



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

“La responsabilidad subsidiaria del FOGASA respecto de los salarios e indemnizaciones por causa de despido o extinción de los contratos”

Presentado por:

Iván Bastante Iglesias

Tutelado por:

Javier Pinto Arranz

Valladolid, 9 de Julio de 2024

ÍNDICE

1. RESUMEN Y ABSTRACT	5
2. ABREVIATURAS	6
3. INTRODUCCIÓN	7
4. FOGASA	8
4.1 ANTECEDENTES Y CREACIÓN	8
4.2 FINES	11
4.3 ORGANIZACIÓN Y FINANCIACIÓN DEL FOGASA	12
5 RESPONSABILIDAD DEL FOGASA RESPECTO DE SALARIOS	15
5.1 CONCEPTO Y EXCLUSIONES	15
5.1.1 <i>CONCEPTO</i>	17
5.1.2 <i>CONCEPTOS EXCLUIDOS</i>	17
5.2 LÍMITES	17
5.2.1 <i>SALARIOS</i>	20
5.2.2 <i>SALARIOS DE TRAMITACIÓN</i>	24
6 RESPONSABILIDAD DEL FOGASA RESPECTO DE INDEMNIZACIONES	25
6.1 CONCEPTO Y EXCLUSIONES	25
6.2 CUANTÍAS PROTEGIDAS EN CUANTO A INDEMNIZACIONES	26
7 BENEFICIARIOS DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL	29
7.1 PERSONAS TRABAJADORAS EN SITUACIÓN ORDINARIA Y EN SITUACIÓN ESPECIAL	30
7.2 TRABAJADORES EXCLUIDOS PARA PERCIBIR LA PRESTACIÓN	34
8 PLAZO Y PROCEDIMIENTO PARA LA SOLICITUD DE PRESTACIONES	37
8.1 PLAZO	37
8.2 PROCEDIMIENTO	41
9 LA SUBROGACIÓN DEL FOGASA EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE CRÉDITO ABONADO.	46
9.1 DERECHOS QUE TRANSMITE LA SUBROGACIÓN	48
9.2 OBLIGACIONES QUE TRANSMITE LA SUBROGACIÓN	52
9.3 RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES FRENTE AL EMPRESARIO	54
9.3.1 <i>EL REQUERIMIENTO DE PAGO</i>	54
9.3.2 <i>LOS ACUERDOS DE DEVOLUCIÓN</i>	55
9.3.3 <i>LAS ADJUDICACIONES DE BIENES</i>	58
9.4 ACCIONES JUDICIALES FRENTE AL EMPRESARIO	59
10 CONCLUSIONES	61
11. BIBLIOGRAFÍA, WEBGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADA	64

1. RESUMEN Y ABSTRACT

El Fondo de Garantía Salarial es un organismo que ha evolucionado constantemente bajo la influencia de la doctrina jurídica en España. Al revisar las publicaciones dedicadas al estudio de este organismo protector, podemos observar los cambios continuos que ha experimentado y el importante papel que desempeña en el ámbito empresarial como proveedor principal de rentas laborales. La intervención del FOGASA, ya sea de forma directa o subsidiaria, no solo garantiza el cobro de salarios e indemnizaciones para los trabajadores beneficiarios, sino que también sirve como medida de apoyo y protección para las empresas que, por razones de producción, técnicas, económicas o de organización, no pueden asumir sus gastos y necesitan reestructurar su plantilla.

La finalidad principal de este organismo es asegurar el pago de salarios pendientes e indemnizaciones a aquellos trabajadores que se encuentran en una situación vulnerable porque la empresa para la que trabajaban no puede cumplir con sus obligaciones de pago. A pesar de la pronta respuesta del FOGASA frente a estas deudas, no cubre la totalidad de las mismas, ya que se establecen límites máximos para los pagos a los trabajadores.

Tras diversas reformas laborales, el FOGASA ha demostrado ser capaz de adaptarse a estos cambios y a las nuevas formas de desarrollo económico empresarial. Ha implementado mecanismos tanto nuevos como más restrictivos para intentar cubrir, en la medida de lo posible, las cantidades adeudadas por los empleadores a los trabajadores. Estas restricciones sobre los límites "máximos que asumirá el Fondo" se han vuelto cada vez más estrictas con las sucesivas reformas laborales.

Además, el FOGASA ha desempeñado un papel crucial en la sostenibilidad del mercado laboral, proporcionando un colchón de seguridad no solo para los trabajadores afectados, sino también para las empresas que enfrentan dificultades financieras, facilitando así la continuidad de su actividad y la preservación de empleo en tiempos de crisis.

Palabras claves: FOGASA, beneficiarios, insolvencia, salario, indemnización, responsabilidad subsidiaria, prestaciones.

ABSTRACT

The Salary Guarantee Fund is an organization that has constantly evolved under the influence of legal doctrine in Spain. By reviewing the publications dedicated to the study of this protective organization, we can observe the continuous changes it has experienced and the important role it plays in the business field as the main provider of labor income. FOGASA's intervention, whether directly or subsidiary, not only guarantees the collection of salaries and compensation for beneficiary workers, but also serves as a support and protection measure for companies that, for production, technical, economic reasons or organization, they cannot bear their expenses and need to restructure their staff.

The main purpose of this body is to ensure the payment of outstanding salaries and compensation to those workers who are in a vulnerable situation because the company for which they worked cannot meet its payment obligations. Despite FOGASA's prompt response to these debts, it does not cover all of them, since maximum limits are established for payments to workers.

After various labor reforms, FOGASA has proven to be capable of adapting to these changes and new forms of business economic development. It has implemented both new and more restrictive mechanisms to try to cover, to the extent possible, amounts owed by employers to workers. These restrictions on the "maximum limits that the Fund will assume" have become increasingly strict with successive labor reforms.

Furthermore, FOGASA has played a crucial role in the sustainability of the labor market, providing a security cushion not only for affected workers, but also for companies facing financial difficulties, thus facilitating the continuity of their activity and the preservation of employment. in times of crisis.

Key words: FOGASA, beneficiaries, insolvency, salary, compensation, subsidiary liability, benefits.

2. ABREVIATURAS

Art./arts. Artículo/Artículos

BOE Boletín Oficial del Estado

ET Estatuto de los Trabajadores

LRJS Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

FOGASA Fondo de Garantía Salarial

LC Ley Concursal

LRL Ley de Relaciones Laborales

R.D.L Real Decreto Ley S Sentencia

SMI Salario Mínimo Interprofesional

DOF RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre Organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial

3. INTRODUCCIÓN

El fondo de garantía salarial (FOGASA) es un organismo autónomo de carácter administrativo que depende del Ministerio de empleo y seguridad social, posee personalidad jurídica y capacidad de obrar propia, su función principal es el abono de créditos a los trabajadores por salarios o indemnizaciones cuando la empresa se encuentre en insolvencia o haya sido declarada en concurso. Además, asumirá también la responsabilidad en los casos en los que se extingan los contratos por causas de fuerza mayor.

Sin embargo, los empleados que recibirán los pagos pendientes serán aquellos que mantengan una relación de trabajo bajo dependencia, ya sea bajo un régimen laboral estándar, sin importar su nacionalidad, régimen de seguridad social, empleador, modalidad de servicio o condiciones derivadas del mismo. Por otro lado, existen trabajadores que pueden estar sujetos a relaciones laborales especiales, los cuales presentan particularidades intrínsecas específicas que serán reguladas por separado.

En cuanto a las cantidades adeudadas por concepto de salarios o indemnizaciones, estos trabajadores tendrán derecho a recibirlas, sujetas a

límites que varían dependiendo de si se trata de salarios pendientes o indemnizaciones.

El FOGASA asumirá tanto los salarios impagados como los salarios devengados, las pagas extraordinarias y los salarios de tramitación, siempre que estén reconocidos mediante un acuerdo de conciliación o una resolución judicial que certifique la existencia de las sumas adeudadas. Una vez confirmada esta deuda salarial, el organismo procederá a su pago, teniendo en cuenta una serie de límites que se detallarán más adelante.

En el caso de las indemnizaciones, es indispensable que estén documentadas dentro del proceso laboral mediante un acuerdo de conciliación judicial, una sentencia, un auto judicial o una resolución administrativa a favor del trabajador, en los casos de despido o terminación de la relación laboral especificados en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, existen situaciones que no estarán cubiertas por la protección del FOGASA

El periodo para poder solicitar las prestaciones que ofrece este Fondo de Garantía Salarial es de un año a contar desde la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución de la autoridad laboral en que se reconozca la deuda o se fije la indemnización y una vez que este efectúe los pagos correspondientes se subrogara en el derecho de crédito y pasara a ser acreedor.

4. FOGASA

4.1 ANTECEDENTES Y CREACIÓN

Este organismo fue creado por el artículo 31 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales¹ que establecía que “para garantizar y anticipar a los trabajadores contratados el percibo de sus remuneraciones correspondientes a tres meses como máxima, y que estén pendientes de pago, así como para hacer efectivas las cotizaciones correspondientes a la Seguridad Social por igual

¹ BOE Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1976-8373>

período, y las prestaciones e indemnizaciones sustitutivas del salario o de las prestaciones sociales, en los casos de insolvencia, suspensión de pagos o quiebra de las empresas, se constituirá un Fondo de Garantía Salarial”.

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 que acabamos de nombrar establecía que se trataba de una norma preconstitucional tenía “un propósito de actualización y perfeccionamiento de aspectos fundamentales de la normativa del trabajo, introduciendo normas nuevas o actualizando otras que se consideran superadas por la realidad”. A continuación, y en relación con esta exposición de motivos manifiesta lo siguiente:

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

En el artículo 31 de esta ley, se usa por primera vez la denominación de Fondo de Garantía Salarial, indicando que tendrá un carácter interempresarial. En esta primera regulación que se hace, se limita a tratar cuestiones administrativas, y no se indica ninguna referencia al carácter procesal de este Organismo, esto podría ser porque no se tuviera en mente el carácter procesal y únicamente su naturaleza prestacional. Sobre esta cuestión tampoco se observa referencia en el Real Decreto 317/1977, de 4 de marzo, por el que se constituye y regula el Fondo de Garantía Salarial, este Real Decreto y el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977 de 4 de marzo establecieron su estructura interna que constaba de un Consejo Rector y la Comisión Central y en el ámbito provincial las Comisiones Provinciales. Estos órganos estaban formados en igualdad por la Administración y los representantes de empresarios y trabajadores. Para poder llevar a cabo la impugnación de las resoluciones de las Comisiones Provinciales había que interponer el Recurso de Alzada ante la Comisión Central, por el que se agotaba la vía y el ulterior acceso a la vía jurisdiccional contencioso administrativa. La financiación del fondo correspondía

a las empresas mediante una cotización específica regulada mediante reglamentos².

Las reformas posteriores operadas por los citados R.D. 317/1977 y R.D. Ley 17/1977, fueron completadas por el R.D. Ley 34/1978 de Reforma del Fondo de Garantía Salarial que estableció una Secretaría General³.

Con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 8/1980 se estableció en su art. 33 una nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial⁴. En relación con las normas anteriores se configuró además la audiencia del FOGASA en los procedimientos concursales, y también a la previa la declaración de insolvencia. Se mantienen los efectos subrogatorios del pago efectuado frente al empresario por las cantidades satisfechas. El R.D. 505/1985 el cual hoy se encuentra vigente, aunque con alguna reforma, reguló la organización y funcionamiento del Fondo. Esta norma se complementa con la disposición adicional primera, que establece que "no será necesaria la previa autorización de la Dirección General de lo Contencioso del Estado para el ejercicio de las acciones que puedan iniciarse para el reembolso de las cantidades pagadas por el Fondo de Garantía Salarial". Aunque, es importante señalar que la competencia procesal del Fondo se limita a una función de "seguimiento" algo vaga, al cumplimiento de los "trámites de audiencia" y al ejercicio de las "acciones subrogatorias", lo cual aparentemente excluye por el momento cualquier otro tipo de intervención procesal en la defensa de sus intereses más allá de las mencionadas⁵. Por lo tanto, será necesario recurrir a la legislación procesal específica para tratar de llenar este vacío y determinar de manera

² BOE Real Decreto 317/1977, de 4 de marzo, por el que se constituye y regula el Fondo de Garantía Salarial (DEROGADO) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-5966>

³ BOE Real Decreto-ley 34/1978, de 16 de noviembre, por el que se reforma el Fondo de Garantía Salarial (DEROGADO) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-28737>

⁴ BOE Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (DEROGADA) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-5683>

⁵ BOE Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-6029>

precisa cuáles son las capacidades del Fondo en el proceso laboral, otorgando así un verdadero sentido a su actuación jurídica.

El art. 33 fue reformado por la Ley 32/1984 y la normativa vigente, se ha visto establecida por el R.D. Ley 3/2012 de 6 de Julio y el R.D. Ley 20/2012 de 13 de Julio. El texto en vigor es el RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁶.

4.2 FINES

Las funciones del Fondo de Garantía Salarial están delimitados por disposiciones legales específicas, en particular el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, que regula la Jurisdicción Social, y desarrollado reglamentariamente en el artículo segundo del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre la organización del Fondo de Garantía Salarial dentro de la Administración General del Estado, bajo la tutela del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

El propósito fundamental del Fondo, establecido según el artículo 31 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, es actuar como una entidad de garantía para los créditos salariales en situaciones donde el empleador no puede cumplir con sus obligaciones económicas. Actualmente, sus funciones incluyen el pago directo a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que las empresas en situación de insolvencia o concurso no pueden satisfacer. Una vez realizado el pago, el Fondo de Garantía Salarial se subroga automáticamente en los derechos de los trabajadores para proceder legalmente contra los empleadores deudores.

