

LA RESPONSABILIDAD DEL FOGASA COMO MEDIDA DE APOYO DE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN DE LAS EMPRESAS DE MENOS DE VEINTICINCO TRABAJADORES¹

Remedios Roqueta Buj
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

¹ Este trabajo constituye el complemento de la obra de **ROQUETA BUJ, R., *La acción protectora del FOGASA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.**

ÍNDICE

I. Introducción.....	3
II. Indemnizaciones por reestructuración o concurso a cargo de empresas de menos de 25 trabajadores en el art. 33.8 del ET.....	5
1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del FOGASA y legislación aplicable.....	5
2. Requisitos para el reconocimiento de la prestación.....	6
2.1. Despidos por causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor	6
2.2. Empresa de menos de veinticinco trabajadores	14
2.2.1. Concepto de empresa	14
2.2.2. Trabajadores computables	15
2.2.3. Momento al que debía referirse el requisito	16
3. La cuantía de la prestación	19
4. La titularidad del derecho a la prestación	21
5. Indemnizaciones pactadas en los períodos de consultas de los expedientes de regulación de empleo y responsabilidad del FOGASA.....	23
6. Plazo de prescripción del derecho de garantía salarial	28
7. Concurrencia de supuestos: exoneración de responsabilidad del pequeño empresario en caso de fuerza mayor.....	31
III. Abono de parte de la indemnización por el FOGASA en los nuevos contratos de carácter indefinido tras la entrada en vigor de la Ley 35/2010.....	32
IV. Abono de parte de las indemnizaciones por extinciones de contratos indefinidos en empresas de menos de veinticinco trabajadores tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012.....	36
V. Abono de parte de las indemnizaciones por extinciones de contratos indefinidos en empresas de menos de veinticinco trabajadores tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012.....	39
VI. La derogación del apartado 8 del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores	44

I. Introducción

De conformidad con el art. 33.8 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), en las empresas de menos de 25 trabajadores, el FOGASA abonaba el 40% de la indemnización legal prevista para la extinción de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en virtud de alguno de los procedimientos previstos en los arts. 51 y 52.c) del ET y 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), ajustándose a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo. Este precepto fue modificado por diversas disposiciones normativas, a saber: la DT 3.ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, por la que se aprobaban medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; el art. 19 del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero; y el art. 19 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

La responsabilidad que el art. 33.8 del ET establecía con cargo al FOGASA era, en palabras del Tribunal Supremo, "*pura, directa y limitada*", ya que no estaba sujeta a condición o término, de modo que podía exigirse sin necesidad de acreditar situación alguna de insolvencia singular o concursal del empresario². La intervención del FOGASA en este supuesto más que una garantía de cobro para el trabajador, constituía una medida de apoyo o protección de las pequeñas empresas, que por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, precisaran de una reestructuración de la plantilla, pues su efectividad no se supeditaba a la declaración de insolvencia empresarial³. No obstante ello, el trabajador también podía resultar beneficiado, ya que, si el empresario era insolvente, podía obtener del FOGASA una parte de la indemnización sin necesidad de hacerse con un título procesalmente ejecutivo ni de tramitar la declaración judicial de insolvencia.

De esta manera, los objetivos que se perseguían eran, básicamente, dos⁴: - En primer lugar, proteger a las pequeñas empresas, reduciendo los costes que debían asumir por los despidos económicos que decidieran fundadamente y con observación de los requisitos legales; - En segundo lugar, ayudarles en el establecimiento de unas plantillas operativas, ajustadas a las necesidades del mercado y a los avances de la técnica productiva, que las hicieran competitivas y así asegurasen su futura viabilidad económica, y a la postre el mantenimiento del nivel del empleo. De ahí, que se objetivasen los datos

² SSTS de 27 de junio de 1992 (Rec. 1931/1991), 24 de noviembre de 1992 (Rec. 2410/1991) y 12 de diciembre de 1992 (Rec. 679/1992); ATS 19 de abril de 1993 (Rec. 2286/1992); y STCT de 29 de noviembre de 1988 (AR/7451).

³ SSTS de 27 de junio de 1992 (Rec. 1931/1991) y 24 de noviembre de 1992 (Rec. 2410/1991); ATS de 19 de abril de 1993 (Rec. 2286/1992); y SSTSJ de las Islas Canarias de 17 de septiembre de 2003 (Rec. 586/2001) y 29 de marzo de 2004 (Rec. 648/2003).

⁴ GARCÍA MÁIQUEZ, J.Mª., *Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial*, Madrid, 1992, pág. 124.

en que se enmarcaba el nacimiento de la comentada obligación del FOGASA, eludiendo cualquier análisis individualizado o particularizado de la situación real de la empresa o de las empresas que, en su caso, pudieran quedar afectadas por la aplicación del precepto⁵. Ahora bien, la responsabilidad del FOGASA no exigía la pervivencia económica de la empresa, de suerte que tras la extinción contractual la empresa podía cerrar⁶, lo que resultaba discutible. Ciertamente, si no se mantenía la actividad empresarial, la medida de apoyo no era otra cosa que una subvención a fondo perdido a la destrucción de empleo⁷. Es más, el abaratamiento de los costes del despido podía incentivar las reestructuraciones de las pequeñas unidades productivas y la pérdida de puestos de trabajo. Por ello, en lugar de premiar a las empresas que se desprendían de sus trabajadores, había que apoyar con ayudas económicas a las empresas que acometiesen procesos de reestructuración, reorganización y renovación tecnológica de la organización productiva, pero sin destruir puestos de trabajo. A mayor abundamiento, la presunción automática de la debilidad de las empresas por la mera aplicación del criterio cuantitativo del número de trabajadores no resultaba adecuada a la realidad del tejido empresarial español⁸.

Y así, tras las diversas reformulaciones del apartado 8 del art. 33 del ET, la DF 5.^a de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PGE para 2014, lo suprimió «*con efectos de 1 de enero de 2014 y vigencia indefinida*». De este modo, como la legislación aplicable en los supuestos de responsabilidad directa del FOGASA viene determinada por el momento en que se produce la extinción del contrato de trabajo⁹, si la misma se consuma a partir del 1 de enero de 2014, el FOGASA ya no asume el 40% de la indemnización legal¹⁰. No

⁵ STS de 27 de junio de 1992 (Rec. 1931/1991), y STSJ del País Vasco de 24 de junio de 1991 (AS/3596).

⁶ STSJ de Andalucía de 24 de noviembre de 2000 (Rec. 1143/2000).

⁷ RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: Configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*, Granada, 2000, pág. 136.

⁸ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Vicisitudes y Extinción de la Relación de Trabajo en las Pequeñas Empresas*, Madrid, 2007, págs. 397-398.

⁹ STSJ de Andalucía de 18 de julio de 2012 (Rec. 1110/2012). Había de estarse a la fecha de la extinción del contrato de trabajo –no a la fecha de la comunicación del despido- [SSSTSJ de Cataluña de 25 de julio de 2014 (Rec. 3096/2014) y de Andalucía de 12 de noviembre de 2014 (Rec. 1795/2014) y 4 de diciembre de 2014 (Rec. 1933/2014)]. En cambio, la STSJ de Castilla y León de 10 de noviembre de 2014 (Rec. 571/2014) consideraba que, a la hora de determinar la normativa aplicable, había de estarse a la fecha de entrega de la comunicación escrita del despido.

¹⁰ Sin embargo, la STSJ de Madrid de 15 de febrero de 2016 (Rec. 414/2015) afirma lo siguiente: “*El Acuerdo alcanzado el 2 de diciembre de 2013 y el escrito que se presentó el 3 de diciembre de 2013 solicitando la extinción colectiva de las relaciones laborales, eran anteriores a la modificación operada del apartado 8 del artículo 33 del ET, por lo que debe aplicarse la legislación existente en el momento en que se alcanzó el Acuerdo y se presentó el escrito en el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid, de acuerdo con las disposiciones transitorias citadas del Código Civil. Además, como señala la sentencia recurrida, en el procedimiento que dio lugar al Auto de 22 de enero de 2014, que extingue los contratos de trabajo, el Fogasa fue parte, estando informado tanto de lo solicitado como de lo acordado en el Auto, que consta debidamente notificado, y de no estar conforme con el mismo, debió recurrirlo, por lo que el citado organismo*

obstante, como quiera que este asunto sigue coleando en sede judicial, se ha considerado conveniente exponer la evolución del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del FOGASA como medida de apoyo de los procesos de reestructuración de las empresas de menos de 25 trabajadores, completando así la obra que acabo de publicar en la editorial Tirant lo Blanch, bajo el título “LA ACCIÓN PROTECTORA DEL FOGASA”.

II. Indemnizaciones por reestructuración o concurso a cargo de empresas de menos de 25 trabajadores en el art. 33.8 del ET

Según el artículo 33.8 del ET, en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el FOGASA abonaba el 40% de la indemnización legal que correspondía a los trabajadores cuya relación laboral se hubiera extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del art. 52, o conforme al art. 64 de LC, y el cálculo del importe de este abono se realizaba sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo.

1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del FOGASA y legislación aplicable

La responsabilidad que el art. 33.8 del ET establecía con cargo al FOGASA era, en palabras del Tribunal Supremo, *"pura, directa y limitada"*, ya que¹¹: a) no estaba sujeta a condición o término, de modo que podía exigirse *"sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario"* (art. 2.2 Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, y en el mismo sentido el art. 33, apartado octavo, en relación con los apartados primero y segundo, "a contrario sensu"); b) los términos imperativos del precepto, al igual que los del precitado Real Decreto, explícita y exclusivamente referidos al Fondo, ponían de manifiesto que éste tenía el carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores; c) la significación económica de dicha obligación se traducía en un mínimo, un porcentaje (el cuarenta por ciento) de la indemnización legal, no de la pactada.

El art. 33.8 del ET disponía la responsabilidad del 40% de la indemnización respecto de los trabajadores cuya relación laboral se había extinguido y esta redacción llevaba a concluir que si la responsabilidad «nacía» con la extinción del contrato, la fecha del hecho causante -aquella que determinaba la norma aplicable y en la que habían de reunirse los requisitos legales- no podía ser otra sino la de la referida extinción, nunca aquella otra en la que se comunicaba el futuro cese y antes del cual incluso cabría retractación empresarial¹². Y no hay que olvidar que la interpretación de las normas debe

debe abonar los 8 días de indemnización (último párrafo del segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida) por año de servicio siempre con el límite legal”.

¹¹ SSTs de 27 de junio de 1992 (Rec. 1931/1991), 24 de noviembre de 1992 (Rec. 2410/1991) y 12 de diciembre de 1992 (Rec. 679/1992); ATS 19 de abril de 1993 (Rec. 2286/1992); y STCT de 29 de noviembre de 1988 (AR/7451).

¹² STS de 2 de abril de 2012 (Rec. 2951/2011). En cambio, la STSJ de Castilla y

realizarse conforme a los criterios hermenéuticos establecidos en el art. 3 del CC, y entre estas reglas interpretativas adquiere singular relevancia el elemento de la literalidad, que ordenaba, al intérprete, a estar «*al sentido propio de sus palabras*».

2. Requisitos para el reconocimiento de la prestación

Para que surgiera la responsabilidad directa de la institución de garantía salarial tenían que concurrir los siguientes requisitos (art. 33.8 ET): 1º) La extinción de la relación laboral "*como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*"; y 2º) Que la empresa tuviera "*menos de veinticinco trabajadores*".

2.1. Despidos por causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor

La extinción de la relación laboral tenía que producirse "*como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*". Al no distinguirse en la Ley, la extinción podía tener su origen tanto en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como en supuestos de fuerza mayor, tal y como se reafirmaba en el art. 19.3 del RD 505/1985, que hacía referencia a todos estos supuestos extintivos¹³. La Ley aludía a las extinciones producidas "*conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003*", con lo que venía a confirmar que la responsabilidad del FOGASA también se extendía a las indemnizaciones derivadas de las extinciones de carácter colectivo previstas en el apartado décimo del referido precepto¹⁴. En los casos de extinción de la personalidad jurídica de la empresa contratante, en cambio, no nacía la responsabilidad que al FOGASA le imponía el art. 33.8 del ET, de abonar el 40% de la indemnización legal, si no concurrían las causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o de fuerza mayor, aunque se hubieran seguido los trámites del art. 51 del ET, tal y como exigía el art. 49.1.g) del ET¹⁵.

León de 10 de noviembre de 2014 (Rec. 571/2014) consideraba que a la hora de determinar la normativa aplicable había de estarse a la fecha de entrega de la comunicación escrita del despido.

¹³ ALBIOL MONTESINOS, I., "El Fondo de Garantía Salarial", en AA.VV., *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993, pág. 687; y la STCT de 17 de noviembre de 1987 (AR/25277). GARCÍA MÁIQUEZ, J.M^a., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 125, y GARCÍA MURCIA, J., "El régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial", *R.L.*, nº 9, 1985, pág. 17, sostenían que la terminación del contrato de trabajo derivada de la extinción de la personalidad jurídica del empresario social también determinaba la responsabilidad directa del FOGASA.

¹⁴ ROQUETA BUJ, R., "El Fondo de Garantía Salarial en las situaciones concursales", *A.L.*, nº 20, 2004, págs. 2414 y ss. Cfr. GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I., "El Fondo de Garantía Salarial antes las situaciones de insolvencia empresarial", en AA.VV., *Comentario Sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, Granada, 2006, pág. 377.

¹⁵ STSJ de La Rioja de 18 de mayo de 2007 (Rec. 97/2007). En sentido contrario,

En otro orden de consideraciones, como indicaba el propio art. 33.8 del ET, este era aplicable tanto si la extinción de los contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se producía conforme a los procedimientos de los arts. 51 del ET y 64 de la LC como por la vía del art. 52.c) del ET. En el primer caso era suficiente la resolución administrativa o el auto del juez del concurso autorizando la extinción de los contratos, y en el segundo la comunicación empresarial escrita de su decisión extintiva, no siendo necesaria una declaración judicial de la procedencia del despido objetivo para poder acceder a la prestación de garantía salarial¹⁶.

Ahora bien, para que el art. 33.8 del ET pudiera entrar en acción, es decir para que naciera la obligación del Fondo de abonar el 40% de la indemnización, era necesario que concurrieran de un lado las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (a), y de otro la decisión empresarial de extinguir los contratos de trabajo con arreglo al procedimiento legalmente prescrito (b).

a) En caso de despido objetivo, si las partes acordaban tener por extinguida la prestación servicial, entregando el empresario, que reconocía la improcedencia del despido, la suma que ambos pactaban¹⁷, se interponía demanda de despido y se reconocía la improcedencia del despido en el acta de conciliación extrajudicial o judicial¹⁸ o se

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Vicisitudes y Extinción...*, cit., pág. 391.

¹⁶ GARCÍA MÁIQUEZ, J.M^a., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 134; RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial...*, cit., págs. 296-297; y MOLINA NAVARRETE, C., “El principio de favor a la “empresa menor” y el nuevo “Derecho Flexible” del Trabajo. A propósito de la responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial en los despidos objetivos por causas económicas”, *D.L.*, nº 52, 1997.

¹⁷ SSTSJ de Andalucía de 15 de octubre de 2008 (Rec. 1197/2008), de Cataluña de 29 de mayo de 2012 (Rec. 2951/2011) y de Madrid de 22 de junio de 2012 (Rec. 5005/2011).

¹⁸ SSTSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2000 (Rec. 778/2000), de Galicia de 11 de marzo de 2009 (Rec. 31/2006), de Cataluña de 5 de marzo de 2010 (Rec. 7823/2008) y de Andalucía de 14 de diciembre de 2011 (Rec. 2238/2011). En este mismo sentido, la STSJ de Andalucía de 15 de octubre de 2008 (Rec. 1197/2008) subrayaba lo siguiente: “*Es decir, estamos ante un finiquito, no plasmado en documento alguno, en el que las partes acuerdan tener por "extinguida la prestación servicial" y entregando el empresario, que reconoce la improcedencia del despido, la suma que ambos conciertan sin que, en éste proceso, sea objeto de discusión la misma. Ahora lo que se trata es que la actora, entendiendo que la causa de su cese obedecía a causas objetivas, ha de entenderse despido con tal fundamento y reclama del Fondo de Garantía Salarial lo que, conforme a la norma antes transcrita, le corresponde. Pero es evidente {...} que no se ha producido despido por causas objetivas y lo que existió fue un negocio transaccional entre empleador/trabajadora con la finalidad de extinguir el contrato de trabajo que les unía y fijar la contraprestación económica. Es cierto que nuestro ET, en el precepto que se dice infringido, califica como despido por causas objetivas cuando el cese se produce por existir la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta ley y en número inferior al establecido en el mismo. Sigue diciendo dicho art. 52.c) que "A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas con el fin de contribuir a la*

dictaba sentencia declarando dicho despido improcedente¹⁹, no cabía, por supuesto, el reconocimiento del 40% de la indemnización, sin perjuicio del reconocimiento de prestaciones de garantía salarial, con sus límites, en caso de insolvencia empresarial (30 días de salario por año de servicio). Partiendo de que era al Magistrado de instancia a quien, fundamentalmente, competía la apreciación del fraude de ley, si estimaba la conducta fraudulenta en la instancia, debía mantenerse tal calificación cuando se constataba, junto a la no acreditación de la realidad de la “causa” de las amortizaciones con las que se pretendía dotar de formal cobertura al despido producido, un “acuerdo” indemnizatorio que -suscrito al margen y sin la intervención del Organismo público- pretendía evitar la revisión judicial de la medida así adoptada²⁰. Por contra, si concurría la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por causas objetivas, el FOGASA no podía alegar, sin la menor base fáctica, la existencia de fraude de ley y pretender que la medida adecuada hubiera sido la suspensión de contratos prevista en el art. 47 del ET cuando ningún precepto legal imponía al empresario la obligación de adoptar dicha medida en lugar de la extinción contractual²¹.

b) En el despido colectivo era obligado que se llevase a cabo la tramitación del «procedimiento de regulación de empleo» o del expediente de extinción colectiva previstos en los arts. 51 del ET y 64 de la LC, respectivamente, y que se dictase por la autoridad competente la pertinente resolución administrativa o judicial autorizando o acordando las extinciones de los contratos; y en lo que atañía al despido objetivo del art. 52.c) del ET, se habían de cumplir las exigencias formales del art. 53 de esta Ley. Y, en este sentido, cabe recordar que no respetaba los requerimientos legales una comunicación extintiva que omitía la exigible constancia escrita de la imposibilidad de la puesta a disposición de la indemnización como condición legal necesaria para que pudiera eludirse su cumplimiento²². Por el contrario, si se cumplía dicho requisito, el despido objetivo no dejaba de reunir los requisitos legales por el hecho de que la empresa sólo hubiera puesto a disposición del trabajador el 60% de la indemnización legal. En efecto, como luego se verá la empresa podía optar por abonar el 100% de la indemnización o sólo el 60% y no por ello se infringía normativa alguna que impidiera el acceso a las prestaciones previstas en el art. 33.8 del ET, variando únicamente el titular del derecho a reclamar contra el FOGASA el porcentaje de la indemnización a cuyo abono la ley le obligaba directamente²³. Además, para que el despido objetivo pudiera ser calificado legalmente

superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos" pero, ni aun en el caso de que fuesen esas causas "técnicas" las motivadoras del cese, en puridad de hipótesis, su mera alegación en la demanda no basta para tenerlas pro ciertas y han de cumplirse unos trámites y unas exigencias que, de no ser así, impiden dicha calificación. Partiendo de lo dicho, calificado el despido como improcedente y habiendo transado las partes sobre sus consecuencias, no es dable exigir del FGS una responsabilidad que le es ajena al no darse los presupuestos normativos de los que nace su obligación de pago”.

