando estos resulten de la documentación acompañada a la misma, la Unidad Administrativa Periférica del Fondo puede abrir un período de prueba por un plazo máximo de 20 días a fin de aclarar esta discrepancia⁶⁹.

De la misma forma se procede si por el empresario o por el órgano de administración del concurso se expusiesen hechos o circunstancias que, de algún modo, contradijeran los contenidos en la solicitud.

Las Unidades Administrativas Periféricas del FOGASA han de desarrollar de oficio, o a instancia de los interesados o intervinientes en el procedimiento, cuantos actos de instrucción consideren necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de la procedencia de la estimación de la prestación.

⁶⁹ Artículo 26 y 27 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre la organización y funcionamiento del FOGASA.

Debe comprobarse especialmente: la existencia de los créditos laborales pendientes de pago en el momento que haya de dictarse la resolución y la continuidad del estado de insolvencia o concurso del empresario en el citado momento.

5. Resolución y pago.

Concluida la instrucción, se remite el expediente administrativo a la Secretaría General en el plazo de 10 días, con la correspondiente propuesta de resolución. Una vez en la Secretaría General, esta puede acordar la apertura de un período extraordinario de prueba, señalando los puntos concretos sobre los que ha de versar, así como el plazo para su ejecución, que en ningún caso puede exceder de 15 días.

Las actuaciones consiguientes pueden ser realizadas por la propia Secretaría General o encomendarse por ésta a la Unidad Administrativa Periférica instructora o a aquélla que estime conveniente por razones de mayor facilidad para su práctica. Concluido el período de prueba, el Secretario General dicta resolución en el plazo de 5 días, estimando o desestimando las peticiones deducidas.

El plazo máximo para dictar resolución en primera instancia es de 3 meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud. La notificación al interesado debe ser cursada dentro del plazo de 10 días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado. Contra dicha resolución cabe interponer demanda ante el órgano jurisdiccional del orden social competente en el plazo de 2 meses contados desde el día siguiente al de la notificación, si el acto fuera expreso.

Transcurrido el plazo de 3 meses sin que haya recaído resolución expresa, el solicitante puede entender estimada por silencio administrativo la solicitud de reconocimiento de las obligaciones con cargo al FOGASA, ya que la ausencia de resolución del Fondo, dentro del plazo máximo, produce efectos de silencio positivo⁷⁰.

Dicho silencio positivo, desde el 28 de mayo de 2020, consiste en que el solicitante puede entender estimada la solicitud de reconocimiento de las obligaciones con cargo al Fondo, sin que en ningún caso pueda obtenerse por silencio el reconocimiento de obligaciones en favor de personas que no puedan ser legalmente beneficiarias o por cuantía superior a la que resulte por aplicación de los límites establecidos. La resolución expresa posterior al vencimiento del plazo solo puede dictarse de ser confirmatoria del reconocimiento de

⁷⁰Artículo 28, del Real Decreto 505/1985 y el Artículo 33.11 del ET

la obligación, en favor de personas que puedan ser legalmente beneficiarias y dentro de los límites citados. En todo caso, a efectos probatorios, se puede solicitar un certificado acreditativo del silencio producido, en el que se han de incluir las obligaciones con cargo al Fondo que, dentro de los límites previstos, deben entenderse reconocidas. La demanda que se puede interponer ante el órgano jurisdiccional del orden social competente se ha de presentar en el plazo de 2 meses contados desde el día siguiente a aquel en que deba entenderse estimada la solicitud por silencio administrativo.

6. Denegación de las prestaciones.

Contra la denegación total o parcial de prestaciones cabe interponer demanda ante la jurisdicción social. Entiende el FOGASA que el plazo de dicha interposición es de 2 meses desde el día siguiente de la notificación de la resolución impugnada que agota la vía administrativa.

Las causas más habituales de denegación de las solicitudes de prestaciones por el FOGASA se producen por haber percibido el límite de los 120 días de salarios, por reclamar conceptos extrasalariales, por tratarse de indemnizaciones reconocidas en conciliación administrativa y por fraude de ley⁷¹.

7. Requerimiento de pago.

El Fondo de Garantía Salarial procede a requerir a las empresas deudoras la devolución de las cantidades abonadas, con independencia de su obligación de ejercitar cuantas acciones judiciales se consideren convenientes para que su reembolso se haga del modo más rápido y eficaz. En consecuencia, el mencionado organismo puede intentar el reembolso de las cantidades satisfechas mediante:

1. Actuaciones extrajudiciales, requiriendo directamente a la empresa deudora la devolución de las cantidades abonadas. A este efecto, puede señalar día y hora para la comparecencia de la empresa ante la Secretaría General o la Unidad Administrativa Periférica que instruyó el expediente.