⁶ BOE Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Además de su función principal, el Fondo tiene objetivos complementarios que incluyen el respaldo y protección a las empresas en crisis. Esto se logra mediante el abono de prestaciones en circunstancias como la exoneración por fuerza mayor de la obligación de pagar indemnización, determinada por la autoridad laboral sin necesidad de insolvencia declarada⁷. También se contempla el apoyo a través de acuerdos de devolución aplazada o fraccionada de las deudas hacia el Fondo, conforme a lo dispuesto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre), además, del art. 32 del RD 505/1985 donde se establece que el FOGASA puede realizar acuerdos de devolución para facilitar el reintegro de cantidades adeudadas, especificando la forma, plazos y garantías, así como en casos de insolvencia técnica de la empresa⁸.

4.3 ORGANIZACIÓN Y FINANCIACIÓN DEL FOGASA

La estructura organizativa del FOGASA corresponde en su dirección y gobierno al Consejo Rector y a la Secretaria General. Se crean unidades administrativas periféricas integradas en las Direcciones Provinciales de Trabajo y de Seguridad Social para la instrucción de los correspondientes expedientes y para la realización de las correspondientes actuaciones subrogatorias.

El Consejo Rector es un órgano superior colegiado de dirección, el cual se forma por su presidente, cuatro representantes de la Administración Pública, cinco representantes de las Organizaciones sindicales y cinco representantes de las Organizaciones empresariales más representativas con arreglo a la Ley, designados de acuerdo con sus Estatutos, y un Secretario. La presidencia de este Consejo Rector estará a cargo del Subsecretario de Trabajo y Seguridad

⁷ BOE Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (DEROGADA) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1976-8373>

⁸ BOE Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936> y Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-6029>

Social. Los demás miembros del Consejo, que representan a la Administración Pública, serán seleccionados libremente por el ministro de Trabajo y Seguridad Social entre los Directores y Subdirectores generales del Departamento que tienen competencias relacionadas con los objetivos del organismo. El secretario del Consejo Rector será el Secretario General del Fondo de Garantía Salarial, quien participará con voz, pero sin voto.

Las responsabilidades de este Consejo Rector incluyen la formulación de los criterios operativos del Fondo de Garantía Salarial, el seguimiento de la situación económica del organismo, y la presentación al Gobierno, a través del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, de las medidas necesarias para cumplir sus objetivos. Además, el Consejo Rector tiene la tarea de aprobar el proyecto de presupuesto y la liquidación anual del mismo, así como de aprobar la memoria anual de actividades del organismo.

El Consejo Rector deberá reunirse al menos dos veces al año, convocado por su Presidente a solicitud de la representación sindical o empresarial.

Está formado también por la Secretaría General que es el órgano permanente de dirección y gestión del FOGASA, cuyo titular es nombrado por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social de entre funcionarios del Estado con titulación superior. Posee la representación del Fondo y la Jefatura de todos sus servicios y de personal. Sus principales competencias incluyen ejecutar los acuerdos procedentes del Consejo Rector asumiendo también funciones en la tramitación de determinados expedientes destinados a hacer efectiva la responsabilidad del Fondo de Garantía⁹.

Las Unidades Administrativas Periféricas están reguladas en el artículo 9 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo, se ha derogado su primer apartado por la disposición derogatoria única del Real Decreto 2725/1998, de 18 de diciembre en la que se menciona a las Unidades Administrativas Periféricas como órganos que dependen orgánica y funcionalmente de la Secretaría General del Organismo. Estas unidades

⁹ BOE Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-6029>

territoriales actualmente mantienen relaciones funcionales con las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales, relaciones que deberán continuar con las Áreas y Dependencias Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales. La responsabilidad principal de estas Unidades Administrativas Periféricas es la instrucción de los expedientes administrativos relacionados con el reconocimiento de prestaciones a cargo del ente de garantía salarial. Dichos expedientes se elevan, a través de los Jefes de Área o Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, a la Secretaría General para su resolución. Además, estas unidades son responsables de las actuaciones destinadas al cobro de los créditos laborales en los que el Fondo se subroga frente a los empresarios¹⁰. A estas unidades se adscriben los Letrados del FOGASA, quienes tendrán la responsabilidad de representar al Fondo en todas las actuaciones judiciales y extrajudiciales en las que deba intervenir. Además, ejercerán los derechos y acciones en los que el Fondo se subroga para asegurar su reembolso.

La financiación del FOGASA según la ley 8/1980, en su art. 33.6, estableció que el Fondo de Garantía Salarial debía de financiarse con las aportaciones efectuadas por todos aquellos empresarios que tuvieran a su servicio trabajadores por cuenta ajena, pero esta ley no especificó mucho más. Esta financiación se lleva a cabo tras la cotización para la seguridad social y solamente por parte del empresario¹¹. La base de cotización es la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social. El tipo a aplicar a la base se regula anualmente; y, el ingreso se efectuará conjuntamente con las restantes cuotas que correspondan, en el año 2024 esta base de cotización es del 0.20%.

¹⁰ BOE Real Decreto 2725/1998, de 18 de diciembre, de Integración de las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales en las Delegaciones de Gobierno <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-645>

¹¹ BOE Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (DEROGADA) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-5683>

El tipo de cotización podrá revisarse por el Gobierno, en función de las necesidades del Fondo¹².

5 RESPONSABILIDAD DEL FOGASA RESPECTO DE SALARIOS

5.1 CONCEPTO Y EXCLUSIONES

El salario es la compensación económica que un trabajador recibe por sus servicios laborales. Es la cantidad de dinero que el empleador paga al trabajador, generalmente de forma periódica, a cambio del trabajo realizado.

El salario o sueldo está regulado en el artículo 26 del ET. Según este artículo, el salario se define como: “La totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.”

En otras palabras, el salario es la cantidad de dinero que un trabajador recibe regularmente a cambio de su tiempo y esfuerzo, siempre de acuerdo con lo estipulado en un contrato de trabajo.

El salario se compone de dos partes principales: el salario base, los complementos salariales y las pagas extraordinarias. El salario base es la cantidad fija que se paga por el trabajo realizado, mientras que los complementos salariales son adicionales que se perciben por circunstancias especiales como la antigüedad, formación o condiciones específicas.

En resumen, el pago del salario es una obligación del empleador y puede realizarse de forma mensual, quincenal, semanal o incluso diaria, dependiendo del convenio colectivo de la empresa o del contrato. Sin embargo, según la normativa, no puede superar un mes. El incumplimiento reiterado de esta

¹² Seguridad Social. (2024). *Cotización del FOGASA*. Recuperado el 1 de julio de 2024, <https://www.segsocial.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/CotizacionRecaudacionTrabajadores/36537#36538>

obligación puede ser una causa de extinción del contrato de trabajo, tal como se regula en el artículo 49 del ET.

Al hablar del salario tenemos que distinguir entre lo que es el salario bruto y el salario neto, el primero es la cantidad total de dinero que un empleado recibe de una empresa antes de que se realicen las deducciones obligatorias, tales como las cotizaciones a la Seguridad Social, el IRPF, los impuestos o el pago de préstamos. Los trabajadores asalariados cuando reciben la nómina de sus salarios les aparece el desglose de las cantidades percibidas en concepto de salario bruto y aquellas circunstancias que hace que se reduzca por los impuestos, cotizaciones... por lo que la cantidad final que percibe el trabajador después de que se le quiten todas estas cantidades por los diferentes conceptos mencionados es el salario neto que se puede definir como el total del sueldo percibido por el trabajador después de descontar los impuestos. Por ello quedan comprendidas por el FOGASA todas las percepciones que reciba el trabajador del empresario, con la salvedad de las posibles exclusiones¹³.

También debemos de aclarar que es el SMI, que es la cuantía retributiva mínima que percibe el trabajador referido a la jornada legal de trabajo. Está regulado por el Gobierno anualmente, tras una previa consulta con las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas. En el salario mínimo se computa únicamente la retribución en dinero. Este salario se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad. Si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata. En la actualidad en el año 2024 este salario mínimo interprofesional se encuentra en 15.876 euros anuales distribuidos en 14 pagas de 1.134 euros, con lo que se ha visto aumentado en un 54% desde el año 2018.

¹³ LLOMPAR BENNÁSSAR, M.: "El salario: concepto, estructura y cuantía", La Ley grupo Walters Kluwer, Madrid, 2007, p.177.

5.1.1 CONCEPTO

El FOGASA en concepto de salarios garantiza el abono “de los salarios con sus pagas extraordinarias, incluidos los de tramitación, pendientes de pago por declaración de insolvencia o procedimiento concursal de la empresa”.

5.1.2 CONCEPTOS EXCLUIDOS

Y quedaran excluidas las cantidades en concepto de salarios la cobertura de garantía salarial los pluses de distancia, transporte, vestuario, quebranto de moneda, desgaste de útiles y herramientas, dietas, complementos de incapacidad temporal y cualquier otro de naturaleza indemnizatoria. En definitiva, conceptos extrasalariales (esto es, que no retribuyen el trabajo efectivo ni los tiempos de descanso equivalentes)¹⁴.

Sobre estas cantidades excluidas en la sentencia: STS 3008/2024-ECLI:ES:TS:2024:3008¹⁵ se discute sobre unas cantidades que debe de abonar el FOGASA y si el Tribunal era el competente, esta segunda cuestión no es relevante para nosotros, pero la cuestión que nos interesa vela sobre el despido de un trabajador al que se le adeudan 2.347 euros en concepto de vestuario y plus de transporte y en los que la parte deudora solicite al Fondo de Garantía Salarial que se encarga de resarcirlas pero estos se niegan a ello ya que estas cantidades no corresponden a aquellos salarios garantizados por el FOGASA. En fallo determinaba que el FOGASA no debía de hacerse cargo de esa deuda de la empresa por los conceptos de vestuario y plus de transporte debido a que estas cantidades se consideran conceptos extrasalariales.

5.2 LÍMITES

¹⁴ Ministerio de Trabajo y Economía Social. (2024). Preguntas frecuentes (FAQs). Recuperado el 2 de julio de 2024, de <https://www.mites.gob.es/fogasa/faqs.html>

¹⁵ CENDOJ STS 3008/2024- ECLI:ES:TS:2024:3008

El FOGASA es responsable de la cantidad reconocida como salario en un acto de conciliación – judicial o extrajudicial - o en una resolución judicial, así como de los salarios de tramitación en la cuantía establecida en el título habilitante, siempre que no se superen los límites establecidos en el artículo 33.1 del ET y en el 18 del DOF.

El FOGASA debe de responder en caso de insolvencia singular del importe de la totalidad de los salarios brutos pendientes de pago a favor del trabajador por la prestación de sus servicios.

Sin embargo, en el caso de que la empresa se encuentre en situación concursal, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de los créditos por retenciones practicadas o debidas. Los créditos reconocidos a los trabajadores en concepto de salarios e indemnizaciones serán en su importe neto. El derecho a la prestación de garantía salarial “exigirá que los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores o, en su caso, reconocidos como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello en cuantía igual o superior a la que se solicita del Fondo” (art. 33.3 ET)¹⁶. En consecuencia, el Fondo de Garantía Salarial debe abonar a los trabajadores las cantidades adeudadas en importe neto.

Según el artículo 33.1 del ET, el FOGASA no puede abonar un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días¹⁷.

De conformidad con el artículo 18 del DOF, el FOGASA abonará en concepto de salarios pendientes de pago una cantidad equivalente a multiplicar el salario correspondiente al trabajador en el momento del devengo, o el doble del SMI si aquel rebase esta cifra, por el número de días trabajados, incluyendo los días de

¹⁶ Consejo General del Poder Judicial. (2005). Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial p. 252.

¹⁷ Consejo General del Poder Judicial. (2005). Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial p. 255.

descanso computables. La STS de 16 de mayo de 1995 (Recud.2517/1994), ECLI:ES:TS:1995:2765¹⁸, analiza estos artículos y sugiere que en ellos existen dos topes: uno cuantitativo que se refiere al importe del doble del SMI y otro temporal referido al periodo de 120 días referido al número de días de salario que no han sido pagados. Esto determina la aplicación de diferentes límites acumulativos e independientes: 1º) hay un tope máximo para la prestación de garantía la cual no podrá superar la cuantía de 120 días del valor del duplo del SMI; 2º) existe un límite en el resultado de multiplicar el duplo del SMI por el número de días del salario pendiente de pago y 3º) hay otro límite que se determina en función del importe del salario adeudado por el número de días de salario pendiente de pago. Estos dos primeros límites se atienden separadamente tal y como establece la STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 1994 (AS/4345), en la que se compara el salario diario percibido con el doble del SMI, que no podrá superar y por otro lado el número de días que no ha sido abonado que no podrá exceder de 120, no se podrá hacer valer el constituir como única cuantía límite, el resultado de multiplicar el duplo del SMI por 120 días.

Estas limitaciones mencionadas tienen las siguientes consideraciones: en primer lugar, es que son de orden legal, y no hace falta invocarlas para que el órgano judicial deba aplicarlas (arts.1089 y 1.091 Cc).

En segundo lugar, el FOGASA tendrá que abonar las prestaciones salariales hasta el límite legal establecido independientemente de que la insolvencia de la empresa sea total o parcial.

En tercer lugar, para precisar las limitaciones de una compensación salarial específica, se debe considerar no la persona del trabajador ni lo que haya recibido previamente del FOGASA en relación con otra relación laboral, sino cada relación laboral y la situación de insolvencia o insuficiencia económica correspondiente. En consecuencia, si durante una relación laboral se emiten múltiples órdenes judiciales para el reconocimiento de salarios, se deben contabilizar las compensaciones salariales previamente otorgadas por el FOGASA para delimitar los límites, siempre y cuando provengan de la misma situación de insolvencia o insuficiencia económica. Esto es válido sin importar el

¹⁸ CENDOJ STS 2765/1995 - ECLI:ES:TS:1995:2765

número de contratos suscritos entre el empleador y el trabajador, ya que el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores establece un límite sin referencia específica a cada contrato entre las partes.

Para el año 2024 que es en el que nos encontramos el SMI diario se encuentra 37,80 euros, por lo que el FOGASA podría cubrir la cantidad diaria de hasta 75,60 euros que sería el doble de la cantidad diaria del SMI. Incluyendo la prorrata de las pagas extraordinarias el duplo del SMI en este año 2024 es de 87,79 euros.