¹⁹ SSTSJ de Navarra de 29 de diciembre de 2003 (Rec. 426/2003) y 22 de abril de 2009 (Rec. 21/2009).

²⁰ STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2005 (Rec. 8461/2004).

²¹ STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2003 (Rec. 3442/2002).

²² STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2003 (Rec. 4389/2002).

²³ Por todas, la STSJ de Asturias de 5 de octubre de 2007 (Rec. 4118/2006).

como tal y produjera cualquiera de los efectos propios del mismo, era preciso que concurrieran las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y se respetasen con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales previstos en los arts. 52.c) y 51.1 del ET. Así lo señalaba el Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Rec. 1824/1999), a propósito de los supuestos en los que el empresario acordaba el despido objetivo eludiendo el procedimiento de regulación de empleo previsto en los números 2 y siguientes del art. 51 del ET²⁴.

Es más, a juicio del referido Tribunal, el hecho de que la decisión extintiva del empresario no hubiera sido impugnada por los trabajadores afectados, no suponía que el FOGASA quedase ya inexorablemente obligado a cumplir el mandato impuesto por el art. 33.8 del ET. Antes al contrario, si este Organismo llegaba a la convicción de que tal cese no reunía los caracteres y connotaciones que definían al despido objetivo ni al despido colectivo, conforme a los arts. 51 y 52.c) del ET, el propio mandato del art. 33.8 le obligaba a denegar el pago del 40% de la indemnización y si los trabajadores despedidos formulaban demanda contra dicho Fondo, exigiéndole el cumplimiento de esa responsabilidad, para que pudiera prosperar la postura denegatoria, era preciso que este organismo acreditase debidamente en ese proceso judicial que en el cese que dio lugar al planteamiento de esa demanda, no concurrían los requisitos y elementos propios del despido objetivo ni del despido colectivo²⁵. La utilización inadecuada de una u otra vía de extinción del contrato de trabajo impedía que naciera la responsabilidad directa del FOGASA prevista en el art. 33.8 del ET, correspondiendo a la empresa el pago del 40% de la indemnización legal²⁶.

²⁴ En el mismo sentido, las SSTS de 24 de abril de 2002 (Rec. 2643/2001), 24 de septiembre de 2002 (Rec. 588/2002) y 16 de noviembre de 2004 (Rec. 127/2004); y las SSTSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2009 (Rec. 8630/2008) y 17 de noviembre de 2009 (Rec. 4616/2008), de Madrid de 18 de enero de 2010 (Rec. 5078/2009), de Aragón de 8 de febrero de 2010 (Rec. 4/2010), de Madrid de 9 de febrero de 2010 (Rec. 4775/2010) y 23 de febrero de 2010 (Rec. 5612/2009), del País Vasco de 27 de abril de 2010 (Rec. 535/2010) y 13 de noviembre de 2012 (Rec. 2482/2012), de Galicia de 27 de febrero de 2014 (Rec. 5744/2011), de Cataluña de 16 de abril de 2014 (Rec. 539/2014), de Andalucía de 8 de octubre de 2015 (Rec. 1149/2015), de Andalucía de 15 de octubre de 2015 (Rec. 1082/2015), de Cataluña de 16 de noviembre de 2015 (Rec. 4548/2015) y de Madrid de 25 de noviembre de 2015 (Rec. 752/2015).

²⁵ En el mismo sentido, las SSTSJ de Castilla y León de 10 de noviembre de 2010 (Rec. 1603/2010), de Madrid de 10 de diciembre de 2010 (Rec. 1853/2010), de la Comunidad Valenciana de 18 de abril de 2011 (Rec. 2700/2010), de Cataluña de 12 de mayo de 2011 (Rec. 1746/2010), de Castilla y León de 14 de septiembre de 2011 (Rec. 955/2011) y de Cataluña de 19 de diciembre de 2011 (Rec. 6225/2010). En cambio, la STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2014 (Rec. 5744/2011) consideraba que no estábamos ante un fraude de ley propiamente dicho, sino ante el simple incumplimiento, a efectos de la prestación directa del FOGASA en el pago de las indemnizaciones, del requisito de que se había producido en realidad el supuesto de hecho determinante de la procedencia de un despido de los previstos legalmente. La carga de la prueba de la existencia de ese requisito la tenía quien solicitaba el reembolso del 40% de la indemnización, a tenor de lo dispuesto en el art. 217.2 y 7 de la LEC, pues se trataba de un hecho constitutivo de su pretensión.

²⁶ SSTSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2011 (Rec. 3797/2010), de Andalucía de 3 de mayo de 2012 (Rec. 2546/2010), de Cataluña de 7 de mayo de 2012 (Rec.

No obstante, la STS de 28 de octubre de 2013 (Rec. 2689/2012) consideró que no procedía el reintegro por el trabajador del 40% de la indemnización abonada en un despido inicialmente aceptado como objetivo y que resultó ser colectivo. En este sentido, se argumentaba que *“la aceptación inicial de su responsabilidad directa por parte del Fogasa determinó que el trabajador ni tan siquiera hubiera pretendido que la empresa -ya insolvente- hiciera frente al 100% de la indemnización debida por el expreso despido objetivo, ni planteándose siquiera -por ello- la de mayor cuantía correspondiente a un despido colectivo nulo, que era la que realmente procedía”* y *“esta circunstancia supondría, de aceptarse la tesis de la sentencia recurrida, la desproporcionada consecuencia de que el trabajador habría perdido la posibilidad de obtener no solamente la cantidad realmente debida [por despido colectivo nulo], sino también la menor ya reclamada [por despido objetivo procedente], y no tan sólo frente a la insolvente empresa, puesto que en su día había limitado la reclamación, con carácter firme, al 60% de indemnización que corresponde en supuestos de despido objetivo en empresas de menos de 40 trabajadores [hipótesis en principio aceptada y ahora rechazada por el Fogasa], sino también al 40% que le correspondería de forma sustitutoria -por insolvencia- frente a la institución de garantía salarial [como se ha dicho, la reclamación por insolvencia se ha limitado al 60%], que de esta forma se vendría a beneficiar -injustamente- de un error de calificación sucesivo, por parte de la empresa, del trabajador y del propio Organismo público”*. Asimismo, el FOGASA no podía negar la condición de trabajadores por cuenta ajena a determinadas personas que prestaban servicios en la empresa cuando le reclamaban las prestaciones de garantía salarial previstas en el art. 33.2 del ET y en cambio afirmar la condición de trabajadores de esas mismas personas a fin de evitarse el abono del 40% de la indemnización por despido económico, desconociendo una reiterada doctrina según la cual *“unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”*²⁷.

Por lo demás, debían señalarse las siguientes puntualizaciones:

- Primera, no procedía el abono del 40% de la indemnización legal, si cuando se producía la resolución administrativa el contrato de trabajo estaba extinguido en virtud de la declaración del trabajador en situación de invalidez permanente total²⁸. Ahora bien, la relación laboral no se extinguía hasta que la resolución administrativa del INSS o, en su caso, la sentencia que declaraba la incapacidad permanente no era firme y, en consecuencia, si la empresa, estando en vigor el contrato, lo extinguía conforme a los arts. 52.c) o 51 del ET o 64 de la LC, procedía el abono por el FOGASA del 40% de la indemnización por extinción del contrato por amortización del puesto de trabajo²⁹.

- Segunda, el carácter directo de la responsabilidad del FOGASA hacía que el nacimiento de la misma se derivase exclusivamente de la concurrencia del presupuesto

4309/2011) y 5 de junio de 2012 (Rec. 3255/2011) y de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2014 (Rec. 69/2014). Cfr. la STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2012 (Rec. 1150/2012).

²⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de noviembre de 2001 (Rec. 1836/1999).

²⁸ STSJ de las Islas Baleares de 9 de marzo de 1994 (AS/1196).

²⁹ STSJ de Asturias de 1 de diciembre de 2000 (Rec. 2176/1999).

legalmente establecido, de suerte que, tratándose de un despido colectivo, lo verdaderamente imprescindible era que se hubiera seguido el procedimiento necesario para la extinción de los contratos y que ésta hubiera sido autorizada por la administración laboral³⁰. Pretender que la obligación del Fondo no surgía hasta que la resolución administrativa no era firme, porque contra ella no cabía ya ninguna vía de impugnación administrativa o judicial, excedía del espíritu y la finalidad de la norma. Era la efectiva extinción de los contratos lo que hacía nacer el derecho de los trabajadores a percibir la indemnización por despido y esta extinción se producía como consecuencia de la ejecutividad de la decisión administrativa inicial, con independencia de que la misma hubiera sido combatida en la correspondiente vía administrativa y en la ulterior acción contencioso-administrativa.

- Tercera, el art. 33.8 del ET introducía esa responsabilidad directa del FOGASA, de abono al margen de la situación de insolvencia empresarial, del 40% de la indemnización legal del despido “objetivo” en empresas de menos de 25 trabajadores, sólo para el supuesto de que tuviera una causa de índole económica, técnica, organizativa o de producción. Pero no la contemplaba para los demás casos de despido “objetivo” del art. 52 del ET (ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa³¹ o falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo³²). El origen de esta específica y particular clase de responsabilidad, residenciado en una concreta decisión del legislador español, al margen por tanto de la derivada de situaciones de insolvencia patronal, que sí estaba conectada con la Directiva 2008/94/CE, hacía inviable una interpretación extensiva de la misma. La clara literalidad del precepto, conforme a los cánones interpretativos que establece el Código Civil, en su art. 3.1, implicaba que no fuera admisible la extensión de responsabilidad, sin perjuicio del mantenimiento, en su caso, de la que pudiera corresponder a la empleadora³³. La extinción del contrato de trabajo producida por la voluntad del trabajador que rechazaba un traslado (art. 40.1 ET)³⁴ o una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.3 ET)³⁵, no desencadenaba la responsabilidad directa del FOGASA, a pesar de que la indemnización se determinase como si se tratase de una extinción de la relación laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En fin, el FOGASA tampoco se hacía cargo del 40% de

³⁰ STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2006 (Rec. 2633/2005). En sentido contrario, la STSJ de Cataluña de 22 de abril de 1999 (Rec. 7718/1998); y POYATOS VILLENNA, J., “El Fondo de Garantía Salarial ante la crisis empresarial”, en AA.VV., *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 263.

³¹ SSTSJ de Galicia de 2 de marzo de 2007 (Rec. 3608/2006 y 3482/2006).

³² SSTSJ de Castilla-La Mancha de 27 de noviembre de 1998 (Rec. 119/1998), de Andalucía de 8 de abril de 1999 (Rec. 1342/1997), de Castilla-La Mancha de 28 de octubre de 1999 (Rec. 1356/1998), de la Comunidad Valenciana de 7 de junio de 2002 (Rec. 2942/2000) y del País Vasco de 10 de septiembre de 2002 (Rec. 1555/2002).

³³ STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de noviembre de 1998 (Rec. 119/1998).

³⁴ STCT de 17 de noviembre de 1987 (AR/ 25277) y STSJ de 1 de abril de 2009 (Rec. 177/2009).

³⁵ SSTSJ de Cantabria de 17 de julio de 1997 (Rec. 753/1996), de Galicia de 20 de diciembre de 1999 (Rec. 3568/1996), de las Islas Canarias de 14 de enero de 2002 (Rec. 557/2001), de Cantabria de 26 de abril de 2002 (Rec. 519/2001) y de Madrid de 25 de octubre de 2005 (Rec. 3950/2005).

una indemnización por reducción de jornada acordada en un expediente regulación de empleo³⁶.

- Cuarta, si había existido una sucesión de empresas, sin real extinción del vínculo laboral, habiendo cambiado sólo la titularidad de la empresa, no se generaban los derechos indemnizatorios previstos en el art. 33.8 del ET. La sucesión empresarial excluía la apariencia de la extinción de los contratos que se reflejaba en el despido, que, en consecuencia y respecto de los trabajadores que seguían trabajando en la misma empresa, bajo otra titularidad, no podía surtir los efectos que le eran propios, al no haber existido una real extinción de los contratos³⁷. Ahora bien, la garantía de estabilidad en el empleo que establecía el art. 44.1 del ET no podía operar si, previamente al cambio de titularidad, había existido una válida extinción del contrato en base a una causa prevista en la ley³⁸. De este modo, si las relaciones laborales se habían extinguido válidamente por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas, no podían recuperar sus efectos tras la sucesión empresarial y los trabajadores que no seguían trabajando en la nueva empresa tenían derecho a la indemnización legal correspondiente y esta estaba cubierta por el FOGASA en los términos previstos por el art. 33.8 del ET³⁹. Pero, en ningún caso se podía utilizar la institución de garantía salarial para sufragar indemnizaciones que realmente no se correspondían con una crisis económica o una reestructuración de la plantilla por razones técnicas, organizativas o de producción, de forma que si el FOGASA lograba acreditar que la extinción de los contratos y la creación de la nueva empresa tuvieron lugar con el fin de incumplir las obligaciones sociales y tributarias, podía denegar también el pago de las prestaciones de garantía salarial correspondientes a los trabajadores que no continuasen trabajando en la nueva empresa⁴⁰.

- Quinta, si se estaba ante un despido objetivo y una posterior contratación del trabajador por la misma empresa, pero con reducción de jornada, era probable que ambos persiguieran una finalidad ilícita, cuál era la obtención sin causa de la prestación indemnizatoria, que de haberse solicitado por reducción de la jornada laboral no se habría obtenido, elaborándose para ello una apariencia de regularidad negocial que encubría el objeto legal, cual era de acceder a la prestación al margen de los presupuestos contemplados en el art. 33.8 del ET⁴¹. Tampoco se generaban las prestaciones indemnizatorias dispuestas en el reseñado precepto cuando no se producía la extinción

³⁶ STSJ de Cantabria de 17 de julio de 1997 (Rec. 753/1996).

³⁷ SSTSJ de Navarra de 13 de octubre de 1992 (AS/4741) y de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2002 (Rec. 259/2000). En sentido contrario, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de diciembre de 1996 (Rec. 2626/1994).

³⁸ Cfr. SSTS de 24 de julio de 1995 (Rec. 3353/1994) y 20 de enero de 1997 (Rec. 687/1996); y SSTSJ de Cataluña de 11 de febrero de 1992 (AS/806), de Madrid de 16 de mayo de 1997 (Rec. 58/1996), de las Islas Canarias de 26 de mayo de 1998 (Rec. 576/1998), del País Vasco de 23 de noviembre de 1999 (Rec. 1988/1999), de las Islas Canarias de 17 de diciembre de 1999 (Rec. 813/1999), de Andalucía de 14 de enero de 2000 (Rec. 2857/1999), del País Vasco de 13 de junio de 2000 (Rec. 521/2000), de Murcia de 23 de julio de 2001 (Rec. 697/2001), y de Andalucía de 23 de marzo de 2004 (Rec. 3117/2003).

³⁹ SSTSJ de Navarra de 13 de noviembre de 1996 (AS/3779) y de la Comunidad Valenciana de 12 de diciembre de 1996 (Rec. 2626/1994).

⁴⁰ STSJ de Navarra de 13 de octubre de 1992 (AS/4741).

⁴¹ STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 1998 (Rec. 993/1998).

efectiva de las relaciones laborales, al haberse procedido posteriormente, en un período relativamente breve, a la contratación de los mismos trabajadores y para los mismos puestos, sin que se hubiera acreditado ningún cambio de situación, ni ningún compromiso de esta clase⁴². Por lo demás, la carga de la prueba de la existencia de ese requisito la tenía quien solicitaba el reembolso del 40% de la indemnización, pues se trataba de un hecho constitutivo de su pretensión. Normalmente bastaba con la conciliación, pero, acreditadas por el Fondo las circunstancias que cuestionaban la concurrencia del requisito, correspondía a la empresa, conforme a los números 2 y 7 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), la prueba de los hechos que determinaban su existencia, así como, en su caso, el cambio de las circunstancias que habían podido justificar las nuevas contrataciones y el alcance de éstas⁴³.

⁴² STS de 10 de diciembre de 2013 (Rec. 3002/2012); SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de septiembre de 1996 (Rec. 2002/1994), 9 de enero de 2001 (Rec. 538/1998) y 26 de febrero de 2002 (Rec. 4118/1999), de Cantabria de 29 de mayo de 2006 (Rec. 355/2006), y de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2015 (Rec. 860/2014) y 18 de febrero de 2016 (Rec. 676/2015). Cfr. las SSTSJ de Andalucía de 5 de junio de 2014 (Rec. 459/2014) y 22 de enero de 2015 (Rec. 2277/2014).