⁷¹ Artículo 33.4 del ET y de la LRJS art.2.º, 23.7, 69.2 y 70

En los supuestos de propuestas de declaración de insolvencia técnica, el Fondo condiciona su aceptación a la efectiva suscripción de un convenio de devolución de las cantidades a anticipar. Incluso puede admitir propuestas de pago mediante la cesión de bienes o derechos, que exigen la previa peritación de los mismos, a los efectos de poder determinar su suficiencia.

2. Actuaciones Judiciales, presentando en el juzgado que declaró la insolvencia o en el que conoce del procedimiento concursal, el escrito por el que solicita que se tenga por subrogado al FOGASA, junto con los recibos o justificantes del pago de las prestaciones, ejercitando cuantas acciones judiciales se consideren convenientes para el más rápido y eficaz reembolso.

La misma certificación debe ser remitida al órgano de administración del concurso. El FOGASA, de conocer la existencia de nuevos bienes del deudor, puede interesar la reapertura de la ejecución al objeto de proceder en apremio y ejecución sobre los mismos y también podría adherirse a los convenios de quita y espera alcanzados en sede concursal⁷².

8. Plazo del FOGASA para notificar:

Con fecha 18 de Septiembre de 2018 la sala cuarta del Tribunal Supremo ha dictado su STS 871/2018, que versa sobre el silencio administrativo y el fondo de garantía salarial. Conviene recordar que tiempo atrás la jurisprudencia consideró que el Fondo de Garantía Salarial estaba vinculado por el plazo de 3 meses para resolver hasta el extremo de que su silencio comportaba la concesión de lo pedido aunque lo pedido superase los topes legales de responsabilidad que establece nuestro legislador para el fondo de garantía salarial.

Lo que ahora se discute es ¿en qué momento concreto surge el silencio? ¿Qué significa que tiene tres meses para resolver? significa que dentro del plazo en cuestión tiene que decidir ¿y eso es lo único importante? ¿Da igual cuando quien ha pedido algo al fondo de garantía salarial lo sepa? o significa que dentro del plazo de tres meses el fondo tiene que decidir y la persona que ha pedido algo saberlo y en caso contrario al día siguiente de los tres meses habría silencio positivo.

⁷²Artículo 31 del RD 505/1985

El Tribunal Supremo no opta por ninguna de estas dos posiciones, sino que lo hace por una intermedia, interpretando conjuntamente las normas reglamentarias del fondo de garantía y las normas legales del régimen de las administraciones públicas, resultado de ello es que el fondo tiene los tres meses para resolver y posteriormente hay un plazo de hasta de diez días hábiles dentro del cual el fondo tiene que cursar la notificación, esto es, no es una obligación resultado sino es una obligación de medios, el fondo tendrá que demostrar que resolvió dentro del plazo, y que dentro de los diez días hábiles curso la notificación con independencia de cuando llega a su destinatario, si se incumplen estos plazos habrá silencio administrativo positivo, pero es posible, que más allá de los tres meses y diez días se notifique un acto y que no haya silencio positivo porque la obligación de fondo es resolver dentro de plazo y cursar la notificación dentro de los diez días siguientes.



CONCLUSIONES

1) La responsabilidad asumida por parte del Fondo ha sido ajustarla a la baja, ya que para el cálculo por el despido en lo referente a las prestaciones devengadas del mismo, ha pasado de utilizar como base del cálculo, el triple del salario mínimo interprofesional con un máximo de 150 días, a utilizar el doble del salario mínimo interprofesional con un máximo de 120 días. Es decir, recorta en un tercio la responsabilidad de asumir el importe a abonar, así como el recorte del número de días de salario. También reduce aquellas indemnizaciones provocadas en casos de despidos declarados como improcedentes donde pasa de asumir la responsabilidad de 45 días de salario por año de servicios prestado, a asumir 33 días de salario por año de servicio prestado, de esta forma se deduce que en pocas ocasiones le resultara económicamente favorable al empresario la readmisión del trabajador.