Sin embargo, si después de que se reconoce una compensación salarial la empresa vuelve a una situación económica normal, el trabajador continuará teniendo asegurados por el FOGASA los salarios que la empresa pueda deberle debido a una nueva situación de crisis económica, sin que se consideren las compensaciones salariales derivadas de una situación anterior similar. Esto es independiente de si el FOGASA recupera o no la cantidad que pagó al trabajador, ya que el derecho del trabajador no está condicionado a la capacidad de recuperación de dicho organismo público.

Por último, el máximo legal del que responde el FOGASA no puede ser variado porque este recupere parte por los pagos de la empresa como consecuencia de unos convenios firmados con la empresa para la devolución.

Las cantidades que pueden ser reclamadas pueden ser en concepto de salarios, salarios de tramitación o indemnizaciones, a continuación, desglosaremos cada de ellas¹⁹.

5.2.1 SALARIOS

En el caso de que nos encontremos con salario hay que atender al módulo salarial que se considere como tal en el título ejecutivo, es decir, acto de conciliación o resolución judicial.

¹⁹ ROQUETAS BUG, M.: “La acción protectora del FOGASA”. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 294-300.

Cuando hablamos de salario diario, se corresponde a la cantidad devengada de un día de trabajo, sin excluir ningún concepto salarial. Pero esta cantidad es posible que haya podido sufrir alteraciones durante el periodo durante el que se ha devengado el crédito salarial, por haber realizado horas extraordinarias o complementarias, que haya habido revisión salarial, por ello habrá que promediar el salario medio diario dividiendo la cuantía de los salarios devengados durante el periodo en el que surgieron los créditos reconocidos en el título ejecutivo entre el número de días de ese periodo²⁰.

La solución que adopta la STSJ de Navarra de 23 de junio de 2000 (Rec.249/2000), ECLI:ES:TSJNA:2000:1338²¹ en un supuesto en el que el trabajador pasó de trabajar a tiempo parcial a hacerlo a tiempo completo. En referencia a esta resolución judicial, ni el art. 33 del ET ni el RD 505/1985 aprueban otras reducciones cuantitativas de las prestaciones de garantía salarial, que las que los propios textos normativos prevén. Por tanto, sostiene que el criterio adecuado es considerar como salario real del trabajador el último salario efectivamente devengado, como se especifica en el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores para calcular los 120 días. Sin embargo, esta solución puede ser injusta en casos donde hay transiciones de empleo a tiempo completo a tiempo parcial, ya que puede resultar demasiado variable e injusta. Por lo tanto, en tales circunstancias, se debería calcular un promedio de los salarios adeudados para reflejar de manera más precisa la jornada laboral real del trabajador y evitar fluctuaciones injustas en sus ingresos.

1º) Los términos de la operación anterior son los siguientes: primero, en la determinación del dividendo se tendrá en cuenta la suma de los salarios correspondientes al periodo en que el crédito adeudado se devengó sin deducción de cargas tributarias y de Seguridad Social.

Se incluirá la compensación por las horas extraordinarias, una categoría que, además de contar con la protección del FOGASA, debe ser considerada como parte integrante del salario diario promedio. Esta consideración se fundamenta

²⁰ ROQUETAS BUG, M.: "La acción protectora del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 300.

²¹ CENDOJ STSJ NA 1338/2000 – ECLI:ES:TSJNA:2000:1338

en el principio de equidad, que establece que el salario correspondiente a períodos en los cuales el trabajador ha efectuado horas extraordinarias debe reflejar un nivel más elevado, de manera que las prestaciones se determinen sobre una base adecuada.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Recurso 4100/2005), ECLI:ES:TS:2006:8563²², concluye que la superación del límite legal de horas extraordinarias no afecta a la garantía del Fondo, respaldando la reclamación basada en este concepto. Esta conclusión se justifica desde la perspectiva de los objetivos propios de la institución de garantía salarial, la cual, en línea con la normativa comunitaria aplicable, busca asegurar un nivel mínimo de protección a todos los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empleador, mediante el pago de créditos laborales pendientes resultantes de contratos o relaciones laborales.

Esta misma conclusión se alcanza mediante una interpretación estricta de las normativas pertinentes, dado que el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores no deja margen para una interpretación diferente a la sostenida en la decisión impugnada. Este precepto establece específicamente el límite para la responsabilidad subsidiaria del Fondo, limitado a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario por el número de días de salario pendiente, con un tope de ciento veinte días.

En cuanto a la retribución correspondiente a períodos determinados, se incluirá la parte proporcional de las pagas extraordinarias y otros complementos salariales de periodicidad superior al mes. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1995 (Recurso 2517/1994), ECLI:ES:TS:1995:2765²³ aborda precisamente si la base de cálculo para la prestación de garantía por salarios pendientes debe considerar únicamente el salario diario percibido o si debe incrementarse con la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Finalmente, descartada la duplicidad en el pago, el Tribunal Supremo aclara cómo debe aplicarse el límite de garantía cuando el crédito salarial incluye tanto

²² CENDOJ STS 8563/2006 - ECLI:ES:TS:2006:8563

²³ CENDOJ STS 2765/1995 - ECLI:ES:TS:1995:2765

salarios ordinarios como pagas extraordinarias, concluyendo que el límite temporal de ciento veinte días debe incluir la prorrata de las pagas extraordinarias, siempre que no exista una base temporal común para el cálculo de los días pendientes de pago.

2º) Para determinar el divisor, deben considerarse todos los días en los que se ha generado el salario, ya sean días de trabajo efectivo o de descanso, teniendo en cuenta cómo se devenga dicho salario. Si el salario se calcula mensualmente, se contarán treinta días. En cambio, si el salario se establece por días, solo se contarán los días de trabajo efectivo. Sin embargo, si el salario incluye la parte correspondiente a festivos y descansos, también deberán incluirse los días de descanso en el cálculo del período total protegido, ya que, de lo contrario, se generaría un trato desigual entre diferentes trabajadores.

3º) El cálculo del salario diario se obtiene dividiendo la deuda salarial total entre el número de días comprendidos en el período en que se devengó dicho crédito. Para calcular los días pendientes de pago, se divide la deuda salarial entre el salario diario obtenido. Sin embargo, esta afirmación requiere una explicación más detallada. De acuerdo con el artículo 18 del RD 505/1985, el FOGASA pagará, en concepto de salarios pendientes, una cantidad equivalente a multiplicar el salario correspondiente al trabajador en el momento del devengo, o el doble del SMI si este salario lo supera, "por el número de días trabajados, de descanso computable como trabajo, o de tramitación, según el caso, con un límite máximo de ciento veinte días". Por lo tanto, deben incluirse todos los días en los que se hayan generado las partidas salariales adeudadas al trabajador, ya sean días de trabajo efectivo o de descanso retribuido. Esto incluye los días trabajados, los días de descanso semanal, los festivos y los días de vacaciones correspondientes.

El problema surge en los casos en que la deuda salarial comprende salarios mensuales y retribuciones no periódicas o de periodicidad superior al mes, como las pagas extraordinarias, y no existe una base temporal común para aplicar el límite por días pendientes de pago. Las pagas extraordinarias no se corresponden a un número limitado de días, sino a la totalidad de días del año, por lo que el límite temporal debe aplicarse de forma proporcional, considerando su impacto en dichas pagas.

La fórmula más adecuada y sencilla para calcular el número de días de salario pendientes de pago, cuando no se deduzcan claramente del título ejecutivo, es dividir el total de la deuda salarial pendiente de pago por el salario diario del trabajador, incluyendo el prorrateo de las pagas extraordinarias²⁴.

5.2.2 SALARIOS DE TRAMITACIÓN

En el caso de los salarios de tramitación, hay que atender al salario diario reconocido en el título ejecutivo. Para cuantificarlo se tomará en cuenta la totalidad de las percepciones de naturaleza salarial que hayan sido percibidas o que no percibidas fuesen debidas de percibir por parte del trabajador en la fecha del cese o del despido, se deben de incluir las que retribuyan tanto el trabajo efectivo como los periodos de descanso, añadiendo la parte proporcional de las gratificaciones y pagas de beneficios y sin aplicar las deducciones de las cargas tributarias y de la Seguridad Social. Si cuando cesa el contrato o es despedido el trabajador desarrolla una jornada más reducida respecto de la que se establecía contractualmente al inicio, como los salarios de tramitación son una indemnización por los percibidos y los que se hubiesen percibido en caso de que no se produjera el despido serían los correspondientes a dicha jornada, serán estos también los tenidos en cuenta para el cálculo de lo debido por salarios de tramitación. Cuando se ha determinado la cantidad correspondiente por día de salario de tramitación mediante sentencia, no será posible su modificación por efectos retroactivos de disposiciones legales o convencionales publicadas con posterioridad al despido²⁵.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 (R. 9760), ECLI:ES:TS:1990:17602²⁶ se aborda la cuestión de si la cuantía de los salarios de tramitación debe establecerse con base en la fecha de su devengo o en la

²⁴ ROQUETAS BUG, M.: “La acción protectora del FOGASA”. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 301-306.

²⁵ ROQUETAS BUG, M.: “La acción protectora del FOGASA”. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 307,308.

²⁶ CENDOJ STS 17602/1990 - ECLI:ES:TS:1990:17602

fecha de la insolvencia empresarial. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se formó una Sala General del Tribunal Supremo debido a la existencia de antecedentes contradictorios, resolviéndose el asunto por una decisión mayoritaria de 16 votos contra 5.

La sentencia del Tribunal Supremo modificó la doctrina establecida en la sentencia del 29 de septiembre de 1989 (R. 6551) y concluyó que el salario correspondiente al período posterior al despido no debe actualizarse con los incrementos salariales derivados de disposiciones legales o convenios colectivos. Se estableció que el salario del momento del despido es el aplicable a los trabajadores despedidos en sentencias relacionadas con clasificación profesional, procesos de conflicto colectivo que determinen un salario mayor, convenios colectivos, salarios debidos por el Estado en casos de despido improcedente y aquellos que deba abonar el FOGASA.

La "ratio decidendi" de la sentencia se basa en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial, incluso en los casos de despido nulo, diferenciándola de la acción de resolución del artículo 1.124 del Código Civil. También se destaca el carácter tasado de las indemnizaciones legales por despido y su naturaleza social, no indemnizatoria, todo ello fundamentado en un detallado examen de la normativa laboral.

En cuando a la determinación del número de días de salarios de tramitación adeudados, se computará uno por cada día natural comprendido en el periodo computable²⁷.

6 RESPONSABILIDAD DEL FOGASA RESPECTO DE INDEMNIZACIONES

6.1 CONCEPTO Y EXCLUSIONES

²⁷ ROQUETAS BUG, M.: "La acción protectora del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 309.

Se entiende por indemnización de la que responde el FOGASA aquella compensación económica que este organismo paga a los trabajadores cuando su empleador no puede hacerlo debido a insolvencia o concurso de acreedores. Para que el FOGASA asuma el pago, es necesario que la deuda esté reconocida a través de una resolución judicial, un acta de conciliación judicial, o un acuerdo en un procedimiento de insolvencia.

Pero tenemos que añadir que hay algunas indemnizaciones que quedan excluidas por parte del FOGASA como son las indemnizaciones reconocidas en conciliación administrativa, salvo las derivadas del expediente de regulación de empleo, en cuanto que lo acordado en la misma sólo tiene fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes y el Fondo de Garantía Salarial tampoco incluye en la cobertura de garantía salarial los pluses de distancia, transporte, vestuario, quebranto de moneda, desgaste de útiles y herramientas, dietas, complementos de incapacidad temporal y cualquier otro de naturaleza indemnizatoria.

Además, tampoco responde por indemnizaciones en varias situaciones específicas. Como el exceso de los límites establecidos, es decir, el FOGASA no cubre indemnizaciones que superen los límites máximos fijados por la normativa. Por ejemplo, el FOGASA tiene un tope en la cuantía diaria y el número de días de indemnización que cubre. Tampoco cubre las indemnizaciones de los contratos de alta dirección ni los de relaciones laborales de carácter especial.

Estas restricciones están diseñadas para evitar abusos y garantizar que los recursos del FOGASA se utilicen adecuadamente para proteger a los trabajadores en situaciones de verdadera necesidad.

6.2 CUANTÍAS PROTEGIDAS EN CUANTO A INDEMNIZACIONES

Según el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, el FOGASA se encargará de pagar las indemnizaciones, pero con un límite máximo de una anualidad. El salario diario utilizado para este cálculo no podrá ser superior al doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la proporción correspondiente de las pagas extraordinarias.

El importe de la indemnización, exclusivamente para efectos del pago por parte del FOGASA en casos de despido o extinción de contratos conforme al artículo 50 de esta ley, se determinará a razón de treinta días de salario por cada año de servicio, respetando el límite mencionado.

Sin embargo, el empleador es responsable del pago total de la indemnización legal o acordada. El trabajador deberá reclamarle al empleador, una vez que éste tenga mejores recursos financieros, cualquier parte de la indemnización que supere los límites cubiertos por el FOGASA

Esto ha sido desarrollo en el DOF en sus apartados 1 y 2 del artículo 19 en los cuales establece una serie de reglas:

1º) Las compensaciones por la terminación de contratos laborales debido a razones económicas, tecnológicas o de fuerza mayor se determinarán utilizando un criterio de veinte días de salario por cada año trabajado, calculando proporcionalmente por meses los periodos inferiores a un año, con un tope máximo de un año de salario. El salario considerado para este cálculo será el que el trabajador esté percibiendo, a menos que exceda el SMI, en cuyo caso se utilizará esta última cifra. Para efectos exclusivos de calcular estas prestaciones, a menos que el trabajador pueda demostrar un periodo de empleo diferente, los años de servicio se basarán en la certificación proporcionada por la Tesorería General de la Seguridad Social sobre el tiempo que estuvo dado de alta en la empresa deudora.