⁴³ STS de 10 de diciembre de 2013 (Rec. 3002/2012). No obstante, la STS de 18 de febrero de 2005 (Rec. 1196/2004) matizaba la anterior aseveración en relación con un trabajador que cesó en una empresa, en un centro educativo concertado, para prestar servicios en otra empresa, en otro centro educativo concertado. En este sentido, señalaba lo siguiente: *“En la realidad, la recolocación no supone la continuación de la relación contractual anterior asumida en el Colegio de los Sagrados Corazones que se extinguió en virtud del despido objetivo tipificado en el artículo 52.c) ET, -y en el caso concreto, por falta de financiación económica de la administración al puesto de trabajo que ocupaba la demandante en el Colegio de los Sagrados Corazones -sino el nacimiento de un nuevo contrato, con diferente empleador- Colegio, también concertado, de los Salesianos-, en el que por virtud del repetido Acuerdo litigioso se ha respetado la antigüedad que tenía el trabajador en el inicial contrato ya extinguido. Ahora bien, la finalidad de la indemnización por el despido objetivo previsto en los artículos 53.1.b) y 51.8 ET -según el despido sea colectivo o se haya producido, en la dicción legal, la extinción del contrato por la causa objetiva recogida en el artículo 52.c) ET- es la compensación al trabajador por el daño derivado de trabajo y la pérdida del puesto de trabajo para cuyo desempeño había sido contratado por la empresa que la despidió. Y no cabe la menor duda de que este perjuicio se ha producido: En primer lugar, porque el nuevo contrato ha sido celebrado bajo la modalidad de contrato a tiempo parcial por una jornada equivalente al 72% de la jornada habitual, por lo que, al menos, existiría una pérdida parcial. En segundo lugar, y principalmente, el perjuicio sobrevenido al profesor recolocado, es decir, contratado, dentro de lo pactado en el Acuerdo, por la extinción del contrato, es total y ello es así, porque el mencionado Acuerdo litigioso de 14 de junio de 2002, en su párrafo final, señala que «a los profesores recolocados en virtud de lo dispuesto en el presente Acuerdo en el curso 2002/2003 se les reconocerá, a efectos retributivos, la antigüedad en el centro de origen, y a efectos de posibles indemnizaciones posteriores la fecha de inicio de la relación laboral en el centro receptor». Parece, pues, claro, a la vista de la literalidad de la cláusula, que la antigüedad del actor en la empresa en la que extinguió su contrato antes de la recolocación, debe ser compensada con motivo de la extinción del contrato por la causa objetiva de falta de financiación pública, dado que en el posterior contrato de «recolocación» se tendrán únicamente en cuenta para «posibles indemnizaciones*

- Sexta, si a los pocos días del despido la empresa contrataba a un nuevo trabajador para ocupar el puesto del trabajador despedido y éste se aquietaba ante el despido, probablemente se estaba en presencia de un fraude de ley, que de ser apreciado por el Juzgador, conllevaba evitar que se obtuviera el fin prohibido por el ordenamiento jurídico, esto es, que un organismo público, con fondos públicos, pagase lo que no le correspondía por no haberse producido la amortización del puesto de trabajo⁴⁴.

2.2. Empresa de menos de veinticinco trabajadores

La empresa debía tener "*menos de veinticinco trabajadores*" (art. 33.8 ET), lo que se justificaba por el hecho de que la empresa de pequeña dimensión es la que más expuesta está a las crisis económicas y, sin embargo, es la que mayor capacidad tiene de generar empleo en dichas situaciones⁴⁵. Si el número de trabajadores de la empresa superaba el límite previsto en el art. 33.8 del ET, el FOGASA no podía ser condenado al abono del 40% de la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo verificada conforme a los arts. 51 y 52.c) del ET y 64 de la LC⁴⁶. Es más, como el legislador se refería a empresas de "*menos de veinticinco trabajadores*", no podía ser aplicado en aquellas empresas que tenían exactamente ese número de trabajadores⁴⁷. La concurrencia de este requisito debía acreditarse por el solicitante a través de los oportunos medios de prueba (Libros de Matrícula, boletines de cotización a la Seguridad Social, nóminas y recibos salariales)⁴⁸.

2.2.1. Concepto de empresa

El requisito de tener menos de 25 trabajadores venía referido a la empresa y no a los centros de trabajo, por lo que para decidir si se aplicaba o no el art. 33.8 del ET era

posteriores» la fecha de inicio de la relación en centro receptor (es decir, en el centro de enseñanza de recolocación)". Véase también la STSJ de Cantabria de 10 de febrero de 2004 (Rec. 981/2003).

⁴⁴ SSTSJ de Murcia de 19 de mayo de 2003 (Rec. 583/2003), de Galicia de 19 de julio de 2003 (Rec. 290/2001), de la Comunidad Valenciana de 23 de junio de 2004 (Rec. 498/2004), de Murcia de 22 de octubre de 2007 (Rec. 1038/2007) y de Asturias de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 1634/2014). Cfr. las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2012 (Rec. 1150/2012) y de Andalucía de 30 de abril de 2015 (Rec. 309/2015).

⁴⁵ GARCÍA MURCIA, J., "La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial", en AA.VV., *Comentarios a la nueva Legislación Laboral (Coord. RODRIGUEZ-PIÑERO)*, Madrid, 1985, pág. 149.

⁴⁶ STS de 5 de julio de 1990 (RJ/6060); y SSTSJ de las Islas Baleares de 16 de abril de 2003 (Rec. 610/2002) y de Galicia de 15 de abril de 2004 (Rec. 931/2004).

⁴⁷ Así lo señalaba el TCT, en sus sentencias de 4 de noviembre de 1980 (AR/5579) y 23 de julio de 1982 (AR/4535), en relación con el antiguo art. 56.4 del ET/1980.

⁴⁸ SSTCT de 23 de julio de 1982 (AR/4535), 12 de enero de 1983 (AR/172), 6 de diciembre de 1984 (AR/9388) y 14 de junio de 1985 (AR/3978); y SSTSJ de Andalucía de 3 de mayo de 2012 (Rec. 2546/2010) y de Cataluña de 16 de julio de 2014 (Rec. 3238/2014). Cfr. la STSJ de Andalucía de 8 de marzo de 2012 (Rec. 1753/2011).

preciso sumar el número de trabajadores de los distintos centros de trabajo de la empresa⁴⁹. Distinto era que nos encontráramos ante empresas con organizaciones y actividades diferentes, pese a que su respectivo titular fuera el mismo, ya que el art. 33.8 del ET utilizaba el término “empresa” en sentido objetivo⁵⁰. Por lo demás, si la empresa pertenecía a un "grupo de empresas" y, de conformidad con las reglas del principio de unidad de empresa, cabía atribuir a efectos laborales la condición de empresario al "grupo" en su conjunto, al darse las circunstancias que permitían al juez levantar el velo de la personalidad jurídica, había que considerar que todos los trabajadores del mismo pertenecían a una sola empresa y, por lo tanto, debían ser contabilizados todos ellos⁵¹.

2.2.2. Trabajadores computables

Los trabajadores que debían computarse, dada la ausencia de norma que excluyera ninguna categoría, eran todos ellos⁵², incluidos los temporales, los contratados a tiempo parcial, los que se hallaban en régimen de trabajo para su formación, los que tenían su contrato en suspenso y los fijos discontinuos⁵³. En efecto, como subrayaba la STSJ de la

⁴⁹ Así, GARCÍA MÁIQUEZ, J.M^a., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 126; las SSTCT de 25 de mayo de 1982 (AR/3083) y 31 de mayo de 1985 (AR/3573); y las SSTSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 2004 (Rec. 8334/2003) y de Murcia de 9 de diciembre de 2008 (Rec. 975/2008). Cfr. la STCT de 7 de noviembre de 1980 (AR/5666).

⁵⁰ En esta línea, las SSTSJ de Andalucía/Sevilla nº 341 y 599/1992 -citadas por ROMERO DE BUSTILLO, S. "El Fondo de Garantía Salarial: puntos críticos (I)", *A.L.*, nº 2, 1994, pág. 26-; y las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de octubre de 2002 (Rec. 1495/2001) y 6 de mayo de 2003 (Rec. 2795/2002).

⁵¹ En este sentido, CAMPS RUIZ, "Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos", en AA.VV., *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994, pág. 115; y las SSTSJ de Murcia de 6 de octubre de 1999 (Rec. 898/1998), de la Comunidad Valenciana de 21 de marzo de 2000 (Rec. 1706/1997), 29 de marzo de 2000 (Rec. 655/1998), 23 de octubre de 2001 (Rec. 949/1999) y 5 de febrero de 2002 (Rec. 2788/2001), de Castilla y León de 30 de septiembre de 2002 (Rec. 1752/2002), de la Comunidad Valenciana de 29 de abril de 2003 (Rec. 2894/2002) y 23 de octubre de 2008 (Rec. 4444/2008), de Asturias de 7 de enero de 2011 (Rec. 2743/2010), 21 de enero de 2011 (Rec. 2740/2010 y 2742/2010) y 11 de febrero de 2011 (Rec. 2898/2010), de Cantabria de 9 de mayo de 2012 (Rec. 299/2012), de Asturias de 26 de octubre de 2012 (Rec. 2257/2012), de la Comunidad Valenciana de 23 de noviembre de 2012 (Rec. 1298/2012), de Galicia de 30 de mayo de 2013 (Rec. 4879/2010), de Castilla y León de 30 de mayo de 2013 (Rec. 277/2013) y de Cantabria de 5 de noviembre de 2015 (Rec. 521/2015). Cfr. SSTSJ de Castilla y León de 30 de septiembre de 1997 (Rec. 1056/1997), de Galicia de 22 de julio de 2003 (Rec. 6025/2000) y 26 de julio de 2003 (Rec. 1705/2001), de Andalucía de 14 de enero de 2009 (Rec. 2181/2008), de la Comunidad Valenciana de 17 de noviembre de 2010 (Rec. 740/2010), del País Vasco de 5 de abril de 2011 (Rec. 431/2011) y de Cataluña de 17 de marzo de 2016 (Rec. 253/2016).

⁵² STSJ de la Comunidad de Valencia de 15 de febrero de 2011 (Rec. 1934/2010).

⁵³ En este sentido, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de enero de 2004 (Rec. 2723/2003), del País Vasco de 2 de junio de 2009 (Rec. 582/2009), de Galicia de 8 de marzo de 2010 (Rec. 3578/2006) y de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2014 (Rec. 372/2014); y la STCT de 24 de enero de 1985 (AR/417). Tratándose de una empresa de trabajo temporal, debían computarse tanto los trabajadores de estructura como los puestos a disposición de las empresas usuarias [STSJ del País Vasco de 20 de julio de

Comunidad Valenciana de 21 de enero de 2004 (Rec. 2723/2003), la interpretación literal del art. 33.8 del ET, impedía diferenciar, para el cálculo del número de trabajadores de las empresas, entre aquellas cuya plantilla estaba compuesta sólo por trabajadores fijos y aquellas otras que tenían dados de alta a trabajadores temporales o fijos discontinuos, y ni siquiera permitía promediar el número de trabajadores en período cercano a la extinción. Por el contrario, los interinos y relevistas no debían incluirse en el cómputo de los trabajadores de la empresa, ya que el sustituto y el sustituido y el jubilado parcial y el relevista, respectivamente, estaban vinculados a un mismo puesto de trabajo y no era justo privar del beneficio de la reducción de la carga indemnizatoria a las empresas que contrataban personal en sustitución de los que tenían suspendidos sus contratos de trabajo o se jubilaban parcialmente⁵⁴. También debían quedar excluidos los trabajadores en situación asimilada a la alta por vacaciones pendientes no disfrutadas, pues, como ponía de relieve la STSJ de Asturias de 30 de noviembre de 2007 (Rec. 612/2007), no cabía deducir que los trabajadores que estaban en esa situación continuasen formando parte de la plantilla de la empresa a estos efectos toda vez que se trataba en esos casos de un período vacacional ciertamente peculiar y algo ficticio, porque el descanso se producía cuando formalmente el contrato había finalizado y el trabajador había dejado de prestar servicios en la empresa, cabiendo la posibilidad de que iniciase una nueva relación laboral durante el mismo. Por lo demás, en el cómputo debía incluirse al trabajador o trabajadores afectados por la extinción de los contratos de trabajo⁵⁵.

A la hora de calcular el número de trabajadores era indiferente el que estos figurasen o no afiliados y en alta en la Seguridad Social⁵⁶. Ahora bien, debían computarse todos los empleados por los que la empresa viniera cotizando como trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social, correspondiendo a quien solicitaba la prestación del FOGASA acreditar que alguno de ellos no lo era por cualquier motivo de exclusión⁵⁷.

En fin, los empleados asimilados a trabajadores por cuenta ajena sin derecho a percibir las prestaciones del FOGASA, como los administradores solidarios de la sociedad, no podían ser computados a efectos de determinar si la empresa tenía o no 25 trabajadores, dado que no eran trabajadores por cuenta ajena⁵⁸.

2.2.3. Momento al que debía referirse el requisito

En cuanto al momento en que debía realizarse el cómputo de trabajadores, había de estarse a la fecha en que se producía el despido del trabajador y no a la del preaviso, si la extinción se producía por la vía del art. 52.c) del ET⁵⁹, o a la fecha de efectos de la

2010 (Rec. 1287/2010)].

⁵⁴ Así lo señalaban GARCÍA MÁIQUEZ, J.M^a., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 126; y STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de marzo de 2010 (Rec. 1783/2009).

⁵⁵ Cfr. STS de 28 de septiembre de 1984 (RJ/4500).

⁵⁶ Así lo señalaba la STCT de 24 de septiembre de 1982 (AR/4962) en relación con el derogado art. 56.4 del ET/1980.

⁵⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de mayo de 2013 (Rec. 1356/2012).

⁵⁸ SSTSJ de Cataluña de 25 de junio de 2014 (Rec. 2130/2014) y de La Rioja de 12 de diciembre de 2014 (Rec. 183/2014).

⁵⁹ STS de 2 de abril de 2012 (Rec. 2951/2011); SSTCT de 25 de mayo y 23 de julio de 1982 (AR/3083 y 4535), y 6 de diciembre de 1984 (AR/9388); y SSTSJ de

resolución autorizando la rescisión de los contratos, ya que en dicha resolución había de figurar el número de trabajadores en la empresa a efectos del reconocimiento de la prestación, si la extinción se producía por la vía de los arts. 51 del ET o 64 de la LC⁶⁰. Téngase en cuenta que la responsabilidad del FOGASA no surgía hasta la fecha de extinción del contrato, por lo que era en ese momento cuando debían concurrir los requisitos que señalaban su responsabilidad. Era posible que las empresas de más de veinticuatro trabajadores programasen la extinción de los contratos de trabajo mediante sucesivos despidos económicos, de manera que, en el último, o en los últimos, el número de trabajadores en la empresa fuera inferior a 25, bien con el fin de liberarse de pagar la parte de las indemnizaciones que el FOGASA asumía, o bien para mantener al personal preciso para que la empresa cumpliera sus compromisos pendientes. Pero, independientemente de que el supuesto pudiera reconducirse o no al fraude de ley, si los sucesivos despidos económicos -o las extinciones contractuales revestidas formalmente de otro ropaje pero que materialmente se debían a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción- obedecían a un mismo hecho causal, había que atender, para determinar el número de trabajadores, a la fecha en que se producía el primero de ellos⁶¹.

Aragón de 4 de junio de 2001 (Rec. 714/2000), de la Comunidad Valenciana de 31 de enero de 2002 (Rec. 3298/1999) y 26 de febrero de 2002 (Rec. 4144/1999), de Asturias de 21 de junio de 2002 (Rec. 2621/2001), de Galicia de 15 de abril de 2004 (Rec. 931/2004), del País Vasco de 2 de junio de 2009 (Rec. 582/2009), de Castilla y León de 14 de septiembre de 2011 (Rec. 955/2011), de Andalucía de 3 de mayo de 2012 (Rec. 2546/2010), de Castilla-La Mancha de 2 de mayo de 2013 (Rec. 1356/2012) y de Andalucía de 12 de noviembre de 2014 (Rec. 1795/2014). Según la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de enero de 2002 (Rec. 2695/1999), si debido a la irregularidad que supuso la ausencia del plazo de preaviso de 30 días, quisiera aplicarse un criterio distinto, este no podía limitarse al mes anterior a la extinción y, en cualquier caso, exigía un cómputo de los trabajadores proporcional al tiempo trabajado, tomándose en cuenta también el promedio anual de los trabajadores contratados en la empresa. En cambio, las SSTSJ de Andalucía de 1 de julio de 1997 (Rec. 1858/1997), de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2002 (Rec. 1862/2000) y de Murcia de 17 de diciembre de 2007 (Rec. 1316/2007), consideraban que la empresa no podía superar el límite de trabajadores en el momento de la notificación de la decisión extintiva. En esta misma dirección se expresaba ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Vicisitudes y Extinción...*, cit., pág. 390.

⁶⁰ La STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 1995 (AS/3540) sostenía que el número de trabajadores había de computarse a la fecha de efectos de la resolución autorizando la rescisión de los contratos, con independencia de que con posterioridad se produjeran modificaciones en la plantilla de la empresa. Para GARCÍA MÁIQUEZ, J.M^a., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 127, y GARCÍA MURCIA, J., "El régimen...", cit., pág. 16, el número de trabajadores de la empresa debía quedar determinado por referencia al día en que se promovía el expediente, pues desde ese día tal número había de ser tomado en consideración por la Administración laboral al efecto de precisar los plazos y trámites del expediente. Planteamiento al que se adhería ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Vicisitudes y Extinción...*, cit., págs. 390-391. En este sentido, la STSJ de Andalucía de 1 de julio de 1997 (Rec. 1858/1997) consideraba que debía estarse al momento en el que se solicitaba la autorización que posibilitaba la extinción contractual.

⁶¹ GARCÍA MÁIQUEZ, J.M^a., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 127; ROMERO DE BUSTILLO, S., "El Fondo de Garantía Salarial: puntos críticos (I)", *A.L.*, n^o 2, 1994, pág.