2) Tras la reforma laboral, del Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, sobre las medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se produjo un cambio en la protección de este organismo en los salarios de tramitación para aquellos despidos que eran calificados como improcedentes o nulos por la jurisdicción social. Pues en aquellos casos en los que la sentencia por el juzgado de lo social se dictara habido superado los 90 días hábiles desde que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar al Fondo la devolución del salario de tramitación devengado en estos días, siempre que los mismos excedan de los 90 días. Esta medida se regula como apoyo al empresario que soporta el que tenga que cargar con todo el peso que se deriva por el pago de los salarios de tramitación, si por culpa de la dilatación de la resolución por la jurisdicción social el proceso se alargara más de lo necesario. Esta manera de actuar por parte del Fondo, en la que el empresario tendrá que pagar y por tanto, asumir estos salarios de tramitación, pero luego podrá reclamárselos al mismo, es una muestra clara de la manera de paliar que tiene el Fondo frente a situaciones que le suponen al empresario una gran carga económica.

3) Tras la nueva regulación de este organismo por la que ya no asumirá parte del abono de las cantidades por aquellos despidos de trabajadores que formen parte de empresas de menos de 25 trabajadores, pues bien, esta medida hace que este organismo vuelva a los orígenes por los cuales se creó, y esos son, recuperar la entidad aseguradora del mismo

limitando su intervención en aquellos casos de insolvencia o concurso de acreedores, así como la de pretender el mantenimiento del empleo y no incentivar el despido asumiendo parte del mismo en empresas de menos de 25 trabajadores. Creando de esta manera una igualdad a la hora de asumir por parte del empresario el coste del despido ya sea en una Pyme como si se da en una grande empresa.

4) Un trabajador que sea despedido por un empresario, algo muy frecuente en estos tiempos de crisis, al que se le adeudan cantidades por prestaciones, porque la empresa en la que venía prestando sus servicios se encuentra en una situación en la que no puede hacer frente al pago de las mismas y se declara insolvente, el mismo adeuda cantidades pendientes por nominas atrasadas y la indemnización por despido correspondiente, por lo que, el trabajador decide acudir al Fondo de Garantía, siendo consciente desde un principio que estas cantidades no van a ser asumidas en su totalidad, al tratarse de un Fondo público. Pues esta situación del trabajador perjudicado, además de ser despedido y no cobrar el importe total que se le debe, va a ver como las cantidades que recibe de este Fondo se ven reducidas nada más y nada menos que un tercio en referencia a la anterior responsabilidad desprendida de este organismo garantista, a esto añadirle la enorme dificultad que existe ahora mismo en el mercado laboral para encontrar un nuevo empleo. Esta situación se podría paliar si nos tomáramos en serio el mantenimiento de los organismos públicos garantistas de nuestros derechos y no erráramos en intentar sabotearlos mediante la economía sumergida o mediante medidas excesivas de regulación empresarial por parte de los gobiernos, que llevan a desfavorecer a los empresario provocando en ellos en muchas ocasiones la insolvencia.



BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo de Garantía Salarial*, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983.
- RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*, Comares, Granada.
- SORIA FERNANDEZ-MAYORALAS, P., “La intervención del FOGASA en el proceso laboral” en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Editorial Aranzadi, 2019.
- PALOMINO SAURINA, P., ”Responsabilidad directa y subsidiaria del FOGASA en el pago de la indemnización por despido objetivo en empresas de menos de 25 trabajadores” *Comentario de la sentencia del TS de 23 de noviembre de 2016. Revista de información laboral*, 2017.
- GARCÍA MÁIQUEZ, J. M^a. Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial, Trivium, Madrid, 1992.
- RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: Configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*, Comares, Granada, 2000.
- PÉREZ YÁÑEZ, R., ”La responsabilidad del FOGASA por los salarios de tramitación pactados en conciliación” *Revista doctrinal Aranzadi Social*, 2001.
- RAMÓN DANGLA, R.: “El Fondo de Garantía Salarial como seguro de salarios. Un modelo económico de comportamientos: eficiencia vs riesgo moral” *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 71, 2008.
- COBO SÁNCHEZ, A., *Las prestaciones del FOGASA. Cómo reclamar con éxito*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.
- RÍOS SALMERÓN, B.: “Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral” ” *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2002.
- PÉREZ ALCARAZ, S.: “Delimitación del alcance de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial respecto de las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada. Exclusión de las indemnizaciones por finalización de obra establecidas en convenio colectivo.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2008.
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 35^a ed., Tecnos, Madrid, 2014.
- GARCÍA MÁIQUEZ, J. M^a., Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial, Trivium, Madrid, 1992,