2º) Cuando las indemnizaciones provengan de despidos o de la terminación del contrato por decisión del trabajador, el monto de las prestaciones se calculará a razón de treinta días de salario por cada año trabajado, aplicando la misma base de cálculo y el mismo límite establecido anteriormente. Así, para determinar las compensaciones a cargo del FOGASA, la normativa vigente utiliza dos parámetros: el salario regulador y el número de días de salario por año trabajado, sobre los cuales se aplican diferentes límites²⁸.

²⁸ ROQUETAS BUG, M.: "Las prestaciones del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 76.

Ahora tenemos que hacer alusión a una serie de características que se comparten con las prestaciones salariales:

Primeramente, los límites cubiertos son de origen legal y no hay que invocarlos en el proceso judicial ya que el juez debe de aplicarlos directamente.

En segundo lugar, la garantía prestacional es un derecho que surge de cada relación laboral. Por tanto, las indemnizaciones que un trabajador reciba del FOGASA no se considerarán para limitar las que pueda recibir en futuras relaciones laborales, incluso si la empresa es la misma, en base al principio de libertad de empresa establecido en el artículo 35 de la Constitución Española. Si no ha existido una única relación laboral ni una única situación de insolvencia, los pagos previos del FOGASA no se consideran anticipos de futuras indemnizaciones por la terminación de una relación laboral diferente. De otro modo en caso de que exista fraude de ley por parte del empresario y del trabajador la cosa sería diferente, tal y como se interpretó en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de octubre de 1991 para que se pueda atribuir fraude de ley a un trabajador, es necesario probar que este colaboró en los actos que lo determinaron. Esto se ha reconocido cuando el primer despido y la nueva contratación ocurren sin interrupción o con un intervalo muy breve de tiempo. Sin embargo, si la nueva relación laboral se establece después de haber finalizado la anterior, incluso si la empresa actúa fraudulentamente, el trabajador no puede ser considerado cómplice o encubridor del fraude a menos que haya pruebas adicionales de su colaboración. En tales casos, el Fondo de Garantía Salarial debe pagar las prestaciones correspondientes, sin perjuicio de las acciones que este organismo pueda emprender contra las empresas defraudadoras, conforme al artículo 33.4 del Estatuto de los Trabajadores. Si el Fondo de Garantía Salarial tiene conocimiento de la reapertura de la empresa, lo cual debería indicar una mejora en su situación financiera, debería haber reclamado a la empresa el reembolso de las cantidades pagadas a los trabajadores debido a su insolvencia provisional. El hecho de que los trabajadores acepten una nueva contratación laboral con la misma empresa es simplemente un ejercicio de su derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la Constitución, y esto por sí solo no puede ser considerado fraudulento ni puede implicar un abuso de derecho, sino un ejercicio normal de sus derechos.

En tercer lugar, el FOGASA pagará las indemnizaciones hasta el límite legal, independientemente de si la insolvencia de la empresa es total o parcial esto ocurre de igual manera que en las prestaciones salariales.

En cuarto lugar, el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores garantiza que, en situaciones de insolvencia empresarial, el trabajador recibirá la indemnización legal correspondiente. Sin embargo, esta indemnización se calculará sobre el doble del Salario Mínimo Interprofesional, a razón de 30 días de salario por año trabajado en caso de despido o terminación del contrato por voluntad del trabajador, en lugar de los 45 o 33 días que señalan el artículo 56.1 y la disposición transitoria 11ª del ET. En caso de extinción del contrato por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del ET y el artículo 64 de la Ley Concursal, se calculará a razón de 20 días por año trabajado, con un límite máximo de una anualidad.

Por lo tanto, si los trabajadores han recibido cantidades que superan la indemnización legal establecida por el legislador, el FOGASA no se hará cargo de ninguna cuantía adicional, incluso si lo recibido no cubre la totalidad de la indemnización pactada. Si lo recibido no alcanza la indemnización legal, el FOGASA solo cubrirá la diferencia.

No obstante, en algunos concursos se están alcanzando acuerdos con los representantes de los trabajadores para terminar los contratos de trabajo, incrementando la indemnización legal con el apoyo del FOGASA. En estos acuerdos, se estipula una indemnización de 30, 33 o 45 días de salario por año trabajado, lo cual es en principio completamente lícito²⁹.

7 BENEFICIARIOS DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

El artículo 13 del RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del FOGASA establece que “podrán percibir las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial todos los trabajadores vinculados por relación laboral

²⁹ BLASCO PELLICER, A.:” Los expedientes de regulación de empleo”. Tirant blanch. Valencia, 2009. pp. 533-537.

a alguno de los empresarios enumerados en el artículo 11”. Este segundo artículo se encarga de señalar los empresarios que quedan obligados a cotizar al FOGASA.

Estos empresarios nombrados en el artículo 11.1 son en primer lugar los empresarios nombrados en el artículo 1.2 del ET ya sean públicos como privados por los trabajadores por cuenta ajena que tengan a su servicio, vinculados por relación laboral ordinaria,

En segundo lugar, los clubes o Entidades deportivas, por aquellos deportistas profesionales vinculados a los mismos por una relación laboral de carácter especial.

En tercer lugar, los empresarios que tengan trabajadores cuya función sea la de intervención en operaciones mercantiles sin asumir el riesgo y por estos trabajadores, con algunas particularidades.

Y, por último, los empresarios que tengan a su servicio trabajadores vinculados por cualquiera de las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

7.1 PERSONAS TRABAJADORAS EN SITUACIÓN ORDINARIA Y EN SITUACIÓN ESPECIAL

Los empleadores deben de cotizar por los trabajadores por cuenta ajena que tengan a su servicio, vinculados por relación laboral ordinaria que es aquella relación laboral que no sea calificable como especial conforme a lo dispuesto en el art. 2 del ET. En relación con la cotización al FOGASA es irrelevante la nacionalidad del trabajador, porque una vez autorizado el trabajo del extranjero en España, sus condiciones de trabajo son iguales a las del trabajador nacional, todo esto gracias al principio de territorialidad de las normas laborales. Además, las empresas españolas están obligadas a cotizar al FOGASA por los trabajadores españoles que trasladen al extranjero, con algunas excepciones ya que si el desplazamiento es permanente o el trabajador sea contratado

específicamente para prestar servicios en el extranjero no tendrá que cotizar al FOGASA³⁰.

Los trabajadores en situación ordinaria son aquellos que se mencionan en los arts. 33 y 11.1 del ET, establecen que están incluidos en las prestaciones del FOGASA aquellos trabajadores por cuenta ajena en situación ordinaria, entendiéndose por esta cualquier relación laboral que no se encuentre en el art. 2.1 del ET. Disfrutan de la condición de beneficiarios de las prestaciones de garantía salarial los trabajadores nacionales y extranjeros, los trabajadores nacionales desplazados temporalmente por las empresas españolas al extranjero, los sometidos a período de prueba, los fijos o con contrato de trabajo de duración determinada, y los sujetos a cualquier modalidad contractual, siendo indiferente el Régimen de la Seguridad Social en el que estén incluidos y cualquiera quien sea su empleador³¹.

Los trabajadores en situación especial: el FOGASA cubre a deportistas profesionales, representantes de comercio y trabajadores de relaciones laborales especiales según lo dispuesto por sus normas (artículo 11 del Real Decreto 505/1985). La garantía salarial se aplica explícitamente cuando lo establece la normativa específica de estas relaciones especiales, como en el caso del personal de alta dirección y los trabajadores con discapacidad en centros especiales de empleo. También se aplica como legislación supletoria en situaciones donde la normativa no menciona la garantía salarial, como con artistas en espectáculos públicos, estibadores portuarios, especialistas en Ciencias de la Salud, profesores de religión en centros públicos y abogados que trabajan en despachos. Sin embargo, los trabajadores sujetos a relaciones laborales especiales que están excluidos expresamente por sus normas reguladoras no están cubiertos por el FOGASA y no tienen obligación de cotizar.

El Real Decreto 1382/1985, que regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, no exigía a los empresarios cotizar al Fondo de Garantía

³⁰ ROQUETAS BUG, M.: "La acción protectora del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 25,26.

³¹ ROQUETAS BUG, M.: "La acción protectora del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 18,19.

Salarial por estos empleados, ya que sus retribuciones estaban protegidas por los artículos 27.2, 29 y 32 del Estatuto de los Trabajadores, pero no por el artículo 33, que cubre la acción protectora del FOGASA. Por tanto, los empresarios no tenían la obligación de cotizar y los altos directivos no tenían derecho a las prestaciones del FOGASA. Además, la relación especial de alta dirección prevalecía sobre la relación laboral común, incluso si el directivo realizaba funciones de trabajador ordinario.

Si un trabajador ascendía a una posición de alta dirección, su relación laboral común quedaba suspendida. En caso de extinción de ambas relaciones laborales, se reconocía el derecho a las prestaciones del FOGASA solo considerando la antigüedad como trabajador ordinario.

La exclusión de los altos directivos del FOGASA se justificaba porque generalmente tienen altos salarios y una gran influencia en la empresa, pero la Directiva 1980/987/CEE sobre protección de trabajadores en caso de insolvencia empresarial contradecía esta exclusión. Tras la adhesión de España a la Comunidad Europea, se corrigió la discrepancia legal mediante la Ley 11/1994, que derogó la exclusión y obligó a los empresarios a cotizar al FOGASA por los altos directivos.

Desde entonces, el FOGASA debe cubrir los salarios e indemnizaciones derivadas de la extinción de contratos de alta dirección, incluyendo las por desistimiento del empresario, aunque la normativa original no contenía disposiciones transitorias claras. La Directiva 2008/94/CE, que reemplazó a la anterior, refuerza esta obligación sin hacer distinciones entre tipos de relaciones laborales.

En resumen, la legislación actual obliga a incluir a los altos directivos en la cobertura del FOGASA, garantizando el pago de salarios e indemnizaciones por extinción de sus contratos, alineándose con las directivas europeas³².

Por último, tenemos que hacer alusión de los deportistas profesionales el RD 505/1985 obliga a los clubes y entidades deportivas a cotizar al FOGASA por

³² ROQUETAS BUG, M.: "La acción protectora del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 32,33,34,35,36.

aquellos deportistas profesionales vinculados a los clubes en virtud de la relación laboral de carácter especial esto lo interpretamos del art. 11.1.b). Por ello, cuando entró en vigor esta disposición reglamentaria los deportistas profesionales quedan protegidos por este Organismo, sin que tenga importancia de que después el RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula esta relación laboral especial omita cualquier referencia expresa al tema de la garantía salarial. En efecto, gozando esta relación laboral especial de la garantía salarial por disposición expresa del RD de Ordenación del FOGASA, no hacía falta reiterar la protección, y, si se hubiera tenido la intención de retirarla, se habría expresado de alguna manera. El art. 21 del RD 1006/1985 determina que la compatibilidad entre la relación laboral deportiva y la garantía salarial, resulta evidente y, además se encuentra reconocida en el Real Decreto de Ordenación del Fondo, que adelantó la aplicación del sistema a una relación jurídica que a la sazón no había sido regulada específicamente.

También se discutía si los deportistas profesionales que no estaban cubiertos por el sistema de la Seguridad Social estaban protegidos por el FOGASA. Aunque no hay una norma explícita que limite la aplicación del FOGASA solo a los trabajadores por cuenta ajena inscritos en la Seguridad Social, las regulaciones de la Seguridad Social influyen en la normativa del FOGASA. Esto se debe a que las contribuciones empresariales que financian el FOGASA son similares a las de la Seguridad Social y se recaudan de manera conjunta, siguiendo sus normativas. Por lo tanto, la base de cotización para el FOGASA es la misma que se utiliza para calcular las contribuciones por accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo en el sistema de la Seguridad Social.

El ingreso de las aportaciones se realizará junto con las cuotas correspondientes al Régimen de la Seguridad Social y de la misma manera prevista para dichas cuotas (art. 12.2 DOF). Debido a esto, los clubes o entidades deportivas no podían cotizar al FOGASA por los deportistas profesionales no incluidos en el sistema de la Seguridad Social, lo que sugería que estos deportistas quedaban fuera de la cobertura del sistema de garantía salarial.

Sin embargo, en este punto es importante mencionar la doctrina judicial relacionada con los trabajadores agrícolas por cuenta ajena, que establece que

para que sea efectiva la garantía salarial no es necesaria la cotización por esta contingencia. Por lo tanto, dado que los clubes o entidades deportivas están obligados a cotizar al FOGASA "por los deportistas profesionales vinculados a ellos mediante una relación laboral de carácter especial" [art. 11.1.b) RD 505/1985], sin importar si están inscritos o no en el sistema de la Seguridad Social, y dado que la protección del FOGASA no depende de que se haya cotizado previamente, se debía entender que estos deportistas también tenían derecho a las prestaciones de garantía salarial³³.

7.2 TRABAJADORES EXCLUIDOS PARA PERCIBIR LA PRESTACIÓN

Acabamos de ver aquellos trabajadores que estaban protegidos de cobertura por parte del FOGASA, tanto en situación ordinaria como en situación especial, pero ahora tenemos que analizar aquellos trabajadores que quedan excluidos que básicamente son dos los empleados al servicio del hogar familiar y los trabajos familiares.

Los empleados al servicio del hogar familiar su relación laboral es de carácter especial y se encuentra excluida del sistema de la garantía salarial, porque no se aplica el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Esta exclusión, se justifica en que el fundamento y en la singularidad del trabajo doméstico. Porque, al basarse éste en la mutua confianza de las partes contratantes, existen entre los mismos vínculos particulares que podrían propiciar la manipulación normativa para lucrar indebidamente las prestaciones de garantía salarial, lo que resultaría muy difícil de demostrar, al desenvolverse el trabajo en el interior y a favor de una organización de carácter familiar (art. 1 RD 1620/2011). Aunque también hay autores los cuales señalan que pese a la peculiar forma de cotización podría perfectamente el trabajador encargarse de ingresar la parte de la cuota del

³³ ROQUETAS BUG, M.: "Los beneficiarios de las prestaciones del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 94,95,96,97.

empresario para la cobertura del FOGASA, previo abono de ésta al trabajador en la nómina³⁴.