27; y SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de enero de 2002 (Rec. 3298/1999) y 26 de febrero de 2002 (Rec. 4144/1999). En esta línea y en relación al art. 56.4 del ET/1980, la STS de 28 de septiembre de 1984 (RJ/4500), entendió que en la fecha del despido, es decir el 22 de noviembre de 1983, la empresa ocupaba más de 25 trabajadores, pues no se podía excluir del cómputo a dos trabajadores que habían sido despedidos el 24 de noviembre de 1983 y el 24 de enero de 1984. Tras la Ley 32/1984, la STSJ de Andalucía/Sevilla nº 1173/1992 -citada por ROMERO DE BUSTILLO, S., "El Fondo de Garantía Salarial: puntos críticos (I)", cit., pág. 27, señalaba lo siguiente: *"el censo empresarial que determina la responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial, en caso de extinción contractual por crisis, es el existente al promoverse el expediente en el que recayó la autorización administrativa que exige el artículo 51.10 del ETT, cuya resolución es claramente constitutiva de la plantilla de la empresa, por lo que a tal efecto no interesa la que tuviera al pedir una regulación anterior que mereció la aprobación de la autoridad laboral, precisamente porque con dicha decisión administrativa quedó definitivamente fijado su nuevo censo, que es lo ocurrido en el caso de autos, pues la empresa para la que trabajó el accionante tenía en principio 45 trabajadores pero por expediente regulador su plantilla se redujo a 6, que era la existente cuando se instó la regulación que afectó al actor, de ahí la intrascendencia del motivo fáctico que se contiene en el Rec. interpuesto por el F.G.S., aparte de que es improcedente porque propone una redacción que implica valoración jurídica, cual es la persistencia en el segundo expediente de la misma situación económica que dio lugar al anterior, lo que además no resulta del documento que invoca y, como no se aprecia fraude o abuso de derecho- lo que ni siquiera se alega-, es evidente el acierto de la sentencia recurrida al imponer al Fondo la responsabilidad expresada, sin que ello signifique discriminación respecto a los trabajadores incluidos en la anterior regulación, por existir un dato objetivo que justifica la diversidad de trato, cual es el que entonces la empresa tenía más de 25 trabajadores"*.

La STSJ de Castilla y León de 14 de mayo de 1996 (Rec. 2251/1995) afirmaba que, alcanzando la plantilla de la empresa el número de 24 trabajadores en el momento en que se iniciaba el procedimiento de regulación de empleo, se cumplían los presupuestos condicionantes del derecho subjetivo atribuido a los trabajadores por el art. 33.8 del ET, sin que este pudiera quedar enervado por el hecho de que 22 días antes de instar el referido procedimiento la empresa hubiera procedido a reducir su plantilla mediante el cese voluntario de 5 trabajadores. En este sentido, argumentaba que *"ignorándose las circunstancias que acompañaron a tal cese -si fue por dimisión o mutuo consenso y las condiciones en su caso estipuladas-, de la mera proximidad temporal con el inicio posterior de expediente de regulación de empleo, no cabe inferir sin más en términos unívocos, voluntad torticera o de perjuicio hacía el Fondo, siendo así que tanto la dimisión como el acuerdo mutuo, son causa lícitas de extinción de la relación laboral -art. 49.1.a) y d) del Estatuto-*". Es más, *"aun cuando se admitiera a efectos dialécticos que existió la intención elusiva de la responsabilidad empresarial exclusiva afirmada en instancia, tal hecho sería ajeno a los actores y no podría afectarles en sus derechos nacidos de la norma invocada, al ser terceros frente a los actos o negocios jurídicos extintivos de los 5 contratos en cuestión y no constar su intervención no ya material, por otra parte imposible al no ser parte en ellos, sino moral, bien promovéndolos bien condicionando en cualquier otra forma el acuerdo alcanzado en el expediente de regulación de empleo a tal extinción previa, lo que podría haber viciado el acuerdo de regulación en el consentimiento o en la causa"*.

3. La cuantía de la prestación

De acuerdo con el art. 33.8 del ET, el FOGASA abonaba el 40% de la indemnización legal que correspondía a los trabajadores en los supuestos extintivos antes señalados y el cálculo del importe de este abono se realizaba sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo. Idea esta última en la que insiste el art. 19.3 del RD 505/1985, al disponer que el importe de las prestaciones por el 40% de la indemnización legal se abonaba “*con aplicación de las mismas bases y dentro del límite del número 1 anterior*”.

Los tribunales insistían en que en el cálculo del 40% se debían respetar los límites del art. 33.2 del ET, consistentes en que la indemnización no podía superar la suma de doce mensualidades ni el salario diario el duplo del SMI⁶². En cuanto al SMI, había de estarse al vigente en la fecha de la extinción del contrato de trabajo⁶³. De este modo, una vez calculado el importe de la indemnización a razón de 20 días del haber diario percibido por el trabajador a la fecha del cese -o del doble del SMI vigente, si aquél era superior a esta cifra- por año de servicio en la empresa, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de una anualidad, el FOGASA respondía directamente del 40% de la citada indemnización y subsidiariamente en caso de insolvencia empresarial del 60% restante⁶⁴. En cualquier caso, el abono del 60% de la indemnización no se podía imponer directamente al FOGASA, sin la previa declaración

⁶² SSTs de 23 de julio de 1993 (Rec. 2859/1992), 12 de marzo de 1997 (Rec. 3935/1996), 14 de julio de 2003 (Rec. 170/2003) y 18 de noviembre de 2005 (Rec. 3472/2004); y SSTSJ de Madrid de 19 de julio de 1989 (AS/963) y 19 de enero de 1990 (AS/372), de Andalucía de 7 de septiembre de 1989 (AS/451) y 3 de septiembre de 1990 (AS/3023), de las Islas Baleares de 28 de septiembre y 21 de diciembre de 1992 (AS/4533 y 6143), de Cataluña de 17 de diciembre de 1994 (AS/4810), 24 de noviembre de 1995 (AS/4483) y 6 de febrero de 1996 (AS/1079), de la Comunidad Valenciana de 12 de septiembre de 1995 (Rec. 2457/1993) y de Murcia de 8 de mayo de 2000 (Rec. 1281/1999). Igualmente, no es efectiva la mayor antigüedad reconocida por la empresa por no haber existido sucesión empresarial [SSTSJ de Madrid de 27 de junio de 2012 (Rec. 3912/2011), de Andalucía de 28 de junio de 2012 (Rec. 999/2012) y 9 de octubre de 2013 (Rec. 1422/2013), de Cataluña de 22 de julio de 2014 (Rec. 3131/2014) y de Andalucía de 28 de abril de 2016 (Rec. 1241/2015)]. La mayor antigüedad del trabajador alegada por la empresa a efectos indemnizatorios había de ser comprobada por los órganos judiciales, por lo que la simple decisión unilateral de la empresa no era motivo suficiente para dejar sin efecto la presunción de veracidad de los datos que obraban en el expediente administrativo (art. 23.7 LJS), sobre todo si la empresa no abonaba al trabajador cantidad alguna en concepto de complemento de antigüedad mientras estaba vigente la relación laboral [STSJ de Andalucía de 30 de octubre de 2014 (Rec. 2587/2013)].

⁶³ SSTSJ de Andalucía de 7 de septiembre de 1989 (AS/451) y 28 de noviembre de 1991 (AS/6503), de Castilla-La Mancha de 6 de julio de 2000 (Rec. 793/1999), del País Vasco de 1 de abril de 2003 (Rec. 235/2003) y de la Comunidad Valenciana de 31 de octubre de 2007 (Rec. 300/2007). En cambio, para la STSJ de Madrid de 19 de julio de 1989 (AS/963) se había de tener en cuenta el vigente en la fecha en que se producía la reclamación.

⁶⁴ En esta línea, las SSTSJ de las Islas Baleares de 28 de septiembre y 21 de diciembre de 1992 (AS/4533 y 6143).

de insolvencia empresarial⁶⁵.

No se trataba de dos indemnizaciones separadas e independientes, una de 8 días por año de servicio a cargo al Fondo y otra de 12 días por cuenta de la empresa, cada una de ellas con el límite de una anualidad. Se trataba de una única indemnización de 20 días por año de servicio con el límite máximo de 12 mensualidades, de la que excepcionalmente se liberaba al empresario del pago en un 40%, que pasaba a correr a cargo del FOGASA, con la particularidad de que en el cálculo de ese porcentaje debían respetarse los límites del apartado 2 del art. 33 del ET⁶⁶. Como subrayaba la STS de 18 de noviembre de 2005 (Rec. 3472/2004), el art. 33.2 del ET representaba “*el límite de la responsabilidad total del Fondo, es decir, la directa y subsidiaria*”. Por ello, el art. 19.3 del RD 505/1985 disponía que en el supuesto de que los trabajadores perceptores de la prestación directa a cargo del FOGASA solicitasen posteriormente del mismo el abono de la parte de la indemnización no satisfecha por el empresario insolvente, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del Fondo se reducía “*en la cantidad ya percibida por aquéllos*”⁶⁷. Por lo demás, el art. 33.2 del ET marcaba el límite de la responsabilidad total

⁶⁵ SSTSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 1991 (AS/6485) y 25 de marzo de 2010 (Rec. 2328/2009).

⁶⁶ En este sentido, la STS de 23 de julio de 1993 (Rec. 2859/1992); y las SSTSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 1995 (AS/4483) y 6 de febrero de 1996 (AS/1079), de las Islas Canarias de 29 de enero de 1999 (Rec. 1073/1998) y de Asturias de 26 de febrero de 2010 (Rec. 3366/2009).

⁶⁷ STS de 18 de noviembre de 2005 (Rec. 3472/2004). Para ALBIOL MONTESINOS, I., “Las prestaciones del FOGASA: criterios normativos y jurisprudenciales”, A.L., nº 39, 1989, pág. 513, este precepto era ilegal en base a las siguientes razones: 1ª) porque la reducción que instauraba no se encontraba prevista en el ET, no pudiendo establecerla directamente un precepto reglamentario de desarrollo; 2ª) porque, si jurisprudencialmente se consideraba similar el art. 33.8 del ET al ya derogado art. 56.4, debían valer para aquel las valoraciones que en su día se hicieron para éste.

Téngase en cuenta que en numerosas sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, dictadas cuando el conocimiento de esta materia venía asumido por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, establecían que las responsabilidades institucionales del FOGASA previstas en los arts. 33.2 y 56.4 del ET en su versión original eran distintas y no interferentes, ya que surgían de preceptos no relacionados entre sí por su finalidad y consecuencias. El art. 56.4 hacía compartir directamente la indemnización por despido en la pequeña empresa entre ésta, el FOGASA y el propio trabajador, al aminorar previamente su importe en un 20%, mientras que la responsabilidad del art. 33.2 obtenía el tratamiento que es inherente a su subsidiariedad por insolvencia y otras causas atinentes al pago de la cuota indemnizatoria empresarial. De ello resultaba que las cantidades abonadas por el FOGASA en el primero de dichos conceptos no era computable a efectos de la limitación legalmente impuesta al pago que debía afrontar en el segundo. En este sentido, se expresaban, entre otras, las SSTS de 14 de octubre de 1985 (RJ/4559), 30 de octubre, 10 de noviembre y 10 de diciembre de 1986 (RJ/5821, 6648 y 7137). A partir de la Ley 20/1988, de 14 de julio, que atribuyó el conocimiento de esta materia al ámbito jurisdiccional de lo social, este criterio vino aplicándose por los tribunales de este orden, como muestran la STS (S. 5ª) de 24 de marzo de 1988 (RJ/2506), la STCT de 30 de abril de 1985 (AR/2816) y la STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 1990 (AS/4220). Es más, la STCT de 13 de enero de 1989 (AR/577), la STSJ de Cantabria de 22 de enero de 1991 (AS/512) y la STSJ de Castilla y León de 9 de

del Fondo, es decir, la directa y la subsidiaria, por lo que, si los trabajadores habían percibido de dicho Organismo ex art. 33.8 del ET y de la empresa cantidades que superaban la indemnización legal, el FOGASA no respondía de cantidad⁶⁸.

Por último, las limitaciones que establecía el art. 33.8 del ET a la responsabilidad del FOGASA no jugaban para nada en el importe de la cantidad que en concepto de indemnización debía abonar la empresa, que no era otra que la diferencia existente entre la cantidad satisfecha por el expresado Organismo autónomo y el total de la indemnización legal o pactada. En efecto, como ponía de manifiesto la STS de 16 de octubre de 1996 (Rec. 1429/1996), ninguna norma preveía que la indemnización debida por la empresa fuera rebajada, no pudiéndose entender que la ayuda que establecía el art. 33.8 del ET supusiera que la responsabilidad de la empresa quedara limitada a su 60%. El derecho del trabajador a percibir íntegra su indemnización persistía y por tanto el empresario debía subvenir al pago de la diferencia que resultaba como consecuencia de la aplicación de los topes máximos previstos en el apartado 2 del repetido art. 33⁶⁹. De entenderse de otro modo, resultaría que en las empresas de menos de 25 trabajadores la indemnización a percibir por un trabajador cuyo contrato se extinguiera por las causas previstas en el art. 51 del ET sería inferior a la que percibiera otro trabajador en sus mismas circunstancias en una empresa de más de 25 trabajadores; interpretación que, desde luego no resultaba de los arts. 51.8 y 33.8 ET, y que en cualquier caso conduciría a un resultado discriminatorio y por ende inadmisibles.

4. La titularidad del derecho a la prestación

En principio, eran los trabajadores, y no la empresa, quienes se encontraban legitimados para reclamar el abono de la prestación indemnizatoria, conforme al contexto y sentido del art. 33 del ET y a los arts. 13 y 20 del RD 505/1985⁷⁰. De este modo, al operar la responsabilidad del FOGASA *ope legis*, resultaba conforme a Derecho que la empresa en estos supuestos, esto es, cuando su plantilla era inferior a 25 trabajadores y procedía a extinguir los contratos de trabajo como consecuencia de un expediente de

mayo de 1991 (AS/3010), referidas a reclamaciones de prestaciones indemnizatorias por insolvencia empresarial acaecida tras la entrada en vigor de la Ley 32/1984, declaraban la improcedencia de deducir de las mismas el importe del 40% de la indemnización por despido abonado en su día por el FOGASA en virtud del art. 56.4 del ET/1980.

Sin embargo, tal y como señalaba MOLINER TAMBORERO, G., "La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial", A.L., nº 4, 1986, pág. 164, a diferencia de lo que ocurría con el art. 56.4 del ET/1980, no era posible pensar que el trabajador pudiera cobrar por una vía el 40%, y por otra más del 60% como antes era posible, no sólo porque teóricamente sólo cabría cuando la indemnización no superara la anualidad de tope, sino porque jurídicamente era aquí insostenible al tratarse de porcentajes complementarios de una misma indemnización basada en una misma causa de pedir, a pesar de lo cual no sobraba la previsión específica prohibitiva de tal posibilidad contenida en el art. 19.3, in fine del RD 505/1985.

⁶⁸ STSJ de Asturias de 19 de junio de 2015 (Rec. 839/2015).

⁶⁹ SSTSJ de Cataluña de 16 de julio de 1998 (AS/3479) y 12 de junio de 2003 (Rec. 2328/2003), de Extremadura de 6 de abril de 2006 (Rec. 83/2006), de las Islas Canarias de 25 de octubre de 2006 (Rec. 1973/2003), y de Asturias de 9 de abril de 2010 (Rec. 275/2010) y 1 de abril de 2011 (Rec. 358/2011).

⁷⁰ STSJ de Cantabria de 9 de enero de 1990 (AS/1833).

regulación de empleo instruido en aplicación de los arts. 51 del ET o 64 de la LC o de despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no pusiera a disposición de los trabajadores afectados la cuantía total de la indemnización, pues la responsabilidad del mencionado Organismo era de tipo directo⁷¹. La propia Ley avalaba, por tanto, que la empresa asumiera sólo el pago de la diferencia entre la prestación pública de garantía salarial y la indemnización legal o pactada, remitiendo al FOGASA para el cobro de aquella.

De este modo, había que distinguir, tal y como se disponía en la Instrucción nº 5/1995 de la Secretaría General del FOGASA, dos supuestos distintos, según el trabajador hubiera cobrado o no de la empresa el 100% de la indemnización correspondiente, de 20 días de salario por año de servicio, derivada de la extinción de su contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Mientras en el primer supuesto, era la empresa quien podía solicitar la devolución del 40% de dicha indemnización; en el segundo, en cambio, eran los trabajadores quienes podían solicitar el 40% de la indemnización directamente al FOGASA⁷².

En esta línea, la Aclaración de la Secretaría General del FOGASA a la antecitada Instrucción señalaba que el FOGASA venía obligado a abonar el 40% de la indemnización legal prevista en el art. 53 del ET, con independencia de que el empresario pudiera o no poner a disposición del trabajador dicha indemnización. Por consiguiente, se establecía que el derecho a la garantía salarial previsto en el art. 33.8 del ET no quedaba afectado por el hecho de que el empresario no consignara en la comunicación escrita al trabajador la imposibilidad de hacerlo, pudiendo éste abonar al trabajador el 60% de la indemnización, dejando a salvo el 40% que correspondía al FOGASA⁷³.

En consecuencia, se señalaba que el FOGASA abonaba el 40% de la indemnización legal prevista en el art. 33.8 del ET en los siguientes términos: - A los trabajadores, siempre y cuando no les hubiera abonado la empresa el 100% de la indemnización. - A la empresa, siempre que acreditase, con la aportación de la documentación establecida en la Instrucción 5/95, el abono del 100% de la indemnización. A tales efectos, cuando se presentaban solicitudes de la referida prestación se recordaba la necesidad de cumplir con la obligación de dar traslado a la empresa y a los trabajadores, a fin de que manifestasen lo que creyeran conveniente y evitar duplicidades en el pago de las prestaciones.

⁷¹ SSTs de 4 de marzo de 2013 (Rec. núm. 958/2012), 15 de marzo de 2013 (Rec. 1725/2012), 27 de marzo de 2013 (Rec. núm. 2234/2012), 8 de abril de 2013 (Rec. núm. 2291/2012), 16 de abril de 2013 (Rec. 1437/2012), 13 de mayo de 2013 (Rec. 2290/2012), 16 de julio de 2013 (Rec. 1772/2012), 16 de julio de 2013 (Rec. 2592/2012), 8 de noviembre de 2013 (Rec. 165/2013) y 18 de febrero de 2014 (Rec. 1184/2013). Cfr. la STSJ de Castilla y León de 6 de octubre de 2010 (Rec. 1361/2010) a propósito de un supuesto en el que el despido objetivo acordado por la empresa no estaba basado en causas económicas sino en razones técnicas, organizativas y de producción.