- GARCÍA MURCIA, J., El Fondo de Garantía Salarial, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Madrid, 1983.
- REYES HERREROS, J., *Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada un año después de la reforma laboral*, Aranzadi, 2013.
- RAMÓN DANGLA, R.: “La reforma laboral del 2010 y sus efectos económicos sobre el Fondo Garantía Salarial” en *Revista de Economía Crítica*, número 12, 2011.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Expediente de regulación de empleo, Civitas, 2009, Pamplona.
- SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALAS, P,” La intervención del FOGASA en el proceso laboral” *Revista española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, 2009
- SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M., FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 7ª Edición, LEFEBVRE, 2021.
- MERCADER UGUINA, JR., *Practicum Social 2017, Procedimiento y jurisdicción Social*, Aranzadi, 2017.
- MONTERO AROCA, J., De la legitimación en el proceso civil, Editorial Bosch, 2006.
- SICRE GILABERT, F., “Título IX. El proceso de ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos en el ámbito laboral”, *Artículo doctrinal en el Blog del Colegio de Graduados Sociales de Cádiz y Ceuta*, 2010
- MONTOYA MELGAR, A y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la Reforma laboral de 2012 (Estudios y Comentarios de Legislación)*, Civitas, 2012.
- REYES HERREROS, J., *Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Lex nova, Valladolid, 2013.

WEBIOGRAFÍA

- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1976-8373>.
- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-5966>.
- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-28737>.
- <https://www.mites.gob.es/fogasa/faqs.html>

- [https://www.mites.gob.es/fogasa/impresos/certificadosConcursales/Correcion de errores de la resolucion de 13 de octubre de 2020.pdf](https://www.mites.gob.es/fogasa/impresos/certificadosConcursales/Correcion_de_errores_de_la_resolucion_de_13_de_octubre_de_2020.pdf)
- https://economistas.es/Contenido/Consejo/Coronavirus/24-03-20-Memoria-justificativa-de-un-expediente-temporal-de-regulacion-de-empleo_.pdf?t=1586364738
- https://www.coleconomistes.cat/asp/RESUMSPREMSA/El_Economista21092020_3.pdf
- <https://www.iberley.es/formularios/formulario-demanda-contrafogasa-reclamaciondiferencia-salarios-94268>.
- <https://www.mites.gob.es/fogasa/impresos/solicitud.pdf>
- <https://www.boe.es/boe/dias/2020/11/23/pdfs/BOE-A-2020-14756.pdf>

LEGISLACIÓN

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre
- El Real Decreto 317/1977, de 4 de marzo
- El Real Decreto-ley 34/1978, de 16 de noviembre
- La Ley 16/1976, de 8 de abril
- El Real Decreto 2077/1979, de 14 de agosto
- El Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo
- Real Decreto 2725/1998, de 18 de diciembre
- BOE núm.309 de 26 de diciembre de 2013
- Disposición Final Quinta de la LPGE
- Art. 32.1 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre
- Art.136.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre
- Art.1.4 del RD 782/2001, de 6 de julio
- Art.12 de la LGSS
- Art. 6 Convenio num.173
- Ley 22/2013
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo
- Art.15.1 Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo
- Estatuto del trabajador Ley 36/2011, de 10 de Octubre, artículo 51.7
- LRJS art.277

- Artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la pluralidad de las partes en un juicio
- Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo
- LRJS art.2.º, 23.7, 70 y 80 ss.
- Artículo 191.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
- Artículo 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
- Artículo 514, del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo
- Artículo 243, del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo
- Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, Disposición Final 5ª.
- RD 505/1985, DE 6 DE Marzo, Artículo 9.
- Artículo 25 del ET sobre la documentación de la solicitud
- Artículo 26 y 27 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo
- Artículo 28, del Real Decreto 505/1985 y el Artículo 33.11 del ET
- Artículo 33.4 del ET y de la LRJS art.2.º, 23.7, 69.2 y 70
- Artículo 31 del RD 505/1985



JURISPRUDENCIA

- STS 189/2019 de 7 de Marzo de 2019
- STSJ de Cataluña de 18-10-1999, nº 7151/1999
- STS 68/2018, de 25 de Enero de 2018, FJ nº2
- STS, 19 de Junio de 2002 Tribunal Supremo
- STSJ de Murcia 209/2009, de 16 de marzo
- STSJ de Madrid, de 10 marzo 2014
- STSJ de Castilla y León, Burgos, de 30 mayo 2014
- STSJ de Madrid, de 9 de octubre de 2013