Ahora bien, hay que destacar lo siguiente:

En primer lugar, el hecho de que un trabajador preste servicios como empleado del hogar familiar para un empleador específico no impide que, al mismo tiempo, trabaje para otra empresa en un puesto que sí le da derecho a la garantía salarial.

En segundo lugar, si la relación laboral especial del servicio del hogar familiar no es auténtica y se trata en realidad de una relación laboral ordinaria como el caso de una limpiadora de una empresa o de cualquier otra situación que no se ajuste a la especialidad establecida³⁵.

Los trabajos familiares también se encuentran excluidos de protección por parte del FOGASA el art. 1.3.e) del ET, se excluye de su ámbito de aplicación, y por lo tanto no se consideran relaciones laborales, “los trabajos familiares, a menos que se demuestre que quienes los realizan son asalariados”. Se consideran “familiares” a efectos de esta exclusión, aquellos que convivan con el empresario, incluyendo al cónyuge, descendientes, ascendientes y otros parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, y también en caso de adopción.

Para que esta exclusión del ámbito laboral y del sistema de garantía salarial sea aplicable, se requieren dos condiciones: que el trabajador sea un familiar y que exista convivencia entre el trabajador y el empresario.

Por ejemplo, una sociedad limitada compuesta por varios trabajadores y sus respectivos cónyuges, entre los que existe identidad de apellidos y todos residen en el mismo domicilio. Por otro lado, también el trabajador que en unión de su hermano y su cuñada constituye una sociedad anónima en la que ostenta la mayoría del capital social o aquel trabajador que con sus tres hermanos

³⁴ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuesta de reforma”. Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 52-53.

³⁵ ROQUETAS BUG, M.: “La acción protectora del FOGASA”. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 68,69.

constituye una sociedad anónima a partes iguales y posee el cargo de Vicesecretario del Consejo de Administración.

En cuanto a quiénes se consideran “familiares”, el ET menciona al cónyuge, descendientes, ascendientes y otros parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, así como los adoptados. El requisito de convivencia no debe interpretarse de manera estricta como convivencia física, sino en un sentido amplio, que incluye dependencia económica o alimenticia, ya que la exclusión se basa en la comunidad patrimonial (familia alimenticia) y no en la simple cohabitación.

Una vez acreditado el parentesco entre el supuesto empleador y el trabajador, así como su convivencia física, se establece la base fáctica de la presunción que el trabajador debe intentar desvirtuar. El art. 1.3.e) del ET parece referirse a un empresario individual, ya que no se puede ser pariente de una persona jurídica. Sin embargo, no se puede afirmar de manera consistente que la Ley excluya los casos en que la entidad receptora de los servicios sea una persona jurídica, cuando el trabajador convive con el socio mayoritario de dicha entidad o si se trata de una empresa familiar. Si se "levanta el velo" de la personalidad jurídica, queda claro que el verdadero empresario es el socio mayoritario con quien convive el trabajador o el grupo familiar.

Cuando una relación implica parentesco y convivencia entre las partes, la Ley establece una presunción "iuris tantum" a favor del trabajo familiar no asalariado, lo que invierte la carga de la prueba y obliga al presunto trabajador a demostrar todas las características de un contrato laboral. La dependencia se probará mediante indicios típicos, como el cumplimiento de una jornada laboral y la inserción en la estructura organizativa y disciplinaria de una empresa, y la ajenidad mediante la percepción de un salario o retribución.

Si la relación es entre cónyuges y los servicios se prestan en una empresa que forma parte de la comunidad de gananciales, recibir una nómina no es suficiente para acreditar la condición de asalariado, ya que los ingresos se destinan a un fondo familiar común. Lo mismo se aplica a los hijos del empresario sujetos a patria potestad. En estos casos, la prueba en contra del carácter familiar del trabajo debe ser suficientemente sólida para demostrar que la prestación de

servicios por cuenta ajena es real y no ficticia, con el fin de obtener un beneficio previsto por la Ley para otros supuestos. Por ello, la existencia de un contrato y una inscripción y cotización formalmente documentadas no son suficientes para calificar la relación como laboral, especialmente cuando el parentesco es muy estrecho³⁶.

8 PLAZO Y PROCEDIMIENTO PARA LA SOLICITUD DE PRESTACIONES

8.1 PLAZO

De acuerdo con el artículo 33.7 del ET, "el derecho a solicitar del Fondo de Garantía Salarial el pago de las prestaciones derivadas de los apartados anteriores prescribirá al año de la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución de la autoridad laboral que reconozca la deuda por salarios o establezca las indemnizaciones".

Esta regulación presenta deficiencias técnicas, ya que no se puede establecer como inicio de la prescripción la fecha del título ejecutivo cuando el derecho aún no ha nacido o no puede ejercitarse debido a la necesidad de la declaración de insolvencia de la empresa. Por eso, se dispone que dicho plazo "se interrumpirá por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento del crédito en procedimiento concursal y por las demás formas legales de interrupción de la prescripción" (art. 33.7 ET). Así, la tramitación del proceso ejecutivo y la insinuación del crédito en el procedimiento concursal interrumpen el cómputo del plazo de prescripción del derecho de garantía salarial, y se entiende que estos efectos se extienden hasta la conclusión del proceso ejecutivo o el reconocimiento del crédito en el procedimiento concursal, momento a partir del cual el plazo comenzará de nuevo.

En cualquier caso, el efecto interruptiva depende de que se inste la ejecución frente al empresario deudor o se comunique el crédito a la administración

³⁶ ROQUETAS BUG, M.: "Los beneficiarios de las prestaciones del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 114-120.

concurzal dentro del plazo anual o trimestral de prescripción, calculado a partir de la fecha en que el título que reconoce la deuda se vuelve firme. Si esto ocurre, la prescripción queda interrumpida hasta la fecha del auto de declaración de insolvencia de la empresa o del reconocimiento del crédito en el procedimiento concurzal, a partir del cual comienza a correr de nuevo el plazo. Una vez solicitada por el interesado la ejecución del título que reconoce la deuda dentro del plazo de prescripción, debe entenderse que la ejecución de la sentencia se ha solicitado y debe tramitarse de oficio con todos sus incidentes hasta su finalización, por lo que en ese trámite no puede producirse prescripción imputable al ejecutante, incluso aunque se haya dictado providencia de archivo provisional de las actuaciones y, menos aún, si no consta que dicha providencia haya sido notificada a los demandantes; notificación que es un requisito indispensable para que su inactividad pueda llevar a una prescripción.

Es importante destacar lo siguiente:

En casos de insolvencia singular, la prescripción no debe contarse desde el día en que el auto (ahora, decreto) de insolvencia fue notificado al trabajador, sino desde el día en que dicho auto se vuelve firme.

La firmeza del auto de insolvencia provisional ocurre por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el plazo sin interponerlos, independientemente de cuándo se declare firme y cuándo se notifique.

Además, la prescripción de las acciones no es una cuestión procesal, sino un hecho que excluye la exigibilidad de las obligaciones, que no puede ser apreciado de oficio por el tribunal y debe ser alegado expresamente por el FOGASA cuando pretenda valerse de ella. Y, como hecho sujeto a alegación de parte, es el propio FOGASA quien debe acreditar su concurrencia (art. 217.3 LEC), lo que se hará, normalmente, probando cuál es el "dies a quo" de inicio del plazo de prescripción.

El plazo de prescripción, como reconoce el artículo 33.7 del ET, se interrumpirá por las acciones ejecutivas o de reconocimiento del crédito en el procedimiento concurzal, y obviamente, "por las demás formas legales de interrupción", según establece el artículo 1.973 del Código Civil. Por lo tanto, la aclaración del auto de insolvencia, realizada de oficio por el propio órgano judicial, interrumpe el

transcurso del plazo prescriptivo si no existe certeza legal sobre su contenido hasta que es aclarado. A partir de la firmeza del nuevo auto, procede el inicio de un nuevo cómputo de un año.

Por otra parte, si se revoca la decisión de ampliación de la condena y se requiere al trabajador que devuelva la cantidad condenada, se reabre la decisión de insolvencia provisional, y es a partir de ese momento cuando puede ejercitarse la petición de responsabilidad subsidiaria por parte del FOGASA, de conformidad con el artículo 1.969 del Código Civil.

La solicitud del testimonio sobre la insolvencia empresarial no encaja en los mecanismos con fuerza interruptiva contemplados en el art. 33.7 del ET y el art. 1.973 del Código Civil. Aunque el art. 25.c).2 del RD 505/1985 establece que la solicitud de prestación por indemnización empresarial no abonada debe incluir el testimonio de la resolución judicial que declara la insolvencia, esto no implica que el plazo de prescripción para reclamar dicha prestación comience a partir de la expedición de ese testimonio. El derecho a reclamar la prestación de garantía salarial se origina con la declaración de insolvencia empresarial (art. 33.7 ET), y este es el "dies a quo" para ejercitar tal derecho (art. 1.969 Cc). El testimonio judicial es simplemente una prueba del hecho que genera la responsabilidad subsidiaria del Organismo público y el momento en que ocurrió. Además, la expedición de un testimonio judicial no es una actividad jurisdiccional propiamente dicha y no afecta los derechos procesales de las partes. Las resoluciones judiciales de carácter jurisdiccional son las citadas en el art. 245 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y no otras como testimonios o acuerdos gubernativos mencionados en el art. 244 de la LOPJ.

Incluso si el testimonio del auto de declaración de insolvencia empresarial se considerara una actividad jurisdiccional, no apoyaría la tesis contraria. Según el art. 1.969 del Código Civil, la prescripción de un derecho comienza desde el día en que se pudo ejercer la acción de reclamación, y la prestación que se pide al FOGASA pudo solicitarse desde la declaración de insolvencia de la empresa. A partir de ese momento, el trabajador pudo pedir el testimonio judicial que acreditase la insolvencia; si no lo hizo, esa demora es imputable a él.

El plazo de un año de prescripción para reclamar prestaciones al FOGASA se cuenta desde la firmeza del auto de insolvencia dictado en el proceso en que se reclamó a la empresa el pago de los salarios o indemnizaciones, que ahora se exigen al Fondo. El art. 276.3 de la Ley de Jurisdicción Social establece que “declarada la insolvencia de una empresa, ello constituirá base suficiente para estimar su pervivencia en otras ejecuciones, pudiéndose dictar el decreto de insolvencia sin necesidad de reiterar los trámites de averiguación de bienes establecidos en el artículo 250, si bien en todo caso se deberá dar audiencia previa a la parte actora y al Fondo de Garantía Salarial para que puedan señalar la existencia de nuevos bienes”. Esto permite que la declaración de insolvencia en otro procedimiento tenga efectos en otras ejecuciones, pero el elemento que determina la fecha de efectos del abono de las prestaciones por el FOGASA es la fecha en que se declaró al deudor insolvente. No se puede considerar que un decreto posterior amplíe el plazo de un año para reclamar prestaciones de garantía salarial.

Si después de declarada la insolvencia singular de la empresa, se siguen actuaciones ejecutivas contra la empresa a instancia de los trabajadores, esas actuaciones no interrumpen el plazo de prescripción. Una vez declarada la insolvencia, la obligación del Fondo, que era subsidiaria, se convierte en principal, por lo que los actos no dirigidos contra el FOGASA no interrumpen la prescripción, y no hay obstáculo para reclamar contra el FOGASA mientras se continúa la ejecución.

La solicitud de prestaciones de garantía salarial interrumpe la prescripción. Sin embargo, los expedientes administrativos caducados debido a la inactividad de los trabajadores no interrumpen la prescripción de las acciones contra el FOGASA según el art. 95.3 de la LPAC. En caso de desistimiento o renuncia, estas formas de terminación del procedimiento administrativo no tienen los mismos efectos jurídicos que la caducidad, a menos que la Ley lo establezca expresamente.

Si el FOGASA requiere a los trabajadores que justifiquen su trabajo y la Seguridad Social, y estos responden comunicando una denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la presentación de las actas de

liquidación requeridas interrumpe el plazo de prescripción según el art. 1.973 del Código Civil.

Si los salarios fueron pagados mediante cheques que resultaron impagados, y los trabajadores acudieron a la jurisdicción penal culminando en una sentencia condenatoria por delito de cheque en descubierto, la acción penal no interrumpe el plazo de prescripción si no se ejerció una acción resarcitoria en el proceso penal. La interposición de una acción penal no interrumpe el plazo anual, aunque se establezcan responsabilidades subsidiarias civiles, ya que estas reclamaciones deben hacerse en un proceso civil o laboral³⁷.

8.2 PROCEDIMIENTO

El procedimiento para poder solicitar las prestaciones del FOGASA se podrá realizar de dos formas una presencial y otra a través del registro electrónico.

Para hacerlo de forma presencial hay que rellenar un impreso de solicitud siguiendo los pasos como se indican en él, el impreso sería el siguiente³⁸:

³⁷ ROQUETAS BUG, M.: "La acción protectora del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 357,358,359,360,361,362,363.

³⁸ Procedimiento sacado de la página web <https://www.mites.gob.es/fogasa/faqs.html>
día 3 de Julio de 2024 a las 12:35

**SOLICITUD DE PRESTACIONES ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 33 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

En el caso que el mandatario o el apoderado estén obligados a relacionarse con la administración de forma electrónica, la solicitud de prestación la deberá registrar en la sede electrónica del Fondo de Garantía Salarial, O.A. Examine la instrucción primera de la página de instrucciones.