⁷² STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de noviembre de 2001 (Rec. 1836/1999). Por lo demás, como subrayaba la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de octubre de 2013 (Rec. 720/2013), el FOGASA no podía solicitar el reintegro de una prestación válidamente concedida al trabajador, porque la había duplicado a la empresa, siendo esta última la que tenía que devolver la prestación duplicada.

⁷³ SJS núm. 2 de Sevilla de 26 de mayo de 1995 (A.L. nº 1624/95).

5. Indemnizaciones pactadas en los períodos de consultas de los expedientes de regulación de empleo y responsabilidad del FOGASA

La cuantía indemnizatoria señalada en el art. 51.8 del ET constituía una regla mínima de carácter legal, por encima de la cual podían pactar las partes (art. 14.1 RD 43/1996)⁷⁴. Lo que planteaba una serie de cuestiones, a saber:

- En primer lugar, había de dilucidarse si el acuerdo de consultas, homologado por la autoridad laboral o el juez del concurso, por el que se fijaban indemnizaciones de cuantía superior a la legal tenía virtualidad respecto del FOGASA. Pues bien, sobre este particular se pronunció el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, señalando que la referencia del art. 33.8 del ET al «*expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley*» no suponía en manera alguna que el deber que aquel precepto imponía al expresado Organismo público sólo actuase en supuestos en los que, fracasado el período de consultas, la autoridad laboral autorizase el despido colectivo⁷⁵. Por el contrario, tal deber también era exigible cuando en dicho período se lograba acuerdo, pues, el concepto de expediente abarcaba todas las vicisitudes habidas desde que la empresa, alegando causa hábil para ello, manifestaba su voluntad de proceder al ajuste de su plantilla y, consiguientemente, a las producidas en el período de consultas o, fracasado éste, a la

⁷⁴ SSTs de 19 de junio de 1986 (RJ/3683), 21 de enero de 1988 (RJ/32) y 12 de septiembre de 1989 (RJ/6436); SSTSJ de Madrid de 19 de julio de 1989 (AS/963), de Andalucía de 7 de septiembre de 1989 (AS/451), del País Vasco de 28 de octubre de 1991 (AS/5707), y de Castilla-León de 4 de diciembre de 1990 (AS/3518), 7 de octubre y 10 de noviembre de 1991 (AS/5750 y 6577).

Ahora bien, tales pactos debían quedar perfectamente delimitados. Así, la STCT de 20 de octubre de 1987 (AR/22151), en relación a un supuesto en el que tras fijar el importe de las indemnizaciones hicieron constar expresamente que ésta "en la parte que corresponda a la representación de la Empresa se abonarán en el plazo de tres días", entiende que se distinguía con claridad entre una obligación empresarial exigible en el plazo convenido y la legal que correspondía al FOGASA al tener la empresa menos de 25 trabajadores, conclusión que igualmente se extrae teniendo en cuenta que las cantidades comprometidas eran sensiblemente iguales a las que procedía señalar en aplicación del anterior art. 51.10 del ET. De ello concluye que la empresa no estaba obligada a abonar a los trabajadores más que un 60% de la indemnización legal, correspondiendo el 40% restante al FOGASA. Por su parte, la STCT de 25 de octubre de 1988 (AR/6403), partiendo de la base de que en el acuerdo suscrito por las partes se decidía extinguir el contrato de trabajo mediante la indemnización prevista en el art. 51 del ET, a razón de 20 días de salario por año de servicio, afirmaba que era claro que la empresa, de menos de 25 trabajadores, debía abonar el 60% de la indemnización y el FOGASA el 40% restante, "lo cual responde a una correcta interpretación del precepto últimamente citado, en especial cuando en el caso concreto enjuiciado, en el acuerdo suscrito por las partes no se hace exclusión expresa de la obligación legal referida, ni se asume con carácter exclusivo por la empresa el pago de la indemnización total supuesto este que no cabe presumir en contra de la regulación legal de la materia". En el mismo sentido, la STCT de 31 de marzo de 1989 (AR/2259).

⁷⁵ SSTs de 27 de junio de 1992 (Rec. 1931/1991) y 12 de diciembre de 1992 (Rec. 679/1992), y 11 de mayo de 1994 (Rec. 1454/1993); y ATS de 19 de abril de 1993 (Rec. 2286/1992).

posterior tramitación que efectuase la Administración laboral y a la resolución dictada por ésta en caso de desacuerdo.

- En segundo lugar, debía determinarse si el FOGASA tenía que asumir el abono del 40% de la indemnización legal cuando la pactada superaba el mínimo legal, bien la empresa asumía el abono íntegro de la indemnización, reservándose el derecho al reintegro de la parte proporcional que le competía frente al citado Organismo Público, bien asumía, únicamente, el importe del 60% de la indemnización legal más el incremento pactado.

Pues bien, el Tribunal Supremo en unificación de doctrina⁷⁶, afirmó que el pacto habido en el período de consultas por el que se fijaban indemnizaciones de cuantía superior a la legalmente fijada como mínima no excluía el deber que derivaba para el

⁷⁶ Los primeros pronunciamientos judiciales de los Tribunales Superiores de Justicia fueron contradictorios. Algunos de ellos consideraron conforme a derecho la negativa del FOGASA a efectuar el abono del 40% de la indemnización legal cuando por acuerdo se mejoraba el importe de la citada indemnización. Si era el empresario quien, habiendo satisfecho una cantidad global sin determinación aparente de su cálculo y anticipando la cantidad derivada de la responsabilidad del FOGASA, reclamaba su abono, dicha negativa se justificaba por el hecho de que la titularidad para reclamar la prestación correspondía al trabajador, no siendo posible la cesión crediticia, dada la finalidad socioeconómica en que se asentaba la responsabilidad del expresado Organismo público [STSJ de Cantabria de 9 de enero de 1990 (AS/1833)]. Si era el trabajador quien, habiendo percibido de la empresa la totalidad de la indemnización legal correspondiente, planteaba la reclamación, los argumentos que se esgrimían en este sentido eran, básicamente, los siguientes: - En primer lugar, que la obligación de pago del FOGASA se había extinguido al ser cumplida por la empresa (arts. 1.156.1º y 1.158 Cc), de forma que, si los trabajadores percibieran también el 40% de la indemnización legal a cargo del FOGASA, se produciría un enriquecimiento injusto de su patrimonio en perjuicio del patrimonio del FOGASA; - en segundo lugar y atendiendo a una interpretación finalista de la norma, ya que se desvirtuaría la finalidad aseguradora o afianzadora del FOGASA; - en tercer lugar, porque era preciso limitar las prestaciones, en aras de los principios de igualdad y solidaridad [SSTSJ de Aragón de 29 de marzo de 1990 (AS/695), de La Rioja de 3 de septiembre de 1990 (AS/2230), y de Castilla-León de 7 de octubre y 10 de diciembre de 1991 (AS/5750 y 6577) y 14 de enero de 1992 (Rec. 1263/1991)].

Otros, en cambio, entendieron que en ningún precepto se eliminaba la responsabilidad del FOGASA prevista en el art. 33.8 del ET por el hecho de que se acordasen indemnizaciones superiores entre las partes. En esta dirección se alineaban, entre otras, las SSTSJ de Madrid de 19 de julio de 1989 (AS/963), de Andalucía de 7 de septiembre de 1989 (AS/451) y 3 de septiembre de 1990 (AS/3023), del País Vasco de 24 de junio y 28 de octubre de 1991 (AS/3596 y 5707) y 7 de enero de 1992 (Rec. 1483/1989), de las Islas Canarias de 22 de mayo de 1992 (Rec. 16/1992), y de las Islas Baleares de 28 de septiembre de 1992 (AS/4533).

El TCT, en cambio, desde un principio consideró que la indemnización legal que señalaba el art. 33.8 del ET era una responsabilidad directa del FOGASA, por lo que éste debía abonar dicho porcentaje de la indemnización legal en todo caso, al margen de la indemnización que pudiera haberle sido abonada por la empresa y cualquiera que fuera su cuantía [SSTCT de 8 de noviembre de 1988 (AR/7348) y 24 de enero de 1989 (AR/632)].

FOGASA de lo dispuesto por el art. 33.8 del ET⁷⁷.

Tal línea jurisprudencial encontraba fundamento en la siguiente argumentación, resumidamente expuesta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 1994 (Rec. 1454/1993):

a) El deber previsto en el art. 33.8 del ET no guardaba relación alguna con la responsabilidad subsidiaria limitada que también atribuía al FOGASA el art. 33 del ET, en sus apartados 1 y 2. Aquél, a diferencia de ésta, no tenía finalidad garantizadora, pues se imponía por la norma que lo establecía de manera pura, con carácter directo y en términos limitados, ya que no quedaba sometido a condición o término; para su efectividad no requería, como dejaba bien precisado el art. 2.2 del DOF, que se acreditase situación de insolvencia singular o concursal del empresario, y su cuantía se constreñía a un porcentaje determinado de la tasa indemnizatoria legal. Su instauración respondía a la voluntad legislativa de favorecer a los pequeños empresarios -los que daban ocupación a menos de 25 trabajadores-, aminorando los costes que tenían que asumir por los despidos económicos que decidieran con causa y observando los requisitos legales, pues se hacía recaer sobre el FOGASA la obligación de pagar el 40% de la tasa indemnizatoria legal. Se trataba, por tanto, de un beneficio del que eran destinatarias las empresas referidas.

b) La significación del deber legal de que se trataba y la finalidad perseguida con su instauración, no permitía entender que el art. 33.8 del ET quedase excluido, con neutralización del correspondiente beneficio, en supuestos en los que el pequeño empresario, en el período de consultas, pactase indemnizaciones que sobrepasasen los mínimos legalmente fijados, pues, de entenderse así, se limitaban sus posibilidades de negociación y se vulneraba el mandato legal, que en manera alguna disponía dicha exclusión.

c) El deber de que se trataba, como se ha dicho, era de carácter puro, directo y

⁷⁷ SSTs de 27 de junio de 1992 (Rec. 1931/1991), 24 de noviembre de 1992 (Rec. 2410/1991), 12 de diciembre de 1992 (Rec. 679/1992), 11 de mayo de 1994 (Rec. 1454/1993), 9 de junio de 1994 (Rec. 3102/1993) y 26 de diciembre de 2013 (Rec. 779/2013); ATS de 19 de abril de 1993 (Rec. 2286/1992). Doctrina fielmente seguida por los TSJ. Así, entre otras, las SSTSJ del País Vasco de 5 de enero de 1993 (Rec. 930/1991), de las Islas Canarias de 20 de octubre de 1992 (Rec. 292/1992), de las Islas Baleares de 21 de diciembre de 1992 (AS/6143), de Madrid de 6 de septiembre de 1993 (Rec. 5005/1992), 22 de junio de 1995 (Rec. 528/1994) y 11 de diciembre de 1995 (Rec. 2581/1994), de la Comunidad Valenciana de 21 de septiembre de 1993 (Rec. 1222/1992), de Castilla y León de 21 de diciembre de 1993 (Rec. 1287/1993), de Galicia de 27 de enero de 1994 (Rec. 3437/1992) y 11 de abril de 1996 (A.L. nº 1243/96), de Navarra de 19 de julio de 1994 (AS/2878), de Murcia de 15 de febrero de 1995 (Rec. 25/1994), de Navarra de 5 de febrero de 1997 (AS/953), de Andalucía de 16 de abril de 2001 (Rec. 608/2000), de Aragón de 5 de julio de 2006 (Rec. 548/2006), de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2008 (Rec. 754/2007), de Asturias de 19 de septiembre de 2008 (Rec. 596/2008), de Andalucía de 28 de junio de 2012 (Rec. 999/2012), de Cataluña de 21 de octubre de 2013 (Rec. 1667/2013), de Castilla y León de 14 de mayo de 2014 (Rec. 382/2014) y de Cataluña de 4 de marzo de 2015 (Rec. 6810/2014). Las SSTSJ de Aragón de 14 de abril de 1993 (Rec. 486/1992) y de Galicia de 5 de junio de 1997 (Rec. 3678/1994) seguían en la línea restrictiva a pesar de la doctrina del Tribunal Supremo.

limitado, pues no estaba sujeto a condición o término, se hallaba impuesto con eficacia inmediata y su alcance quedaba fijado en el 40% de la indemnización legal y no de la superior que eventualmente pudiera pactarse.

En fin, los acuerdos fijando una indemnización mayor que la legal, cuando tenían constancia en el expediente administrativo y eran confirmados por la autoridad laboral, si bien no podían agravar económicamente la obligación legal que el art. 33.8 del ET atribuía al FOGASA⁷⁸, no exoneraban a este de dicha obligación. Sólo quebraba esta tesis ante la existencia y la realidad debidamente acreditadas de fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho, como cuando la empresa y los trabajadores fabricaban la apariencia de un acuerdo de indemnizaciones superiores a la del art. 51.8 del ET, con la sola finalidad de obtener la prestación del 40% por el FOGASA con arreglo a bases reguladoras superiores⁷⁹.

- En tercer lugar, había de determinarse si la titularidad del derecho para exigir el cumplimiento de la obligación prevista en el art. 33.8 del ET correspondía a los trabajadores o al empresario. En supuestos como los antes descritos, la determinación de la titularidad del derecho, según el Tribunal Supremo dejó sentado, con proyección unificadora, estaba en función de los propios términos del meritado pacto indemnizatorio: a) bien establecía éste el total importe que había de cobrar cada trabajador, encargándose de su íntegro pago la empresa (sea asumiendo la condición de única deudora, sea abonando en mero concepto de anticipo para facilitar su inmediato cobro al trabajador, y sin perjuicio de pretender en su caso el reintegro, la cantidad correspondiente al 40% de la indemnización legal impuesta al Fondo, y asumiendo la condición de deudora sólo respecto del resto de la indemnización); b) bien establecía el pacto exclusivamente la cuantía de la parte de la indemnización cuyo pago correspondía a la empresa (incrementando su importe que, inicialmente, había de ser del 60% de la indemnización legal), y sin perjuicio de que los trabajadores reclamasen del FOGASA independientemente el 40% que fijaba el 33.8⁸⁰. Mientras en el primer supuesto la

⁷⁸ El 40% lo era de la indemnización legal, y no de la pactada [STS de 27 de junio de 1992 (Rec. 1931/1991); y las SSTSJ de Castilla y León de 4 de diciembre de 1990 (AS/3518), de Madrid de 11 de diciembre de 1995 (Rec. 2581/1994) y de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2008 (Rec. 754/2007)].

En sentido contrario, ALBIOL MONTESINOS, I., "Las prestaciones del FOGASA: criterios normativos y jurisprudenciales (y II)", *A.L.*, nº 39, 1989, pág. 512.

⁷⁹ Cfr. las SSTSJ de Andalucía de 7 de septiembre de 1989 (AS/451) y 3 de septiembre de 1990 (AS/3023), y de las Islas Baleares de 28 de septiembre y 21 de diciembre de 1992 (AS/4533 y 6143).

⁸⁰ SSTS de 27 de junio de 1992 (Rec. 1931/1991), 11 de mayo de 1994 (Rec. 1454/1993) y 5 de diciembre de 2000 (Rec. 852/2000).

titularidad correspondía a la empresa⁸¹; en el segundo, en cambio, a los trabajadores⁸².

⁸¹ Así sucedía cuando en el expediente de regulación de empleo se pactaba que los trabajadores recibirían una indemnización que abonaría la empresa, deduciéndose de la misma la cantidad que, en su caso, aportase el FOGASA. Así lo señalaba la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de septiembre de 1993 (Rec. 1222/1992), en la que, además, frente a la oposición del FGS en el sentido de que el acuerdo fue condicional por cuanto se pactó que sólo se deducirían de la indemnización pactada las cantidades que aportase "en su caso" el FGS, su reconocimiento a favor de la empresa sin haberse cumplido la condición infringiría las previsiones del art. 1.113 del Cc, se sostenía que *"el hecho de que se dijera en el pacto que de la indemnización acordada en el expediente de regulación de empleo entre empresarios y trabajadores se descontaría la cantidad que "en su caso" abonara el Fondo de Garantía Salarial no puede ser alegado por quien debiera de cumplirla, por cuanto interpretada en tal sentido la condición habría de estimarse como nula y por ello como no puesta de acuerdo con el tenor del art. 1.115 del mismo Cc que expresamente considera nulas aquellas condiciones cuyo cumplimiento "dependa de la exclusiva voluntad del deudor"*. Por ello, el TSJ condenó al FGS a abonar a la empresa las cantidades en concepto del 40% de indemnización por despido. Véanse también las SSTSJ de Galicia de 22 de febrero de 2002 (Rec. 3399/1998) y de Cataluña de 13 de febrero de 2013 (Rec. 472/2012) y 2 de febrero de 2015 (Rec. 5698/2014).

La STCT de 17 de marzo de 1989 (AR/2227) negó toda validez al compromiso firmado por la trabajadora de abonar a la empresa el importe que le entregara el FOGASA bajo indicación de que si no lo firmaba no percibiría los dos millones pactados y que aún no había recibido, en virtud de lo dispuesto en el art. 3.5 del ET, en relación con los arts. 1.261, 1.265, 1.267 y 1.268 del Código Civil. A juicio del referido Tribunal la demanda interpuesta por la empresa no lo fue en uso de un derecho, sino con abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo, tal y como establece el art. 7 del Cc, puesto que además de haber percibido una subvención del Gobierno Vasco, con cargo a la cual abonó a la trabajadora la mayor parte de la indemnización, pretende también percibir 390.696 ptas. que el FOGASA abonó a la trabajadora.