1. DATOS PERSONALES DEL INTERESADO

1.1 DEL FUTURO TITULAR DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES O DEL CAUSANTE EN CASO DE FALLECIMIENTO			
Nombre:	Primer apellido:	Segundo apellido:	
DNINE:	Teléfono:	Email:	Nacionalidad:
Domicilio (calle, plaza):	Nº:	Bloque/Escales/Piso/Puerta:	
Código postal:	Localidad:	Provincia:	País:
1.2 DEL REPRESENTANTE O HEREDERO EN CASO DE FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE			
1.2.1 PERSONA A LA QUE SE OTORGA REPRESENTACIÓN O HEREDERO:			
PERSONA JURÍDICA	Denominación o razón social:	Representante de la persona jurídica	Nombre y Apellidos
	N.I.F.:	Teléfono:	Email:
PERSONA FÍSICA	Nombre:	Primer apellido:	Segundo apellido:
	DNINE:	Teléfono:	Email:
1.2.2 DOMICILIO DEL REPRESENTANTE O HEREDERO EN CASO DE QUE NO ESTE OBLIGADO A RELACIONARSE ELECTRÓNICAMENTE ART. 14.2 LPACAP			
Domicilio (calle, plaza):	Nº:	Bloque/Escales/Piso/Puerta:	
Código postal:	Localidad:	Provincia:	País:
1.3 MEDIO QUE SE ELIGE PARA LAS NOTIFICACIONES PARA SUJETOS NO INCLUIDOS EN EL ART. 14.2 LPACAP			
Notificación en la Dirección Electrónica Habilitada Único/Definido		<input type="checkbox"/>	Notificación por correo postal <input type="checkbox"/>

2. DATOS DE LA EMPRESA

Nombre o razón social:	NIF/NE:
Domicilio (calle, plaza...):	Nº:
Código postal:	Localidad:
	Provincia:

3. DATOS PARA EL COBRO DE LA PRESTACIÓN

3.1 PAGO EN LA CUENTA BANCARIA	Del futuro titular de las prestaciones (1.1) <input type="checkbox"/>	Del representante o heredero (1.2) <input type="checkbox"/>
3.2 DATOS DE LA CUENTA BANCARIA	IBAN	<input type="text"/>

4. DATOS SOBRE LA PRESTACIÓN QUE SE SOLICITA

4.1 PRESTACIONES QUE SE SOLICITAN	Salarios pendientes de pago <input type="checkbox"/>	Indemnizaciones no abonadas <input type="checkbox"/>	Salarios de tramitación <input type="checkbox"/>
4.2 TÍTULO O DOCUMENTO EN EL QUE SE RECONOCE EL CRÉDITO LABORAL			
4.2.1 ACTA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL Y/O RESOLUCIÓN JUDICIAL:			
JUZGADO	Social <input type="checkbox"/>	Mercantil <input type="checkbox"/>	PROCEDIMIENTO
Número:	Provincia:	Municipio:	Número/aflo:
			Fecha:
4.2.2 ACTA DE CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA:			
	Número de expediente:		Fecha:
4.2.3 CERTIFICADO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL QUE ACREDITE LA INCLUSIÓN DEL CRÉDITO EN LA LISTA DE ACREEDORES:			
	Fecha:		
4.2.4 EN LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE MICROEMPRESAS LIQUIDACIÓN, RESOLUCIÓN O CERTIFICACIÓN DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DECLARANDO DEFINITIVA LA LISTA DE ACREEDORES O AUTO RESOLVIENDO LAS ALLEGACIONES SOBRE EL CRÉDITO:			
	Fecha de la resolución o de la certificación o del auto del juzgado		
4.2.5 FUERZA MAYOR CON EXONERACIÓN:			
RESOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD LABORAL:	Fecha:		
NOTIFICACIÓN DE LA EMPRESA AL TRABAJADOR DE LA FECHA DE EFECTOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO:		Fecha efectos de la extinción:	
4.2.6 CERTIFICADO DEL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS:			
		Fecha:	

4.3 CAUSA DE LA PRESTACIÓN Y DATOS DE LOS DOCUMENTOS JUSTIFICATIVOS		
4.3.1 INSOLVENCIA- DECRETO DE INSOLVENCIA		
JUZGADO SOCIAL:	Número: _____ Provincia: _____ Municipio: _____	
EJECUCIÓN:	Número/año: _____ Fecha: _____	
4.3.2 CONCURSO DE ACREEDORES- ALTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO		
JUZGADO MERCANTIL:	Número: _____ Provincia: _____ Municipio: _____	
PROCEDIMIENTO:	Número/año: _____ Fecha: _____	
4.3.3 PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS LIQUIDACIÓN		
JUZGADO MERCANTIL:	Número: _____ Provincia: _____ Municipio: _____	
PROCEDIMIENTO:	Número/año: _____ Fecha: _____	
4.3.4 FUERZA MAYOR CON EXONERACIÓN:		
RESOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD LABORAL:	Fecha: _____	
NOTIFICACIÓN DE LA EMPRESA AL TRABAJADOR DE LA FECHA DE EFECTOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO:	Fecha efectos de la extinción: _____	
4.3.5 RESOLUCIÓN ENCOMENDANDO LA LIQUIDACIÓN DE LA ENTIDAD ASEGURADORA AL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS: Fecha: _____		
4.4 EN CASO DE HABERSE ENCONTRADO EN SITUACIÓN DE IT EN EL PERIODO POR EL QUE SOLICITA PRESTACIONES :		
Fecha inicio:	Fecha finalización:	

5. DATOS DE OTROS TÍTULOS QUE RECONOCEN EL CRÉDITO LABORAL CUANDO EXISTA ACUMULACIÓN DE EJECUCIONES

5.1 ACTA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL Y/O RESOLUCIÓN JUDICIAL					
JUZGADO	Social <input type="checkbox"/>	Mercantil <input type="checkbox"/>	PROCEDIMIENTO		
Número:	Provincia:	Municipio:	Número/año:	Fecha:	
5.2 ACTA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL Y/O RESOLUCIÓN JUDICIAL					
JUZGADO	Social <input type="checkbox"/>	Mercantil <input type="checkbox"/>	PROCEDIMIENTO		
Número:	Provincia:	Municipio:	Número/año:	Fecha:	
5.3 ACTA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL Y/O RESOLUCIÓN JUDICIAL					
JUZGADO	Social <input type="checkbox"/>	Mercantil <input type="checkbox"/>	PROCEDIMIENTO		
Número:	Provincia:	Municipio:	Número/año:	Fecha:	

6. DOCUMENTOS A APORTAR POR LOS INTERESADOS QUE HAYAN SIDO ELABORADOS POR CUALQUIER ADMINISTRACIÓN

CONSENTIMIENTO U OPOSICIÓN A RECABAR LOS DOCUMENTOS NECESARIOS PARA LA TRAMITACIÓN DE ESTA SOLICITUD	
CONSENTIMIENTO <input type="checkbox"/>	OPOSICIÓN <input type="checkbox"/>

DECLARO, bajo mi responsabilidad, que son ciertos los datos que consigno en la presente solicitud, manifestando que quedo enterado de la obligación de comunicar al Fondo de Garantía Salarial, O.A. cualquier variación que en los mismos pudieran producirse hasta la resolución de esta solicitud de prestaciones.

AUTORIZO al Fondo de Garantía Salarial, O.A. la consulta de los datos de identificación personal a través del Servicio de Verificación de Datos de Identidad, de los datos de domicilio a través del Servicio de Datos de Residencia, y de los datos de la Seguridad Social. Así como de cualquier otro dato de carácter personal o económico, que conste en las bases de datos de cualquier otro Organismo o Administración Pública, que sea necesario para la instrucción del procedimiento administrativo, y/o para comprobar la concurrencia de los requisitos legales exigidos para causar derecho a la prestación y para determinar su cuantía.

SOLICITO, mediante la firma del presente impreso, que se dé curso a esta petición de prestaciones de garantía salarial, adoptando para ello todas las medidas conducentes a su mejor resolución, con este fin, CONSIENTO al Fondo de Garantía Salarial, O.A. el tratamiento de los datos personales que consigno en esta solicitud.

....., a de del 20

Firma

INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR ESTA SOLICITUD

PRIMERA. INSTRUCCIONES SOBRE PRESENTACIÓN Y REGISTRO DE LA SOLICITUD:

En el caso de que el mandatario o el apoderado estén obligados a relacionarse con la administración de forma electrónica, la solicitud de prestaciones la deberá registrar en la sede electrónica del Fondo de Garantía Salarial, O.A. (<https://sede.fogasa.mites.gob.es/>), de conformidad con lo establecido en los artículos 14.2, 14.3 y 68.4, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En el resto de casos, la solicitud podrá presentarse en los registros de las oficinas del Fondo de Garantía Salarial, O.A. o en cualquiera de las oficinas y registros a los que se refiere el art. 16 de la misma Ley.

SEGUNDA. INSTRUCCIONES SOBRE LOS DATOS A CONSIGNAR EN LA SOLICITUD:

1. DATOS PERSONALES DEL INTERESADO:

- 1º. En el caso de que el interesado sea extranjero deberá disponer del NIE exigido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a efectos del cobro de la prestación.
- 2º. En el caso de que el interesado actúe por medio de representante, deberá acreditar la representación en el Registro Electrónico de Apoderamientos (@podera), de la Administración General del Estado: <https://sede.administracion.gob.es/apodera/>.
- 3º. En caso de que el trabajador causante haya fallecido, se harán constar los datos del causante (trabajador fallecido) en el apartado 1.1 y en el apartado 1.2 los datos del heredero.
- 4º. Cuando el representante sea una persona jurídica, las notificaciones se realizarán de forma electrónica, en la Dirección Electrónica Habilitada (es una dirección electrónica para la recepción de las notificaciones administrativas que por vía telemática pueda practicar la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos).
Cuando el representante sea una persona física y no esté obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración, o el interesado actúe sin representante, se deberá señalar en el apartado 1.3 el medio que se elige para las notificaciones. Si selecciona la notificación en la Dirección Electrónica Habilitada Única (Dehú) y no dispone de una, se le creará de oficio de forma automática; la Dirección Electrónica Habilitada Única es distinta a la dirección de correo electrónico personal. Si selecciona la notificación por correo postal, las notificaciones se remitirán a la dirección física correspondiente, de las consignadas en los apartados 1.1 y 1.2.

2. DATOS DE LA EMPRESA:

Se consignarán los datos de la empresa deudora.

3. DATOS PARA EL COBRO DE LA PRESTACIÓN:

Si el representante fuese el titular de la cuenta bancaria designada para el cobro de la prestación, deberá constar expresamente en el apoderamiento la facultad del mismo para cobrar prestaciones de las Administraciones Públicas.

4. DATOS SOBRE LA PRESTACIÓN QUE SE SOLICITA:

- 1º. En el apartado 4.1 deberá indicar las prestaciones que solicita (salarios pendientes de pago, indemnizaciones no abonadas, y/o salarios de tramitación), para ello marcará con una X cada una de las casillas correspondientes:

- 2º. En los apartados 4.2 y 4.3 deberá consignar los datos de los documentos que deben aportarse para cada una de las prestaciones que se soliciten, según se detalla a continuación:

SI SE SOLICITAN SALARIOS PENDIENTES DE PAGO: Resolución judicial, Acta de conciliación judicial o administrativa, firmas, y/o en caso de que la empresa haya sido declarada en concurso de acreedores o procedimiento especial de microempresas liquidación, según corresponda, certificado de la administración concursal o resolución o certificación del juzgado de lo mercantil declarando definitiva la lista de acreedores o auto resolviendo las alegaciones respecto del crédito en el que consten los importes y conceptos adeudados por la empresa deudora.

SI SE SOLICITAN INDEMNIZACIONES Y/O SALARIOS DE TRAMITACIÓN: Resolución judicial o Acta de conciliación judicial, firmas, y/o en caso de que la empresa haya sido declarada en concurso de acreedores o procedimiento especial de microempresas liquidación, según corresponda, certificado de la administración concursal o resolución o certificación del juzgado de lo mercantil declarando definitiva la lista de acreedores o auto resolviendo las alegaciones en el que consten los importes y conceptos adeudados por la empresa deudora.

EN TODAS LAS SOLICITUDES DE PRESTACIONES:

Decreto de INSOLVENCIA dictado por el Juzgado de lo Social, o Auto de declaración del CONCURSO DE ACREEDORES o Auto de apertura del PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS LIQUIDACIÓN, según la causa de la prestación, dictado por el Juzgado Mercantil.

Si la causa de la extinción del contrato es la FUERZA MAYOR, Resolución de la Autoridad Laboral y Comunicación escrita de la empresa al trabajador notificándole la fecha de efectos de la extinción del contrato.

3ª En el caso de que la empresa deudora sea una entidad aseguradora o reaseguradora en proceso de liquidación, conforme a la ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, se deberá cumplimentar los datos de los apartados 4.2.6 y 4.3.4.

5. DATOS DE OTROS TÍTULOS QUE RECONOCEN EL CRÉDITO LABORAL CUANDO EXISTA ACUMULACIÓN DE EJECUCIONES SOBRE LA PRESTACIÓN QUE SE SOLICITA:

En el caso de que un único interesado tuviese acumulados varios procedimientos judiciales a una misma ejecución (consignada en el apartado 4.3.1), deberá detallar en el apartado 5 cada uno de esos procedimientos judiciales. NO OLVIDE que debe cumplimentar el apartado 4.2.1 con los datos del procedimiento al que han sido acumulados.

TERCERA. INSTRUCCIONES SOBRE LOS DOCUMENTOS A APORTAR

Con carácter general, los documentos que deben aportarse en cada supuesto, según se detalla en las presentes instrucciones, serán originales, o copias testimoniadas o diligenciadas expedidas por el órgano judicial, o administrativo correspondiente.

De conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 39/2015, los interesados no están obligados a aportar los documentos que ya se encuentren en poder del FOGASA o hayan sido elaborados por cualquier Administración, siempre que consientan su obtención por el Fondo de Garantía Salarial, O.A., para ello deberán cumplimentar el apartado 6, según se indica a continuación.

6. DOCUMENTOS A APORTAR POR LOS INTERESADOS QUE HAYAN SIDO ELABORADOS POR CUALQUIER ADMINISTRACIÓN.

En este apartado se marcará con una X la casilla correspondiente:

Una vez rellenado el formulario habrá que entregarlo en la oficina del FOGASA y para ello habrá que pedir cita a través de este enlace <https://sede.fogasa.mites.gob.es/SEDE/gestion/catalogoTramites/citaPrevia.xhtml>, dentro de esta página a la que se nos lleva nos indica que hay que solicitar tantas citas como expedientes se quieran entregar, además de requerir el certificado de titularidad bancaria para poder presentar la solicitud de prestaciones³⁹.

Tenemos que añadir que el Registro Electrónico de FOGASA permite presentar solicitudes todos los días del año, las 24 horas del día, salvo interrupciones programadas por razones técnicas, que se comunicarán en el propio registro. La

³⁹ Ministerio de Trabajo y Economía Social. (2024). *Catálogo de trámites*. Recuperado el 3 de julio de 2024, de <https://sede.fogasa.mites.gob.es/SEDE/gestion/catalogoTramites/indexRegistro.xhtml> y Ministerio de Trabajo y Economía Social. *Sede Electrónica*. Recuperado de <https://sede.fogasa.mites.gob.es>

presentación de solicitudes se ajusta a la fecha y hora oficial española, aplicable a la Península, Ceuta, Melilla y las Islas Baleares⁴⁰.

Es posible adjuntar archivos adicionales según sea necesario como documentos complementarios a la solicitud.

Personas que pueden presentar una solicitud:

- El titular del derecho a la prestación, cuando él mismo sea el solicitante.
- Un representante del titular del derecho a la prestación, debidamente acreditado mediante poder.
- Un mandatario del titular del derecho a la prestación, también debidamente acreditado mediante poder.

El FOGASA tiene un plazo de 3 meses desde la presentación de la solicitud para responder, y este resolverá estimando o desestimando lo solicitado. Si transcurren 3 meses y el FOGASA no resuelve el expediente, se entenderá aceptada por silencio administrativo. La resolución del FOGASA será notificada directamente a los interesados (artículo 28 DOF).

9 LA SUBROGACIÓN DEL FOGASA EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE CRÉDITO ABONADO.

Una vez que el FOGASA ha pagado las cantidades debidas por parte del empresario al trabajador, este Organismo se subroga obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores y que, si dichos créditos concurren con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de los respectivos importes⁴¹. Las previsiones desarrolladas por el art.

⁴⁰ Ministerio de Trabajo y Economía Social. (2024). *Preguntas frecuentes (FAQs)*. Recuperado el 3 de julio de 2024, de <https://www.mites.gob.es/fogasa/faqs.html>

⁴¹ ROQUETAS BUG, M.: "La acción protectora del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 477,478.

30 del RD 505/1985 establecen que, una vez emitida la resolución y ordenado el pago, el FOGASA enviará una copia de esta al órgano judicial que haya llevado el caso de los trabajadores y, en su caso, al órgano de administración de la suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores. A partir de la recepción de esta copia, se deberá notificar al Fondo de Garantía Salarial de cualquier acción que se realice o se promueva por los trabajadores en relación con la efectividad de sus créditos (apartado 1).

Tras realizar el pago, la subrogación del FOGASA en los derechos y acciones de los trabajadores se acreditará mediante la presentación ante el órgano jurisdiccional competente de los recibos correspondientes o de una certificación sustitutiva de estos. Una certificación similar se enviará, en su caso, al órgano de administración del concurso (apartado 2).

Los créditos adquiridos por el FOGASA mediante subrogación mantendrán el carácter privilegiado que les confiere el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores y el que puedan tener según la legislación civil y mercantil. Si estos créditos coinciden con los que los trabajadores conservan por la parte no pagada por el FOGASA, ambos se satisfarán a prorrata de sus respectivos importes (apartado 3).

Además, las garantías especiales y los embargos que se hayan establecido para asegurar a los trabajadores el cobro de sus créditos beneficiarán al Fondo de Garantía Salarial en la proporción correspondiente a la parte del crédito pagada por este.

La subrogación del FOGASA en la posición acreedora de los trabajadores se produce “ex lege”, es decir, en el mismo momento que paga a aquéllos en cumplimiento de las obligaciones que le impone la legislación vigente, el ET el único requisito que se impone en el artículo 34 es el pago por parte del FOGASA para poder subrogarse como acreedor, este derecho se extiende también a los derechos anexos ya sea contra el deudor o contra terceros.

Esta subrogación no puede exceder el derecho que los trabajadores tenían contra la empresa ni el monto que el FOGASA ha pagado debido a la falta de pago por parte de la empresa. Si este organismo, por decisión propia o acuerdo

con los trabajadores, asume obligaciones superiores a las establecidas por la ley, la subrogación no le permite reclamar la diferencia a la empresa.

Además, la subrogación ocurre independientemente de si la empresa pagó previamente al trabajador la cantidad adeudada sin conocimiento judicial o administrativo de dicho pago. En este caso, el FOGASA conserva su derecho de subrogación por la cantidad total abonada al trabajador, y será la empresa quien deba reclamar al trabajador si corresponde⁴².

9.1 DERECHOS QUE TRANSMITE LA SUBROGACIÓN

1º) La subrogación del FOGASA en los créditos laborales implica, según los artículos 33.4 del ET y 30.3 del RD 505/1985, la transferencia al FOGASA de los créditos de los trabajadores, con los privilegios que otorgan el artículo 32 del ET y la legislación civil y mercantil. El artículo 32 del ET establece dos regímenes de privilegios para los créditos laborales dependiendo de si el empresario está en concurso o no. Si se trata de una ejecución individual, se aplican las preferencias establecidas en este artículo. Sin embargo, si se abre un concurso, los créditos laborales se hacen efectivos dentro de éste, siguiendo las escalas preferenciales establecidas en la Ley Concursal.

Así, el FOGASA, tras pagar el crédito al trabajador, se subroga en su importe y clasificación. Según la LC, si el FOGASA ha pagado salarios de los últimos treinta días antes de la declaración de concurso o salarios e indemnizaciones generados tras dicha declaración, estos se consideran créditos contra la masa, a pagar según lo dispuesto en los artículos 154.1 y 176 bis de la LC. Si los créditos salariales e indemnizatorios pagados por el FOGASA son anteriores a la declaración de concurso, pueden gozar del privilegio especial del artículo 90.1.3 de la LC, dándole al FOGASA los mismos derechos que los trabajadores respecto a los objetos elaborados por estos mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado, o del privilegio general, según el artículo 91.1º de la LC. En términos generales, esta disposición legal reduce los privilegios de los

⁴² Informe de Fiscalización especial sobre el Fondo de Garantía Salarial, Ejercicio 2001, Tribunal de Cuentas, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado p. 103.

créditos laborales en situaciones de concurso, eliminando la prioridad del superprivilegio sobre las hipotecas y garantías reales, lo que afecta negativamente las posibilidades del FOGASA de recuperar lo pagado a los trabajadores.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo sostiene que el FOGASA no puede disfrutar de los privilegios anteriores. El artículo 32 del ET se aplica solo en ejecuciones individuales, mientras que en el concurso la clasificación de créditos debe seguir las reglas de los artículos 84 y siguientes de la LC, sin admitir ningún privilegio no reconocido en esta ley. Así, la previsión del artículo 33.4 del ET sobre la transferencia de privilegios al FOGASA no tiene efecto en concursos, ya que los privilegios de dicha norma no rigen en el concurso. La referencia del artículo 30.3 del RD 505/1985 a la legislación mercantil se considera tácitamente derogada por ser contraria a la Ley 22/2003.

En definitiva, como la ley no reconoce privilegio crediticio alguno al FOGASA, sus créditos se clasifican como ordinarios (artículo 89.3 LC), salvo en el caso de salarios o indemnizaciones devengados tras la declaración del concurso y debido a la continuación de la actividad empresarial del concursado, que se consideran créditos contra la masa (artículo 84.2.5º LC). No así los salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso, que no se consideran créditos contra la masa porque su titular no es el trabajador, sino el FOGASA, lo que impide que la subrogación se extienda a la clasificación de estos créditos, que se clasifican también como ordinarios.

En contraste, el artículo 33.4 del ET no crea un privilegio, sino que regula los efectos jurídicos de la subrogación en un crédito cuyo privilegio está previsto en la Ley Concursal. La subrogación ocurre por disposición legal y con reconocimiento expreso de la conservación del privilegio del crédito salarial. La legitimación cambia al FOGASA como subrogado. La Ley 38/2011 confirma esto al incluir en la Ley Concursal la subrogación del FOGASA en los créditos salariales e indemnizaciones anticipados a los trabajadores por cuenta del empresario, según lo dispuesto en el artículo 33 del ET. El nuevo artículo 84.5 de la LC establece que “satisfechas las prestaciones conforme a su normativa específica, el FOGASA se subrogará en los créditos de los trabajadores con su

misma clasificación y en los términos del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores”

En caso de que los créditos del FOGASA concurren con los créditos que los trabajadores aún mantienen por la parte no satisfecha, ambos tipos de créditos se pagarán de manera proporcional a sus respectivos importes (art. 33.4 ET). Esto contraviene la regla del artículo 1.213 del Código Civil, que establece que un acreedor que haya recibido un pago parcial puede reclamar el resto con preferencia sobre quien se haya subrogado mediante el pago parcial del mismo crédito. Debido a que la norma laboral restringe los derechos del trabajador individual, debe interpretarse de manera restrictiva. Por lo tanto, el FOGASA tiene derecho a un trato igual al del trabajador cuyos créditos ha asumido, pero no frente al resto de los trabajadores que también puedan reclamar al empresario.

Las preferencias del FOGASA se aplicarán únicamente frente a terceros que busquen hacer efectivos sus créditos, pero no frente a los propios trabajadores, ya que lo contrario causaría una disparidad inaceptable, contraria al propósito de la norma. En otras palabras, el FOGASA no puede usar la imputación de pagos prevista en el artículo 1.172 del Código Civil, junto con el artículo 1.174 del mismo texto, para argumentar que se ha subrogado en el crédito salarial de mayor privilegio. En cambio, las cantidades adeudadas tanto al FOGASA como a los trabajadores deben considerarse de igual naturaleza y prioridad, y en aplicación del artículo 33.4 del ET, las cantidades obtenidas en la ejecución o en el concurso deben distribuirse proporcionalmente.

Aunque la subrogación sea legal y ocurra al mismo tiempo que el pago, esto no significa que el derecho al cobro proporcional se origine automáticamente. Siendo el FOGASA titular del crédito por subrogación, debe presentarse en el proceso ejecutivo o iniciarlo en tiempo y forma. Solo entonces tendrá el mismo derecho que los trabajadores titulares de créditos no satisfechos, participando en la distribución proporcional de las cantidades obtenidas en el proceso.

2º) El derecho a solicitar la ejecución de una sentencia laboral se aplica incluso si el pago de las prestaciones ha sido realizado antes de comenzar dicha ejecución. El art. 24 de la Ley de Jurisdicción Social establece que, si el Fondo

de Garantía Salarial ha efectuado el pago de las prestaciones antes de iniciar la ejecución, al solicitar esta, debe acreditar de manera fehaciente el pago de las cantidades satisfechas y que estas corresponden, total o parcialmente, a las reconocidas en dicho título.

Una vez despachada la ejecución, el secretario judicial emitirá un decreto que constate la subrogación producida, notificando a los trabajadores afectados o a sus representantes. A estos se les ofrecerá la posibilidad de constituirse como ejecutantes en el plazo de quince días si todavía tienen créditos derivados del mismo título frente a la empresa ejecutada por la parte no pagada por el Fondo. Las cantidades obtenidas se distribuirán de manera prorrateada entre el Fondo y los trabajadores en proporción a los importes de sus respectivos créditos.

La Ley contempla los casos en que los trabajadores, después de que sus créditos sean reconocidos en una sentencia laboral, los incluyen en el procedimiento concursal y solicitan prestaciones de garantía salarial sin necesidad de obtener del Juzgado de lo Social una declaración de insolvencia del empresario. En este caso, el FOGASA, al adquirir el crédito laboral mediante subrogación, con los derechos asociados, incluyendo el derecho a la ejecución separada contenido en el antiguo art. 32.5 del ET/1995, está legitimado para iniciar la ejecución de la sentencia según los términos del art. 24 de la LPL⁴³.

3º) El derecho a continuar como ejecutante en el proceso de ejecución iniciado por los trabajadores contra la empresa. Una vez subrogado, el FOGASA se convierte en parte del proceso, asumiendo el rol de acreedor ejecutante de la empresa. Esto puede suceder en los siguientes casos:

a) Cuando los trabajadores han aceptado una declaración de insolvencia, aunque existan bienes de la empresa que aún no se han liquidado debido a las cargas que dificultan su venta. En este caso, el FOGASA continuará con los trámites de embargo y liquidación de estos bienes, adjudicándoselos si resultan rentables.

⁴³ CANTOS ABERASTURI, E.: "El Fondo de Garantía Salarial, régimen jurídico de prestaciones y su intervención en el proceso laboral". Ciss Praxis, Madrid, 2000. pp.167-168.

b) Cuando los trabajadores obtienen una sentencia que reconoce la existencia de otros responsables solidarios distintos al deudor condenado. El FOGASA puede participar con su crédito en la ejecución de esta sentencia y cobrar, a prorrata con los trabajadores, del resultado de la venta de los bienes de los deudores solidarios, aunque no haya iniciado acciones declarativas contra ellos.

c) Cuando, después del pago de la prestación de garantía salarial en virtud de una declaración firme de insolvencia, se produce una sucesión de empresa según el art. 44 del ET. En este caso, el FOGASA debe demandar previamente, de manera incidental, al cedente y cesionario. Una vez declarada la sucesión en sentencia, podrá continuar con el procedimiento donde se declaró la insolvencia, que es provisional, para seguir la ejecución contra las empresas solidarias o alguna de ellas. Los trabajadores podrán participar en la ejecución por la parte de su crédito no pagada por el Fondo, según el art. 24.2 de la LJS.

4º) Y por último se tiene el derecho a continuar como acreedor en los expedientes concursales, ya que una vez subrogado el FOGASA en los créditos que ostentaban los trabajadores en procedimiento concursal, ocupa la misma posición que el trabajador por la parte o totalidad del crédito abonado⁴⁴.