⁸² Se daba este supuesto cuando la resolución administrativa que homologaba el pacto entre empresa y trabajadores, autorizando la extinción de las relaciones laborales, establecía que *"los trabajadores deberán recabar del FGS el 40% de las indemnizaciones legalmente establecidas"* [STSJ de las Islas Canarias de 20 de octubre de 1992 (Rec. 292/1992)] o cuando en el acuerdo indemnizatorio se indicaba que *"la empresa se compromete a abonar a cada uno de estos trabajadores a su exclusivo cargo, la indemnización total correspondiente a los veinte días por año de servicios y como máximo una anualidad ..., con independencia del 40% de la indemnización que con cargo al Fondo de Garantía Salarial y de acuerdo con lo previsto en el art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores corresponda también percibir a los dos trabajadores"* [STSJ de Extremadura de 13 de julio de 1993 (Rec. 426/1993). En el mismo sentido, las SSTSJ de Aragón de 8 de febrero de 2006 (Rec. 1150/2005) y 5 de julio de 2006 (Rec. 548/2006), de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2008 (Rec. 1042/2007)] y de Castilla y León de 2 de julio de 2014 (Rec. 451/2014). La STSJ de Murcia de 15 de febrero de 1995 (Rec. 25/1994) se refería a un supuesto en el que se había acordado lo siguiente: *"B) La empresa reconoce el derecho de los trabajadores a percibir una indemnización legal equivalente a 20 días de salario por año de servicio con el límite máximo de una anualidad, de la que el 40% deberá ser abonado por el FGS. La empresa reconoce asimismo un complemento indemnizatorio con las cuantías que se señalan para cada uno de los trabajadores..."*. Pues bien, a la hora de determinar la titularidad del derecho, la referida sentencia señalaba

En este último supuesto, el empresario cedía a los trabajadores aquella suma que, por haberla satisfecho él, estaba legitimado para reclamar del Fondo. Y tal cesión, como subrayaba la STS de 4 de diciembre de 2007 (Rec. 3466/2006), no tachada de viciada por una de las causas que invalidan los contratos, no vulneraba los mandatos que se decían infringidos, ni existía precepto legal que impidiera al empresario incrementar el importe de las indemnizaciones legales, que tenían carácter de mínimas, sin que pudiera afirmarse que la cesión de estas sumas al trabajador, implicase su enriquecimiento injusto.

6. Plazo de prescripción del derecho de garantía salarial

El plazo de prescripción para reclamar del FOGASA el importe del 40% de las

lo siguiente: *"El TS hace una reserva, en favor del caso en que el empresario asumiera el pago de toda la indemnización; nada de ello se alegó en el supuesto por aquél enjuiciado, ni se estableció como hecho de partida. En el nuestro, no sólo no ha sucedido así, sino que además el acuerdo conseguido claramente especifica que el 40% queda en todo evento a cargo del fondo"*.

En los supuestos en los que en el acuerdo no constaba expresamente que en la indemnización pactada estuviera incluido el 40% que correspondía al FOGASA, y tampoco se dejaba a salvo el derecho de los trabajadores a reclamar de éste el referido porcentaje, los tribunales entendían que la titularidad también correspondía a estos últimos, salvo que se acreditase lo contrario. Así sucedía cuando la empresa demandada junto con el FOGASA no alegaba que el pago de una indemnización superior al límite hubiera abarcado la totalidad de la indemnización debida (incluido el 40% impuesto al Fondo) y no existan términos hábiles para que pudiera presumirse o deducirse otra cosa [SSTS de 27 de junio de 1992 (Rec. 1454/1993) y 11 de mayo de 1994 (Rec. 1454/1993)]; cuando en el acuerdo no constaba que en la indemnización pactada estuviera incluido el 40% que correspondía al FOGASA [SSTSJ de las Islas Canarias de 22 de mayo de 1992 (Rec. 16/1992) y de Andalucía de 16 de abril de 2001 (Rec. 608/2000)]; cuando no se había probado en el juicio que la empresa hubiera anticipado el pago de dicho porcentaje [STSJ del País Vasco de 5 de enero de 1993 (Rec. 930/1991)]; cuando no resultaba acreditado que la indemnización lo fuera en concepto de anticipo [STSJ de Navarra de 19 de julio de 1994 (AS/2878)]. Por su parte, la STSJ de Castilla y León de 21 de diciembre de 1993 (Rec. 1287/1993) afirmaba lo siguiente: *"ya que siendo hecho conforme que la indemnización pactada y satisfecha por la empresa empleadora a los actores, con motivo de la extinción de sus contratos de trabajo en virtud de expediente seguido al amparo del art. 51 del Estatuto Laboral, ascendió a 30 días de salario por año de servicio, mejorando así la establecida en dicha norma de 20 días, tal indemnización no se pactó con carácter global o único, y por ello comprensiva en su integridad de la legalmente establecida, ni su abono por la empresa en cuanto a la fracción del 40% a cargo del Fondo demandado, ex art. 33.8 de la Ley 8/1980, tuvo carácter de anticipo, sino que el acuerdo alcanzado entre empresa y trabajadores en la negociación en fase inicial del expediente, previó y dejó a salvo la intervención del Fondo de Garantía Salarial en la indemnización,... intervención que no era otra que la de asumir su respectiva responsabilidad legal; y que ello es así lo evidencian los actos coetáneos y posteriores de la empresa -art. 1.282 del Código Civil-, al satisfacer la totalidad de la indemnización pactada sin reserva alguna, no formulando alegación en contrario, cuando se le dio traslado e intervino en el expediente incoado por el Fondo ante la petición de los actores del abono del 40% a su cargo. Ante ello, es claro que referido Organismo es deudor de la obligación impuesta por citado art. 33.8 en relación con el 51.10 del Estatuto citado"*.

indemnizaciones previstas en el art. 33.8 del ET era el de un año, pese a que el art. 33.7 del ET sólo se refería a los supuestos de insolvencia empresarial contemplados en los números anteriores. Ciertamente, como argumentaba la STS de 5 de diciembre de 2000 (Rec. 852/2000), tratándose de indemnizaciones derivadas de extinciones contractuales amparadas en los arts. 51 o 52.c) del ET o 64 de la LC, resultaría inexplicable que el trabajador tuviera plazos de prescripción distintos para reclamar a la institución de garantía salarial el 40% (art. 33.8 ET) y el 60% de la indemnización (art. 33.2 ET) ⁸³. Además, aunque se admitiera la existencia de una laguna legal, resultaba aplicable por analogía el art. 59.1 del ET en el que se fija, como es sabido, el mismo plazo de prescripción de un año.

La responsabilidad del FOGASA del 40% de la indemnización por los despidos colectivos o por los despidos objetivos acordados en las empresas de menos de 25 trabajadores era pura, al no estar sujeta a condición o término; no requería la acreditación de la insolvencia empresarial; y era directa e inmediata, en el sentido de imponer la obligación de pago del 40% desde el momento en que el despido se había consumado⁸⁴. El carácter de responsabilidad directa determinaba que el nacimiento de la misma derivara exclusivamente de la concurrencia del presupuesto legalmente establecido, de suerte que tratándose de un despido colectivo lo verdaderamente imprescindible era que se hubiera seguido el procedimiento necesario para la extinción de los contratos y que ésta hubiera sido autorizada por la administración laboral⁸⁵. Pretender que la obligación del Fondo de garantía no surgía hasta que la resolución administrativa fuera firme, porque contra ella no cupiera ya ninguna vía de impugnación administrativa o judicial, excedía del espíritu y la finalidad de la norma. Era la efectiva extinción de los contratos lo que determinaba el derecho de los trabajadores a percibir la indemnización por despido y esta extinción se producía como consecuencia de la ejecutividad de la decisión administrativa inicial, con independencia de que la misma hubiera sido combatida en la correspondiente vía administrativa y en la ulterior acción contencioso-administrativa.

Por lo demás, dado que en este caso el procedimiento administrativo previsto para el reconocimiento de las prestaciones de garantía salarial debía iniciarse de oficio (art. 22.2 RD 505/1985), no se planteaba en este supuesto la cuestión de la prescripción. Como subrayaba la STSJ de Cataluña de 2 de enero de 2002 (Rec. 2375/2001), se trataba de una obligación *ex lege*, de tal modo que cuando el citado organismo iniciaba de oficio la tramitación del expediente administrativo correspondiente, con tal actuación daba cumplimiento al art. 22, números 2 y 3, del RD 505/1985, en cuanto que disponía que en los supuestos de prestaciones indemnizatorias derivadas del art. 33.8 del ET la resolución firme de la autoridad laboral que autorizaba la extinción de los contratos de trabajo provocaba el acuerdo que determinaba la iniciación de oficio del expediente, obligación que había de cumplirse una vez que la autoridad laboral remitía a la correspondiente unidad periférica del Fondo, la certificación de la resolución dictada; y todo ello llevaba

⁸³ Cfr. STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 1998 (AS/5469).

⁸⁴ STS de 3 de mayo de 2004 (Rec. 2303/2003) y STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2015 (Rec. 745/2015).

⁸⁵ STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2006 (Rec. 2633/2005). En este sentido, las SSTSJ de Asturias de 18 de junio de 2010 (Rec. 1134/2010) y 25 de junio de 2010 (Rec. 1053/2010) señalaban que el plazo de un año para reclamar al FOGASA comenzaba a computarse a partir de la notificación de la resolución del expediente de regulación de empleo concursal que autorizaba la extinción del contrato de trabajo.

a la conclusión de que no cabía alegar con éxito la excepción de la prescripción cuando el propio organismo procedía, en cumplimiento de su obligación legal a dar satisfacción del 40% de la indemnización que correspondía al trabajador.

No obstante, cuando la Administración incumplía el deber de iniciar de oficio el expediente administrativo, bien porque no remitiera al FOGASA la resolución administrativa para que iniciase el procedimiento, o bien porque este no lo pusiera en marcha, el trabajador tenía que ejercitar su derecho dentro del plazo de prescripción de un año establecido en los arts. 33.7 y 59.1 del ET; plazo que debía computarse desde el día en que surgía para el trabajador la carga de ejercitar su derecho, esto es, cuando se habían agotado los plazos previstos en el RD 505/1985 en orden a la remisión al FOGASA de la certificación de la resolución administrativa del expediente de regulación de empleo y a la iniciación y resolución del procedimiento administrativo de reconocimiento de las prestaciones de garantía salarial⁸⁶.

En cuanto al momento a partir del que era preciso comenzar el cómputo del plazo de prescripción, cuando se trataba de reclamar del FOGASA el importe del 40% de las indemnizaciones por despido objetivo previstas legalmente, había que distinguir las siguientes situaciones⁸⁷:

a) En los supuestos no litigiosos en que los trabajadores despedidos no interponían reclamación jurisdiccional, frente a la decisión extintiva del empresario, conformándose en principio con los términos de la misma, y en particular con el cálculo de la indemnización, el *dies a quo* se iniciaba a partir de la fecha de conformidad del trabajador con el despido, conformidad que había de presumirse desde el momento en que se había agotado el plazo de caducidad de la acción de despido⁸⁸.

b) Cuando la indemnización legal había sido declarada en vía jurisdiccional, ya fuera en el procedimiento de despido o en un procedimiento de reclamación de cantidad, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del 40% de la indemnización legal, de acuerdo con el art. 1.971 del Código Civil, comenzaba desde que la sentencia quedó firme⁸⁹. No constituía causa interruptora de dicho plazo prescriptivo, la iniciación

⁸⁶ Cfr. GARCÍA MÁIQUEZ, J.M^a, *Régimen jurídico...*, cit., págs. 123-127; y STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2016 (Rec. 745/2015).

⁸⁷ Un planteamiento diferente en RAMOS TORRES, M., *La actividad procesal...*, cit., págs. 112-113.

⁸⁸ ATS de 9 de enero de 2014 (Rec. 1378/2013) y STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2015 (Rec. 3856/2015).

⁸⁹ SSTS de 3 de julio de 2001 (Rec. 486/2000) y 21 de noviembre de 2001 (Rec. 991/2001); y SSTSJ de Cataluña de 3 de julio de 2002 (Rec. 7994/2001), 20 de enero de 2005 (Rec. 3372/2004), 23 de marzo de 2006 (Rec. 368/2005) y 18 de junio de 2014 (Rec. 1370/2014), de Andalucía de 13 de septiembre de 2002 (Rec. 2064/2002), de Asturias de 12 de diciembre de 2003 (Rec. 451/2003) y 20 de febrero de 2004 (Rec. 1697/2002), de Castilla y León de 25 de febrero de 2015 (Rec. 117/2015), de Asturias de 19 de abril de 2013 (Rec. 588/2013), de Madrid de 10 de junio de 2015 (Rec. 202/2015), y de Cataluña de 15 de octubre de 2015 (Rec. 4771/2015), 15 de abril de 2016 (Rec. 392/2016) y 12 de diciembre de 2016 (Rec. 6043/2016). En cambio, las SSTSJ de Aragón de 2 de julio de 2012 (Rec. 373/2012), de Cantabria de 27 de marzo de 2013 (Rec. 45/2013), de Galicia de 25 de noviembre de 2014 (Rec. 586/2013) y de Madrid de 16 de octubre de 2015 (Rec.

de la ejecución frente a la empresa demandada por la totalidad de la indemnización, ni, en consecuencia era posible efectuar el cómputo desde la firmeza del auto declarando la insolvencia provisional de la empresa, porque una y otra deuda, la del empresario y la del FOGASA, eran distintas, y esta era exigible de forma directa e inmediata⁹⁰.

En los expedientes de extinción colectiva de las relaciones laborales tramitados conforme al art. 64 de la LC, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad directa del art. 33.8 del ET corría, de acuerdo con la norma del art. 1.971 del Código Civil, desde la firmeza del auto del Juzgado de lo Mercantil por el que se extinguía el contrato de trabajo⁹¹.

Por último, si la empresa abonaba o anticipaba directamente el 40% de la indemnización legal, el plazo de prescripción para reclamar contra la institución de garantía salarial comenzaba a partir de la fecha en que se hacía efectivo tal pago⁹². Y así, en aquellos casos en que se había pactado la entrega de la indemnización a plazos, hasta que no terminase de abonar el último de ellos, la empresa no podía reclamar al FOGASA el abono de las correspondientes cantidades. Por ello, el momento inicial para el cómputo del plazo de prescripción de un año, en estos supuestos de pago aplazado por la empresa de la indemnización de la que luego se reclamaba el 40% del FOGASA, había de ser aquel en que termine de abonarse la misma.

7. Concurrencia de supuestos: exoneración de responsabilidad del pequeño empresario en caso de fuerza mayor

Si concurrían los dos supuestos de responsabilidad que se acaban de analizar en los dos apartados anteriores, el FOGASA asumía las dos responsabilidades correspondientes: abonaba la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, pero el 40% de esta prestación, dentro de los límites del art. 33.2 del ET, tenía la naturaleza de pago de una deuda propia, por lo que la reclamación frente al empresario – cuando proceda- quedaba limitada al 60% restante⁹³. En efecto, tratándose de una

117/2015), consideraban que la responsabilidad de 40% podía exigirse desde la fecha del despido, sin que el plazo anual de prescripción quedase interrumpido por la reclamación de cantidad efectuada contra la empresa a través del proceso ordinario o del proceso monitorio.

⁹⁰ SSTs de 21 de noviembre de 2001 (Rec. 991/2001), 19 de junio de 2002 (Rec. 3340/2001) y 3 de mayo de 2004 (Rec. 2303/2003); y SSTSJ de Cataluña de 12 diciembre de 2000 (Rec. núm. 6242/2000), de Andalucía de 7 de marzo de 2012 (Rec. 2997/2011) y 18 de junio de 2014 (Rec. 1370/2014) y de Madrid de 4 de noviembre de 2015 (Rec. 569/2015). Cfr. las SSTSJ de Castilla y León de 17 de diciembre de 2001 (Rec. 458/2001) y de Madrid de 10 de junio de 2015 (Rec. 202/2015). Ahora bien, como subrayaba la STSJ de Cataluña de 10 de julio de 2012 (Rec. 8026/2011), el Tribunal no podía apreciar de oficio la prescripción del derecho a las prestaciones de garantía salarial ex art. 33.8 del ET.

⁹¹ SSTSJ de Asturias de 11 de marzo de 2011 (Rec. 3038/2010) y 15 de abril de 2011 (Rec. 564/2011).

⁹² STS de 5 de diciembre de 2000 (Rec. 852/2000). Cfr. STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2000 (Rec. 520/2000).

⁹³ En este sentido, GARCÍA MÁIQUEZ, J.M^a., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 132;

empresa con menos de 25 trabajadores, el 40% de lo abonado por el FOGASA constituía un pago directo no resarcible a costa de la empresa, por sana que fuera su situación económica⁹⁴. Y, por lo que respecta al 60% restante de la indemnización que el FOGASA satisfacía a los trabajadores, el derecho de resarcimiento del Fondo se daba contra la empresa y no contra los trabajadores, como se desprendía bien a las claras de los preceptos legales y reglamentarios reguladores de la materia, en los que se preveía expresamente la subrogación del Fondo en la posición de los trabajadores para reclamar de la empresa el importe de las prestaciones satisfechas.

III. Abono de parte de la indemnización por el FOGASA en los nuevos contratos de carácter indefinido tras la entrada en vigor de la Ley 35/2010

El apartado primero de la DT 3.^a de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, por la que se aprobaron medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, establecía que en los contratos de carácter indefinido, fueran ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 18 de junio de 2010, cuando el contrato se extinguiera por las causas previstas en los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores o en el art. 64 de la LC, una parte de la indemnización del trabajador sería objeto de resarcimiento al empresario por el FOGASA en una cantidad equivalente a 8 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año.

En cuanto al abono de parte de la indemnización por el FOGASA en los nuevos contratos de carácter indefinido, cabía señalar lo siguiente:

1.º) La responsabilidad que establecía la DT 3.^a de la Ley 35/2010 era directa y no precisaba de la acreditación de la insolvencia singular o concursal del empresario.

2.º) La responsabilidad del FOGASA estaba sujeta a la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Había de tratarse de contratos de carácter indefinido, fueran ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 18 de junio de 2010 (DT 3.^a.1 Ley 35/2010). El abono del 40% de la indemnización legal en las empresas de menos de 25 trabajadores, para los contratos de carácter indefinido, fueran ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, seguía rigiéndose por lo dispuesto en el art. 33.8 del ET (DT 3.^a.5 Ley 35/2010). La dicción literal de tales prescripciones y la circunstancia de que el apartado 5 de la DT 3.^a de la Ley 35/2010 no dejase a salvo lo dispuesto en el art. 33.8 del ET respecto de los contratos temporales, daba pie a entender que el FOGASA no abonaba el 40% de la indemnización legal cuando se trataba de contratos de duración determinada, ni siquiera cuando se habían celebrado con anterioridad al 18 de junio de 2010⁹⁵.

ROMERO DE BUSTILLO, S., "El Fondo de Garantía Salarial: puntos críticos (I)", cit., pág. 28; y STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2008 (Rec. 5601/2007).

⁹⁴ STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2008 (Rec. 5601/2007).

⁹⁵ En sentido contrario, BLASCO PELLICER, A., «La reforma de la extinción del

b) El abono de las prestaciones de garantía salarial procedía siempre que el contrato hubiera tenido una duración superior a un año y cualquiera que fuera el número de trabajadores de la empresa (DT 3.ª.3 L. 35/2010). Por el contrario, en los contratos de duración inferior la indemnización establecida legalmente corría cargo exclusivo del empresario (DT 3.ª.3 L. 35/2010). Por consiguiente, el FOGASA no abonaba el 40% de la indemnización legal cuando los contratos indefinidos (ordinarios o de fomento de la contratación indefinida), celebrados a partir del 18 de junio de 2010, se extinguían por las causas previstas en los arts. 51 y 52 del ET o en el art. 64 de la LC, antes de alcanzar el año de vigencia, aunque la empresa tuviera menos de 25 trabajadores.

Por último, el abono de parte de la indemnización por el FOGASA en los nuevos contratos de carácter indefinido procedía cualquiera que fuera el número de trabajadores de la empresa (DT 3.ª.3 L. 35/2010). La ampliación de la subvención a fondo perdido del coste del despido a todas las empresas, independientemente del tamaño, iba a suponer un fuerte gasto para la institución de garantía salarial y eliminaba la discriminación positiva de la que se beneficiaban las pequeñas empresas que servía para mejorar la redistribución sectorial y empresarial de la renta⁹⁶.

3.º) El abono por el FOGASA de parte de la indemnización en los nuevos contratos de carácter indefinido procedía cuando el contrato se extinguía por «*las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*» (DT 1.ª L. 35/2010). Al no distinguirse en la Ley, la extinción podía tener su origen tanto en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como en supuestos de fuerza mayor. Y, en el primer supuesto, tanto si la extinción de los contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se producía conforme a los procedimientos de los arts. 51 del ET y 64 de la LC como por la vía del art. 52.c) del ET. Por lo demás, como la Ley hacía referencia a la extinción de los contratos por las causas previstas en el art. 52 del ET sin distinciones, el FOGASA abonaba parte de las indemnizaciones derivadas del despido objetivo por las causas previstas en las letras a), b) y d) e, incluso, en la e) del referido precepto. Y ello tanto si el despido objetivo era calificado como improcedente o nulo como procedente. Así lo venía a confirmar el apartado 2 de la DT 3.ª de la Ley 35/2010, al señalar que la indemnización se calculaba según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se tratase y de su calificación judicial o empresarial. Es más, no era exigible, a diferencia del supuesto contemplado en el art. 33.2 del ET, que la indemnización estuviera reconocida como consecuencia de sentencia, auto o acto de conciliación judicial, por lo que bastaba con la comunicación empresarial escrita de su decisión extintiva, no siendo necesaria una declaración judicial sobre la procedencia o improcedencia del despido para poder acceder a la prestación de garantía salarial. Y, de ahí, que el apartado 4 de la DT 3.ª del ET dispusiera que, a los efectos previstos en esta disposición, el empresario debía hacer constar en la comunicación escrita al trabajador el salario diario que hubiera servido para el cálculo de la indemnización a su cargo. En definitiva, el FOGASA venía a sufragar a fondo perdido parte del coste de la indemnización en los despidos objetivos fallidos, lo

contrato de trabajo en el RDL 10/2010» en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 71.

⁹⁶ RAMÓN DANGLA, R., “La reforma laboral de 2010 y sus efectos económicos sobre el fondo de garantía salarial (FOGASA)”, *Revista de Economía Crítica*, nº 12, 2011, pág. 101.

que incentivaba el despido improcedente en vez de fomentar el rigor en la administración y gestión de las unidades productivas, al tiempo que fomentaba la competencia desleal entre los empresarios⁹⁷.

4.º) El FOGASA resarcía al empresario de una parte de la indemnización que correspondía *«al trabajador {...} en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año»* (DT 3.ª.1 L. 35/2010). Y, a tales efectos, la indemnización se calculaba según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se tratase y de su calificación judicial o empresarial (DT 3.ª.2 L. 35/2010). De este modo, una vez determinado el importe de la indemnización legal a razón de 20, 45 o 33 días del haber diario percibido por el trabajador en la fecha del cese por año de servicio en la empresa, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores, el empresario era resarcido por el FOGASA en una cantidad equivalente a 8 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. Por lo demás, el inciso final del apartado 2 de la DT 3.ª de la Ley 35/2010 establecía que no era de aplicación en este supuesto *«el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización previsto en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores»*. Es decir, no entraba en juego el límite del salario regulador de las prestaciones (el triple del SMI) que establecía el art. 33.2 del ET, en su versión dada por la Ley 43/2006, para el resto de supuestos en los que respondía el FOGASA. Por ello, y a fin de facilitar el pago de la prestación de garantía salarial en los casos en los que la indemnización no viniera reconocida en sentencia, auto o acto de conciliación judicial, el apartado 4 de la DT 3.ª de la Ley 35/2010 disponía que, a los efectos previstos en esta disposición, el empresario debía hacer constar en la comunicación escrita al trabajador el salario diario que hubiera servido para el cálculo de la indemnización a su cargo.

5.º) En cuanto a la titularidad del derecho, debía estarse a lo dispuesto en el apartado primero de la DT 3.ª de la Ley 35/2010, a cuyo tenor una parte de la indemnización que correspondía al trabajador sería objeto de resarcimiento al empresario por el FOGASA. De este modo, era la empresa, y no el trabajador, quien se encontraba legitimado para reclamar el abono de la prestación indemnizatoria. Esta interpretación parecía la más adecuada no sólo con la redacción literal de la Ley 10/2010, sino también con los antecedentes legislativos de la misma. En efecto, la DT 3.ª.1 del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio —luego convertido en la 35/2010—, disponía que una parte de la indemnización que correspondía al trabajador sería *«abonada directamente por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año»*. De esta forma, el trabajador podía solicitar la prestación de garantía salarial directamente al FOGASA, quedando relevada la empresa de su abono. En cambio, en el marco de la Ley 35/2010 era el empresario quien podía solicitar la devolución de parte de la indemnización, lo que suponía que antes la había tenido que abonar al trabajador. Y el cambio no era baladí, ya que, de este modo, se cerraba la posibilidad de que el FOGASA pudiera asumir simultáneamente las responsabilidades previstas en la DT 3.ª de la Ley 10/2010 y en el art. 33.2 del ET. En este sentido, la Resolución de 3 de junio de 2011, del FOGASA, para la aplicación de la DT 3.ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE del 24), disponía que si

⁹⁷ RAMÓN DANGLA, R., “La reforma laboral de 2010...”, cit., pág. 96; y BLASCO PELLICER, A., «La reforma de la extinción ...», cit., pág. 70.

el empresario no había abonado la indemnización legal en su totalidad, no podía percibir esta prestación⁹⁸, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA respecto a la misma en virtud de lo establecido en el apartado 2.º del art. 33 del ET.

6.º) El plazo de prescripción para reclamar del FOGASA la cantidad equivalente a 8 días de salario por año de servicio era de un año, computándose en los mismos términos que se han señalado a propósito del art. 33.8 del ET.

7.º) En línea con lo indicado en el preámbulo de la Ley en el sentido de que esta medida no suponía una asunción por el Estado de una parte de los costes extintivos ya que se instrumentaba a través de un organismo público que se nutría exclusivamente de cotizaciones empresariales, se establecía que el abono de parte de la indemnización a que se refería esta disposición se financiaba con cargo al FOGASA (DT 3.ª.6 L. 35/2010).

8º) Esta medida, como se declaraba en el preámbulo de la Ley 35/2010, quería tener, no obstante, un carácter coyuntural y servir como transición hacia un modelo de capitalización individual mantenido a todo lo largo de la vida laboral, por un número de días por año a determinar, para cuya regulación el Gobierno aprobaría un Proyecto de Ley. Y, por ello, el apartado séptimo de la DT 3.ª de la Ley 35/2010 disponía que lo establecido en esta disposición sería de aplicación hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de capitalización a que se refería la DA 10ª, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2011.

En fin, esta prestación de garantía salarial constituía una medida de carácter coyuntural que había de servir de transición hacia el modelo de capitalización individual, al que alude la DA 10ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre. Sin embargo, el establecimiento de un Fondo de capitalización individual inspirado en el modelo austríaco de indemnización por despido sin un incremento paralelo de las cotizaciones, difícilmente puede ser sostenible. De ahí, que el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, modificase el apartado 7 de la DT 3ª de la Ley 35/2010, para ampliar la vigencia de esta disposición hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha en la que debería haberse adoptado la decisión que correspondiera sobre la constitución y entrada en funcionamiento de un fondo de capitalización conforme a lo establecido en la DA 10ª de esta Ley.

El apartado 2 de la DT 3.ª de la Ley 35/2010 también fue modificado por el art. 3.2 del Real Decreto-ley 10/2011, quedando redactado de la siguiente manera:

- Cuando se trataba de contratos de carácter indefinido, ya fueran ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2011, la indemnización se calculaba según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se tratase y de su calificación judicial o empresarial.

- Cuando se trataba de contratos de carácter indefinido, ya fueran ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 1 de enero de 2012, la indemnización se calculaba según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se tratase, no siendo de aplicación el resarcimiento por el FOGASA en las extinciones por las causas previstas en el art. 52 del

⁹⁸ STSJ de Galicia de 11 de mayo de 2012 (Rec. 711/2012).

ET reconocidas por el empresario o declaradas judicialmente como improcedentes.

- No era de aplicación en estos supuestos el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización previsto en el art. 33.2 del ET.

IV. Abono de parte de las indemnizaciones por extinciones de contratos indefinidos en empresas de menos de veinticinco trabajadores tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012

El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, derogó la DT 3ª de la Ley 35/2010 y dio una nueva redacción al art. 33.8 del ET que pasó a tener el siguiente tenor:

«En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. No será de aplicación el resarcimiento por el Fondo de Garantía Salarial en las extinciones que hayan sido declaradas como improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como mediante sentencia.

El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo.»

Al respecto convenía subrayar lo siguiente:

1.º) Tal redacción conservó validez desde el 12 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor del referido Real Decreto-Ley, hasta el 8 de julio de 2012, fecha de entrada en vigor, a su vez, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, cuyo artículo 19 dio al apartado 8 del art. 33 del ET una nueva redacción.

2.º) El nuevo art. 33.8 del ET heredó rasgos tanto de su predecesor como de la desaparecida DT 3.ª de la Ley 35/2010.

3.º) La responsabilidad que establecía el nuevo art. 33.8 del ET seguía siendo directa, no precisando de la acreditación de la insolvencia singular o concursal del empresario.

4.º) La legislación aplicable en supuestos de responsabilidad directa del FOGASA viene determinada por el momento en que se produce la extinción del contrato de trabajo⁹⁹. Por consiguiente, si las extinciones de produjeron entre el 12 de febrero de 2012

⁹⁹ STSJ de Andalucía de 18 de julio de 2012 (Rec. 1110/2012). Había de estarse a la fecha de la extinción del contrato de trabajo –no a la fecha de la comunicación del despido- [SSTSJ de Cataluña de 25 de julio de 2014 (Rec. 3096/2014) y de Andalucía de 12 de noviembre de 2014 (Rec. 1795/2014) y 4 de diciembre de 2014 (Rec. 1933/2014)]. En cambio, la STSJ de Castilla y León de 10 de noviembre de 2014 (Rec. 571/2014)

al 7 de julio de 2012, las únicas posibilidades de intervención del FOGASA sin que existiera insolvencia empresarial eran las previstas en los arts. 51.7 y 33.8 del ET, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2012¹⁰⁰.

5.º) La responsabilidad que el nuevo art. 33.8 del ET establecía con cargo al FOGASA estaba sujeta a la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Había de tratarse de contratos de carácter indefinido (ordinarios, de fomento de la contratación indefinida o de apoyo a los emprendedores), siendo indiferentes la fecha de su celebración y el período de vigencia del contrato en el momento de la extinción. Por el contrario, quedaban fuera todos los contratos temporales.

b) La empresa debía tener menos de 25 trabajadores. En cuanto al centro de imputación normativa de esta exigencia, los trabajadores computables y el momento en que debía realizarse el cómputo, valían las consideraciones vertidas por la doctrina judicial y científica a propósito del antiguo art. 33.8 del ET¹⁰¹.

c) El resarcimiento por el FOGASA de parte de la indemnización procedía cuando el contrato se extinguiera por *«las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal»*. De este modo, la extinción podía tener su origen tanto en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como en supuestos de fuerza mayor. Y, en el primer supuesto, tanto si la extinción de los contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se producía conforme a los procedimientos de los arts. 51 del ET y 64 de la LC como por la vía del art. 52.c) del ET. Ahora bien, para que surgiera la responsabilidad directa del FOGASA, era preciso que concurriesen las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y se respetasen con rigor y exactitud los procedimientos previstos en dichos preceptos¹⁰². En fin, la Ley hacía referencia a la extinción de los contratos por las causas previstas en el art. 52 del ET, por lo que el FOGASA también abonaba parte de las indemnizaciones derivadas del despido objetivo por las causas previstas en las letras a), b) y d) y e) del referido precepto.

d) No era de aplicación el resarcimiento por el FOGASA en las extinciones que hubieran sido *«declaradas como improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como mediante sentencia»*. De este modo, si se interponía demanda de despido y se reconocía la improcedencia del despido en el acta de conciliación extrajudicial o judicial o se dictaba sentencia declarando dicho despido improcedente, no procedía el resarcimiento por el FOGASA de parte de la indemnización, sin perjuicio del reconocimiento de prestaciones de garantía salarial, con sus límites, en caso de insolvencia empresarial. Es más, aunque el trabajador no impugnase la decisión extintiva, ello no quería decir que el FOGASA quedase obligado ya inexorablemente al cumplimiento de la obligación que le imponía el nuevo art. 33.8 del ET, siendo de aplicación a tales efectos los criterios jurisprudenciales anteriores a la reforma de 2012

consideraba que, a la hora de determinar la normativa aplicable, había de estarse a la fecha de entrega de la comunicación escrita del despido.

¹⁰⁰ SSTSJ de Aragón de 17 de enero de 2014 (Rec. 627/2013), de Cataluña de 25 de julio de 2014 (Rec. 2130/2014) y de Galicia de 29 de junio de 2016 (Rec. 4165/2015).

¹⁰¹ STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2014 (Rec. 2130/2014).

¹⁰² STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2015 (Rec. 354/2015).

en torno al antiguo art. 33.8 del ET.

6.º) El FOGASA resarcía al empresario «*en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año*» y el cálculo del importe de este abono se realizaba sobre «*las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo*». De esta manera, una vez calculado el importe de la indemnización a razón de 20 días del haber diario percibido por el trabajador a la fecha del cese -o del triple del SMI vigente, si aquél era superior a esta cifra- por año de servicio en la empresa, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de una anualidad, el FOGASA respondía directamente del 40% de la citada indemnización (los 8 días equivalían al 40% de la indemnización legal de 20 días) y subsidiariamente en caso de insolvencia empresarial del 60% restante.

7.º) De conformidad con el nuevo art. 33.8 del ET, una parte de la indemnización que correspondía al trabajador era «*objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial*», por lo que era el empresario quien podía solicitar la prestación de garantía salarial, lo que implicaba que antes tenía que haber abonado la totalidad de la indemnización al trabajador¹⁰³. Así, no procedía trasladar al FOGASA la responsabilidad directa del pago del 40% de la indemnización por despido prevista en el art. 33.8 del ET, pues a diferencia de la regulación tradicional del mencionado precepto estatutario, en que del hecho del despido nacía una deuda directa del expresado Organismo público, en los nuevos supuestos de extinciones producidas entre el 12 de febrero de 2012 y el 8 de julio de 2012 el despido hacía nacer la completa deuda indemnizatoria a cargo del empresario, mientras que este tenía derecho, una vez efectuado su abono al trabajador, a ser resarcido de la correspondiente cuantía por la institución de garantía salarial¹⁰⁴. No obstante, el cumplimiento de los requisitos de forma del despido por causas objetivas, a tenor del art. 53.1.b) del ET, exigía que la empresa pusiera a disposición del trabajador la indemnización correspondiente ya en el mismo momento de la comunicación extintiva, por lo que, para determinar las responsabilidades de la empresa, había que estar a la fecha de la carta de despido y no a la de sus efectos. Por ello, aunque en la fecha de efectos del despido, ya hubiera entrado en vigor el Real Decreto-Ley 3/2012, si en el momento de la comunicación extintiva todavía no había entrado en vigor la modificación del art. 33.8 del ET operada por el citado Real Decreto-Ley, y en la redacción vigente en aquel momento se disponía que "*el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido...*", el citado organismo tenía el carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores del pago de dicho porcentaje, por lo que la obligación de puesta a disposición se refería únicamente al importe (60%) que corría a cargo del empresario, no ofreciendo duda alguna la legitimación del trabajador para reclamar al FOGASA el 40% de la indemnización¹⁰⁵.

¹⁰³ SSTSJ de Asturias de 21 de junio de 2013 (Rec. 967/2013), de Aragón de 17 de enero de 2014 (Rec. 627/2013), de Cataluña de 25 de julio de 2014 (Rec. 2130/2014) y 10 de octubre de 2014 (Rec. 3205/2014), de Andalucía de 4 de diciembre de 2014 (Rec. 1933/2014), de La Rioja de 12 de diciembre de 2014 (Rec. 183/2014), de Cataluña de 30 de enero de 2015 (Rec. 6910/2014) y de Madrid de 15 de junio de 2015 (Rec. 13/2015).

¹⁰⁴ SSTSJ de Cataluña de 30 de enero de 2015 (Rec. 6910/2014) y 9 de octubre de 2015 (Rec. 3626/2015).

¹⁰⁵ STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2015 (Rec. 4181/2015).

8.º) El plazo de prescripción para reclamar del FOGASA el importe del 40% de las indemnizaciones previstas en el art. 33.8 del ET era el de un año; plazo que se computaba a partir del momento en que se hacía efectivo el pago de la indemnización por el empresario¹⁰⁶. No obstante, si el empresario no había abonado la totalidad de la indemnización al trabajador, como este no estaba legitimado para solicitar del FOGASA responsabilidad directa alguna por el despido, tenía que presentar una demanda de reclamación de cantidad, instando el abono del 100% de la indemnización por despido, y una vez declarada la insolvencia de la empresa, podía presentar en el plazo de un año la solicitud de la prestación de garantía salarial ex art. 33.8 del ET¹⁰⁷.

V. Abono de parte de las indemnizaciones por extinciones de contratos indefinidos en empresas de menos de veinticinco trabajadores tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, volvió a dar una nueva redacción al art. 33.8 del ET que pasó a tener el siguiente tenor:

«En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Fondo de Garantía Salarial abonará al trabajador una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. No responderá el Fondo de cuantía indemnizatoria alguna en los supuestos de decisiones extintivas improcedentes, estando a cargo del empresario, en tales casos, el pago íntegro de la indemnización.»

El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo.»

Al respecto conviene subrayar lo siguiente:

1.º) Tal redacción conservó validez desde el 8 de julio de 2012, fecha de entrada en vigor Ley 3/2012, hasta el 1 de enero de 2014, fecha en que se suprimió el apartado 8 del art. 33 del ET por la DF 5ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PGE para el año 2014.

2.º) El nuevo art. 33.8 del ET heredó rasgos tanto del antiguo artículo 33.8 del ET como de la desaparecida DT 3.ª de la Ley 35/2010.

3.º) La responsabilidad que establecía el nuevo art. 33.8 del ET seguía siendo directa, no precisando de la acreditación de la insolvencia singular o concursal del empresario.

¹⁰⁶ Cfr. STSJ de Galicia de 29 de junio de 2016 (Rec. 4165/2015).

¹⁰⁷ STSJ de Galicia de 29 de junio de 2016 (Rec. 4165/2015).

4.º) El art. 33.8 del ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012, resultaba aplicable cuando las extinciones de producían entre el 8 de julio de 2012 y el 1 de enero de 2014¹⁰⁸.

5.º) La responsabilidad que el nuevo art. 33.8 del ET establecía con cargo al FOGASA estaba sujeta a la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Había de tratarse de contratos de carácter indefinido (ordinarios, de fomento de la contratación indefinida o de apoyo a los emprendedores), siendo indiferentes la fecha de su celebración y el período de vigencia del contrato en el momento de la extinción. Por el contrario, quedaban fuera todos los contratos temporales.

b) La empresa debía tener menos de 25 trabajadores. En cuanto al centro de imputación normativa de esta exigencia, los trabajadores computables y el momento en que debe realizarse el cómputo, valían las consideraciones vertidas por la doctrina judicial y científica a propósito del antiguo art. 33.8 del ET¹⁰⁹.

Por lo demás, en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, la insuficiencia presupuestaria que permite extinguir los contratos de trabajo viene referida a cada una de las entidades de derecho público (DA 20ª ET). De esta forma, se viene a excepcionar el principio de personalidad jurídica única de las Administraciones Públicas, con el resultado de que a la hora de determinar si concurren o no las causas económicas ha de estarse a la situación presupuestaria de la entidad de derecho público de que se trate. Además, los arts. 35 y 36 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, delimitan el ámbito en el que se debe aplicar la escala del art. 51.1 del ET para dilucidar si el despido es colectivo o individual y si se ha de seguir o no la tramitación del procedimiento de despido colectivo, por referencia al correspondiente Departamento Ministerial, ente, Organismo o entidad dependiente de la Administración General del Estado, la Consejería u órgano que determinen las Comunidades Autónomas o el ente u Organismo vinculado o dependiente de estas, y la correspondiente entidad local o entes, u organismos o entidades vinculados o dependientes de esta¹¹⁰. Es decir, el RD 1483/2012 parcela el procedimiento por Administraciones Públicas, entidades y organismos, a pesar de que la insuficiencia de las entidades y organismos está directamente relacionada con la financiación que reciben de la Administración matriz y de que la insuficiencia presupuestaria es de la correspondiente Administración Pública en su conjunto. Por consiguiente, la simple vinculación y dependencia económica de una entidad de derecho público respecto de determinada Administración Pública (territorial o institucional) no da lugar a que deba apreciarse la existencia de un grupo empresarial a efectos laborales¹¹¹. De este modo, solo

¹⁰⁸ SSTSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2013 (Rec. 474/ 2013 y 475/2013) y 29 de enero de 2014 (Rec. 2022/2013) y de Galicia de 5 de diciembre de 2014 (Rec. 2800/2013) y 29 de junio de 2016 (Rec. 4165/2015).

¹⁰⁹ SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2014 (Rec. 372/2014), de Cantabria de 5 de noviembre de 2015 (Rec. 521/2015) y de Cataluña de 17 de marzo de 2016 (Rec. 253/2016).

¹¹⁰ Cfr. STSJ Castilla y León 10 abril 2013 (Rec. 543/2013).

¹¹¹ SSTSJ de La Rioja de 13 de febrero de 2014 (Rec. 10/2014) y 2 de octubre de 2014 (Rec. 150/2014).

en el caso de que se acreditase la concurrencia de circunstancias específicas, o patológicas (propias de los grupos de empresa a efectos laborales), que evidenciasen una manifiesta confusión en orden a determinar la titularidad de las relaciones laborales constituidas por la entidad de Derecho Público, cabría considerar que ambas conjuntamente tienen la condición de empresario en esas relaciones laborales y, por lo tanto, habría que considerar que todos los trabajadores de las mismas pertenecían a una sola empresa.

c) El abono por el FOGASA de parte de la indemnización procedía cuando el contrato se extinguía por «*las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*». De este modo, la extinción podía tener su origen tanto en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como en supuestos de fuerza mayor. Y, en el primer supuesto, tanto si la extinción se producía conforme a los procedimientos de los arts. 51 del ET y 64 de la LC como por el cauce del art. 52.c) del ET¹¹². La Ley hacía referencia a la extinción de los contratos por las causas previstas en el art. 52 del ET, por lo que el FOGASA abonaba también parte de las indemnizaciones derivadas del despido objetivo por las causas previstas en las letras a), b), d) y e) del mencionado precepto.

d) El FOGASA no respondía de cuantía indemnizatoria alguna en los supuestos de «*decisiones extintivas improcedentes*». Por consiguiente, para que naciera la responsabilidad directa del FOGASA, era preciso que concurrieran las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y se respetasen con rigor los procedimientos previstos en los antecitados preceptos¹¹³. Si se interponía demanda de despido y se reconocía la improcedencia del despido en el acta de conciliación extrajudicial o judicial o se dictaba sentencia declarando dicho despido improcedente, aquél no respondía de parte de la indemnización, sin perjuicio del reconocimiento de prestaciones de garantía salarial, con sus límites, en caso de insolvencia de la empresa. Es más, aunque el trabajador no impugnase la decisión extintiva, ello no significaba que el FOGASA quedase obligado ya inexorablemente al cumplimiento de la obligación que le imponía el art. 33.8 del ET¹¹⁴.

6º) En los supuestos en los que no se cumplían los requisitos anteriores, ya fuera porque la empresa rebasaba el máximo legal de 25 trabajadores o el empresario acordaba el despido objetivo eludiendo el preceptivo procedimiento del despido colectivo, procedía la denegación por el FOGASA de las prestaciones de garantía salarial ex art. 33.8 del ET. En tal caso, los trabajadores debían formular demanda frente a dicho organismo para que se le condenase al abono de la prestación o se declarase en su caso la falta de responsabilidad de dicho organismo, en cuyo supuesto aquellos tenían acción para dirigirse contra la empresa empleadora demandando el abono del 40% de la indemnización¹¹⁵. El plazo para el ejercicio de dicha acción era de un año y debía computarse desde el momento en que los trabajadores tenían conocimiento de que el FOGASA no asumía el abono del 40% de la indemnización, pues hasta ese momento los trabajadores actuaban en la creencia equivocada de que la empresa sólo debía hacerse

¹¹² STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2014 (Rec. 6113/2013).

¹¹³ STSJ de Galicia de 14 de octubre de 2015 (Rec. 3683/2014).

¹¹⁴ STSJ de Asturias de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 1634/2014).

¹¹⁵ STSJ de Andalucía de 10 de diciembre de 2015 (Rec. 2961/2014). Cfr. STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2016 (Rec. 755/2015).

cargo del 60% del importe indemnizatorio¹¹⁶. Por lo demás, la empresa debía responder de la indemnización total por la extinción del contrato de trabajo, sin que pudiera aducir renuncia de sus derechos por parte de los trabajadores por contravenir dicha renuncia el art. 3.5 del ET¹¹⁷. El FOGASA respondía subsidiariamente en caso de insolvencia empresarial por el importe total de la indemnización, incluso por el 40%¹¹⁸.

7.º) El FOGASA abonaba al trabajador «una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año» y el cálculo del importe de este abono se realizaba «sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo». Así, una vez calculado el importe de la indemnización a razón de 20 días del haber diario percibido por el trabajador a la fecha del cese -o del doble del SMI vigente, si aquél fuera superior a esta cifra- por año de servicio en la empresa, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de una anualidad, el FOGASA respondía directamente del 40% de la citada indemnización (los 8 días equivalían al 40% de la indemnización legal de 20 días) y subsidiariamente en caso de insolvencia empresarial del 60% restante¹¹⁹. En cualquier caso, la suma de ambas responsabilidades no podía superar los límites del art. 33.2 del ET en la redacción vigente a la fecha de la declaración de la insolvencia empresarial, aunque en el intervalo temporal transcurrido entre la fecha del despido y la fecha de la insolvencia se hubiera producido un cambio legislativo que disminuyera los límites de las prestaciones de garantía salarial¹²⁰. Evidentemente el derecho del trabajador a percibir íntegra su indemnización, ya fuera la legal o la pactada, persistía y por tanto el empresario debía subvenir al pago de la diferencia que resultaba como consecuencia de la aplicación de los topes máximos previstos en el art. 33¹²¹. Por lo demás, los acuerdos individuales o colectivos fijando una indemnización mayor que la legal ni excluían ni aminoraban la responsabilidad directa del FOGASA¹²².

¹¹⁶ Cfr. STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2016 (Rec. 755/2015).

¹¹⁷ SSTSJ de las Islas Canarias de 18 de diciembre de 2015 (Rec. 1106/2015) y de Madrid de 12 de febrero de 2016 (Rec. 755/2015). Cfr. la STSJ de Galicia de 28 de junio de 2011 (Rec. 5314/2007).

¹¹⁸ STSJ de Castilla y León de 27 de enero de 2016 (Rec. 1877/2015).

¹¹⁹ SSTSJ de Castilla y León de 29 de enero de 2014 (Rec. 2022/2013) y de La Rioja de 8 de octubre de 2015 (Rec. 273/2015).

¹²⁰ SSTS de 12 de noviembre de 2014 (Rec. 188/2014) y 23 de noviembre de 2016 (Rec. 3842/2014); y SSTSJ de Aragón de 16 de octubre de 2013 (Rec. 418/2013) y 7 de noviembre de 2014 (Rec. 623/2014), y de Cataluña de 9 de diciembre de 2015 (Rec. 3491/2015), 3 de febrero de 2016 (Rec. 5083/2015), 4 de febrero de 2016 (Rec. 5500/2015), 17 de febrero de 2016 (Rec. 6290/2015), 18 de abril de 2016 (Rec. 963/2016), 20 de junio de 2016 (Rec. 2587/2016), 27 de junio de 2016 (Rec. 2656/2016), 14 de septiembre de 2016 (Rec. 3960/2016) y 24 de noviembre de 2016 (Rec. 3382/2016). Cfr. las SSTSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2015 (Rec. 3582/2015), 22 de octubre de 2015 (Rec. 3427/2015) y 23 de octubre de 2015 (Rec. 3665/2015), y de Madrid de 6 de mayo de 2016 (Rec. 217/2016).

¹²¹ SSTSJ de Canarias de 18 de diciembre de 2015 (Rec. 1106/2015) y de las Islas Canarias de 22 de diciembre de 2015 (Rec. 986/2015).

¹²² SSTSJ de La Rioja de 13 de febrero de 2014 (Rec. 10/2014) y 2 de octubre de 2014 (Rec. 150/2014).

8.º) De conformidad con el art. 33.8 del ET, la institución de garantía salarial abonaba “*al trabajador una parte de la indemnización*”. De este modo, este podía solicitar la prestación de garantía salarial directamente al FOGASA¹²³, quedando relevada la empresa de su abono¹²⁴. No obstante, como subraya la STS de 10 de diciembre de 2014 (Rec. 1182/2014), tras la reforma laboral de 2012 la empresa seguía estando legitimada para reclamar al Fondo el importe de la indemnización que había anticipado a los trabajadores despedidos y que correspondía abonar a aquel organismo¹²⁵. En efecto, una cosa es que el trabajador fuera el titular legítimo de la parte de la indemnización que legalmente se disponía a cargo de aquel organismo y otra muy diferente era la posible legitimación de la empresa para reclamar aquel montante cuando -con plausible beneficio para los trabajadores- había anticipado el abono de aquella cantidad. Desde el momento en que el nuevo art. 33.8 del ET no disponía expresamente que en tal supuesto se excluyera un posible fenómeno subrogatorio, nada impedía -antes al contrario- que cuando mediase pago anticipado la falta de regulación del caso en el ámbito laboral fuera suplida por heterointegración con la normativa propia del Código Civil, concretamente la relativa al pago por subrogación, porque con ello no se hacía sino seguir el mandato de supletoriedad contenido en el art. 4.3 del mismo Código Civil [«*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes*»]. Además, la solución contraria, de negar la subrogación, “*significaría -por su falta de amparo legal expreso o implícito- injustificado perjuicio para los trabajadores, a quienes se les vendría a negar la viabilidad de una pronta y favorable solución a su cuestión indemnizatoria [no es imaginable que la empresa anticipase el pago si para reintegrarse hubiese de esperar a que los empleados despedidos lo obtuviesen del Organismo de garantía y aún después que la empleadora tuviera que reclamárselo], a la par que muy malamente se compagina con la finalidad atribuible a la responsabilidad directa del FOGASA, que no es otra sino la de alivio o reducción del coste financiero que suponen los despidos económicos en determinadas empresas pequeñas [las que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores]*»”. Por ello, en los supuestos del debatido anticipo procedía aplicar los arts. 1.203, 1.210 y 1.212 del Código Civil, mediante los cuales el Derecho Común dispone una subrogación «*ope legis*» a favor del *solvens* y aún en contra de la voluntad del acreedor inicial y del deudor.

9.º) El plazo de prescripción para reclamar del FOGASA el importe del 40% de las indemnizaciones previstas en el art. 33.8 del ET era de un año y se computaba en los

¹²³ SSTSJ de Madrid de 16 de diciembre de 2013 (Rec. 1242/2013) y de Castilla y León de 2 de julio de 2014 (Rec. 451/2014).

¹²⁴ SSTSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2013 (Rec. 474/2013), de Madrid de 16 de diciembre de 2013 (Rec. 1242/2013), de Extremadura de 8 de julio de 2014 (Rec. 223/2014), de Cantabria de 11 de julio de 2014 (Rec. 372/2014) y de Cataluña de 11 de noviembre de 2014 (Rec. 5114/2014).

¹²⁵ En el mismo sentido, las SSTSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2015 (Rec. 5815/2014), de Castilla y León de 12 de marzo de 2015 (Rec. 98/2015), de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2015 (Rec. 1447/2014), de la Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 2015 (Rec. 2509/2014), de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2015 (Rec. 1279/2014), de Cataluña de 15 de julio de 2015 (Rec. 2424/2015), de Madrid de 8 de septiembre de 2015 (Rec. 174/2015), de Andalucía de 25 de noviembre de 2015 (Rec. 1613/2015), de Castilla-La Mancha de 26 de noviembre de 2015 (Rec. 291/2015), de Andalucía de 15 de diciembre de 2015 (Rec. 3092/2014) y de Galicia de 28 de abril de 2016 (Rec. 290/2015).

mismos términos que se han señalado a propósito del antiguo art. 33.8 del ET.

VI. La derogación del apartado 8 del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores

La DF 5.^a de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PGE para 2014, ha suprimido el apartado 8 del art. 33 del ET «*con efectos de 1 de enero de 2014 y vigencia indefinida*». Por consiguiente, si el despido del trabajador se produce a partir de dicha fecha, el FOGASA no asumirá el 40% de la indemnización legal. La responsabilidad directa de la institución de garantía salarial no surge hasta la fecha de la extinción del contrato, por lo que es en ese momento cuando deben concurrir los requisitos que señalan su responsabilidad¹²⁶.

¹²⁶ Sin embargo, la STSJ de Madrid de 15 de febrero de 2016 (Rec. 414/2015) afirma lo siguiente: “*El Acuerdo alcanzado el 2 de diciembre de 2013 y el escrito que se presentó el 3 de diciembre de 2013 solicitando la extinción colectiva de las relaciones laborales, eran anteriores a la modificación operada del apartado 8 del artículo 33 del ET, por lo que debe aplicarse la legislación existente en el momento en que se alcanzó el Acuerdo y se presentó el escrito en el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid, de acuerdo con las disposiciones transitorias citadas del Código Civil. Además, como señala la sentencia recurrida, en el procedimiento que dio lugar al Auto de 22 de enero de 2014, que extingue los contratos de trabajo, el Fogasa fue parte, estando informado tanto de lo solicitado como de lo acordado en el Auto, que consta debidamente notificado, y de no estar conforme con el mismo, debió recurrirlo, por lo que el citado organismo debe abonar los 8 días de indemnización (último párrafo del segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida) por año de servicio siempre con el límite legal*”.