9.2 OBLIGACIONES QUE TRANSMITE LA SUBROGACIÓN

La subrogación legal según el artículo 33.4 del Estatuto de los Trabajadores tiene como objetivo principal recuperar las sumas que el Fondo de Garantía Salarial haya desembolsado. En caso de sucesión de empresa, la ley impone al organismo público la obligación de intentar recuperar las cantidades pagadas a los trabajadores por parte del nuevo empresario, quien, al suceder al anterior, asume todas las responsabilidades laborales existentes hasta tres años antes de la transmisión que no hayan sido cumplidas (art.44 ET). Por consiguiente, el FOGASA puede legítimamente negarse a pagar las compensaciones correspondientes a sueldos e indemnizaciones que la empresa anterior

⁴⁴ ROQUETAS BUG, M.: "La acción protectora del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 479-488.

adeudara a los empleados, ya que la responsabilidad primaria recae en la nueva empresa. Si el FOGASA ya ha realizado dichos pagos, debe solicitar al nuevo empresario la devolución de estas cantidades.

En cambio, hay dos casos de subrogación empresarial en los que el Fondo de Garantía Salarial no puede exigir la devolución de las prestaciones al nuevo empresario, actuando como un apoyo en la reestructuración de empresas en crisis. Estos casos son:

En primer lugar, cuando los trabajadores, ante la crisis de su empresa y con el fin de mantener sus empleos, utilizan el importe de las prestaciones del FOGASA para crear una empresa de economía social. El artículo 2.5, del RD 505/1985, modificado por el RD 372/2001 y el RD 1300/2009, establece que “cuando los beneficiarios de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial sean trabajadores que, tras cesar en la empresa en la que prestaban servicios, constituyan una sociedad laboral, una cooperativa de trabajo asociado u otra cooperativa similar, no deberán devolver las prestaciones recibidas, siempre que el importe de las deudas se haya aportado íntegramente como capital social a la nueva entidad”. Para evitar el uso indebido de esta medida, el apartado sexto del mismo artículo, también añadido por el RD 372/2001, especifica que “si la sociedad pierde su calificación de laboral en un plazo de quince años desde su constitución, deberá reembolsar al Fondo de Garantía Salarial las cantidades pagadas a sus socios trabajadores en concepto de salarios o indemnizaciones adeudadas por la empresa anterior”. Además, esta norma se aplica si algún socio trabajador que recibió las prestaciones y las aportó a la constitución de la sociedad causa baja en dicho plazo, salvo por causas ajenas a su voluntad, como fallecimiento, incapacidad permanente o jubilación, siempre que esto no reduzca el nivel de empleo de la sociedad al momento de su constitución.

En segundo lugar, la Ley Concursal introduce cambios significativos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas en situaciones de concurso, lo que perjudica la capacidad del FOGASA para reclamar al nuevo empresario que se haga cargo de una empresa en concurso las cantidades pagadas a los trabajadores de la misma. El artículo 149.4 de la Ley Concursal establece que, cuando como resultado de la venta de una entidad económica ésta mantenga su identidad, es decir, siga operando con un conjunto organizado de medios para

llevar a cabo una actividad económica principal o secundaria, se considerará que hay una sucesión de empresa para efectos laborales y de Seguridad Social. En este caso, el juez puede decidir que el comprador no se haga cargo de la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la venta que sean asumidos por el FOGASA según el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Esto significa que el comprador solo será responsable de la parte de los créditos salariales e indemnizaciones de los trabajadores que no cubra el FOGASA, reduciendo así las cargas financieras del adquirente. Esta disposición se alinea con una de las opciones previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, que permite no transferir al nuevo dueño las obligaciones del anterior en lo que respecta a los contratos o relaciones laborales existentes antes de la transferencia, siempre que dichas deudas estén protegidas de manera equivalente a lo dispuesto en la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, actualmente reemplazada por la Directiva 2008/94/CE. Por ello, el acuerdo del juez, permitiendo que la nueva empresa no se subrogue en la parte de salarios/indemnizaciones que sea asumida por el FOGASA, equivale a dispensar una ayuda estatal con fondos públicos⁴⁵.

9.3 RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES FRENTE AL EMPRESARIO

9.3.1 EL REQUERIMIENTO DE PAGO

El artículo 31 del RD 505/1985 establece que, independientemente de la obligación de iniciar acciones judiciales para el reembolso más rápido y efectivo de las cantidades abonadas, el FOGASA requerirá a las empresas deudoras la devolución de dichas cantidades. Si lo considera conveniente, el FOGASA podrá fijar una fecha y hora para que la empresa se presente ante la Secretaría General o la unidad administrativa que gestionó el expediente. La incomparecencia injustificada de la empresa será considerada una infracción laboral, sancionable

⁴⁵ ROQUETAS BUG, M.: "La acción protectora del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 488-493

según lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, y el Decreto 1860/1975.

A raíz de estos requerimientos, el FOGASA y las empresas deudoras pueden firmar acuerdos mediante los cuales las empresas se comprometen a:

- a) Devolver las cantidades adeudadas al FOGASA.
- b) Ceder bienes al FOGASA como forma de pago de dichas cantidades⁴⁶.

9.3.2 LOS ACUERDOS DE DEVOLUCIÓN

Según lo establecido en el artículo 32 del Real Decreto 505/1985, el FOGASA puede negociar acuerdos para la devolución de deudas, especificando aspectos como la forma de pago, los plazos y las garantías necesarias. Estos acuerdos buscan combinar la efectividad de la acción subrogatoria con la necesidad de mantener la continuidad empresarial y proteger los puestos de trabajo (apartado 1). Las cantidades que se acuerden aplazar devengarán intereses al tipo legal vigente (artículo 32.1 del RD 505/1985). Cualquier acuerdo de devolución en forma de aplazamiento debe ser comunicado al tribunal que esté conociendo del procedimiento relacionado con la realización de los créditos (artículo 32.2 del RD 505/1985). En caso de incumplimiento de lo pactado, el acuerdo puede ser resuelto y el FOGASA puede ejercer las acciones necesarias, incluso solicitar la reanudación de procedimientos suspendidos (artículo 32.3 del RD 505/1985). Los acuerdos de devolución deben seguir el procedimiento legal establecido para las transacciones si contienen cláusulas que los caractericen como tales y no simplemente como aplazamientos de pago (artículo 32.4 del RD 505/1985). La Orden de 20 de agosto de 1985 desarrolla más detalladamente lo establecido en el artículo 32 del RD 505/1985.

Se contempla la posibilidad de acordar el aplazamiento o fraccionamiento de la deuda en dos situaciones distintas: antes de que se realicen los pagos de las prestaciones y después de efectuados dichos pagos. A menudo, el FOGASA

⁴⁶ Informe de Fiscalización especial sobre el Fondo de Garantía Salarial, Ejercicio 2001, Tribunal de Cuentas, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado p. 110.

paga las prestaciones de garantía salarial debido a la insolvencia técnica prevista en el artículo 277.1 y 2 de la LJS. Cuando los trabajadores embargan bienes esenciales para el proceso productivo de la empresa deudora y esta continúa operando, el FOGASA puede solicitar la suspensión de la ejecución por un periodo de 30 días para evaluar la incapacidad de satisfacer los créditos laborales y los efectos que la venta judicial de los bienes embargados tendría sobre la continuidad de las relaciones laborales existentes (artículo 277.1 LJS). Además, frecuentemente es la propia empresa la que se dirige al FOGASA, ya sea directamente o a través del Juzgado de lo Social, para pedir la suspensión de la ejecución ofreciendo un acuerdo de devolución, tras calcular las cantidades que debe pagar el Fondo. Si se llega a dicho acuerdo, el organismo público, después de verificar que la subsistencia de las relaciones laborales de los trabajadores actuales de la empresa depende de la venta judicial de los bienes embargados, solicitará la insolvencia "a los solos efectos de la garantía salarial". De esta manera, la institución de garantía salarial contribuirá a la conservación de la estructura productiva, evitando la pérdida de empleos.

Además, también se pueden firmar acuerdos de devolución después de que el Fondo se haya subrogado en los derechos, ya que la declaración de insolvencia empresarial es provisional hasta que se identifiquen bienes embargables. Así, si el FOGASA intenta embargar algún bien que haya sido identificado, la empresa podrá llegar a un acuerdo de devolución.

Las empresas interesadas, ya sea por iniciativa propia o en respuesta al requerimiento estipulado en el artículo 31 del Real Decreto 505/1985, deberán presentar un escrito ante la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial o ante la unidad administrativa periférica competente, solicitando el aplazamiento o fraccionamiento de la deuda. En caso de que la deuda provenga de expedientes tramitados por diferentes unidades administrativas periféricas, la solicitud se realizará ante la Secretaría General (artículo 5.1 de la Orden del 20 de agosto de 1985). Por lo tanto, es el empresario deudor quien debe gestionar el reembolso y quien puede firmar un convenio de devolución o recuperación, sin que exista la posibilidad de que un tercero no deudor, ni directamente ni como sucesor, pueda firmar acuerdos de este tipo. Esta normativa se refuerza con el artículo 3 de la misma orden ministerial, que establece que "la formalización de

cualquier acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento de la deuda exigirá la prestación de una garantía suficiente, ya sea por parte de la propia empresa o de una tercera persona presentada por ella". Esta disposición permite que un tercero pueda ofrecer una garantía, siempre y cuando sea presentado por la empresa deudora, que es la que firma el acuerdo.

El FOGASA puede acordar el aplazamiento y fraccionamiento de la deuda, y si este acuerdo se realiza antes del pago de las prestaciones, estará sujeto a la condición suspensiva de que, en el correspondiente procedimiento administrativo, se acredite ante el Fondo de Garantía Salarial el cumplimiento íntegro de los requisitos necesarios para la concesión de dichas prestaciones (artículo 1 de la Orden del 20 de agosto de 1985).

Los plazos máximos que se pueden acordar son los siguientes (art. 2.1 O. 20-8-1985): a) Si se aplaza el importe total de la deuda sin fraccionarlo, el plazo máximo es de dos años. b) Si se fracciona el importe adeudado, el plazo máximo es de ocho años, sin que se puedan establecer períodos de carencia mayores de seis meses.

Para determinar los plazos, se considerarán factores como el monto total de la deuda, las previsiones de evolución productiva, de mercado y viabilidad de la empresa, el número de trabajadores que emplea y planea emplear, y las cargas a las que debe hacer frente. En todo caso, se procurará aplicar un criterio uniforme ante situaciones similares (art. 2.2 O. 20-8-1985).

El cómputo de los plazos comenzará el día en que se formalice el acuerdo correspondiente o, si aplica, el día del cumplimiento de la condición suspensiva (art. 2.3 O. 20-8-1985).

La formalización de cualquier acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento de la deuda requerirá una garantía que sea considerada suficiente, ya sea proporcionada por la propia empresa o por un tercero presentado por ella (art. 3 O. 20-8-1985).

La entrada en vigor del acuerdo implicará la suspensión de las acciones que el Fondo de Garantía Salarial, ya sea directamente o por subrogación de las iniciadas por los trabajadores, pudiera estar ejerciendo para la realización de su

crédito. El acuerdo se comunicará al órgano judicial que esté entendiendo el procedimiento, mediante el envío de una copia debidamente compulsada por la unidad administrativa periférica correspondiente, solicitando al mismo tiempo el archivo provisional de las actuaciones en cuanto afecten al Fondo de Garantía Salarial (art. 8 O. 20-8-1985).

Las cantidades aplazadas y pendientes de pago devengarán el interés legal del dinero vigente en cada ejercicio económico, según lo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado⁴⁷.

9.3.3 LAS ADJUDICACIONES DE BIENES

De acuerdo con el artículo 33 del RD 505/1985, el FOGASA, en su calidad de acreedor, "podrá recibir toda clase de bienes como pago de la deuda, ya sea mediante cesión por parte del deudor o de un tercero" (apartado 1). Esto significa que el organismo público está autorizado para aceptar bienes de la empresa deudora como forma de pago de su deuda. Los acuerdos de cesión entre el empresario y el FOGASA deberán ajustarse a las disposiciones del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los bienes adjudicados "serán reintegrados al mercado lo más rápidamente posible para destinar su valor al cumplimiento de los objetivos del Organismo, según lo estipulado en el artículo 85 de la Ley del Patrimonio del Estado" (apartado 2). Con esta finalidad y dada la naturaleza comercial de los bienes adquiridos, el Fondo "podrá proceder a su venta directa, previo informe sobre las condiciones de la venta emitido por la Abogacía del Estado y la Intervención Delegada de Hacienda, siempre que el valor de tasación no exceda de cincuenta millones de pesetas". Si el valor excede dicha cantidad, además de los informes mencionados, se requerirá autorización del Ministro de Trabajo y Seguridad Social⁴⁸.

⁴⁷ ROQUETAS BUG, M.: "La acción protectora del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 496-500.

⁴⁸ ROQUETAS BUG, M.: "La acción protectora del FOGASA". Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 503.

9.4 ACCIONES JUDICIALES FRENTE AL EMPRESARIO

El FOGASA puede intentar cobrar de la empresa deudora mediante la ejecución del crédito del que es titular por subrogación legal por imperativo legal, ajustándose a las normas procesales, o mediante una acción declarativa de derechos con el objeto de lograr una condena al pago a dicho Organismo de las sumas abonadas a los trabajadores.

En el primer supuesto, el FOGASA puede intervenir en el proceso de ejecución iniciado por los trabajadores e, incluso, promover la ejecución. En el primer caso, aunque las acciones ejecutivas iniciadas correctamente por los trabajadores no se interrumpen ni prescriben, ya que las actuaciones continúan hasta la completa satisfacción del acreedor ejecutante (art. 243.3 LJS), el organismo público debe intervenir en el proceso ejecutivo de manera oportuna y conforme a las formalidades requeridas. Si se trata de iniciar la ejecución, se debe seguir lo establecido en el artículo 243 de la LJS, que menciona unos plazos considerados de "prescripción a todos los efectos". Durante estos plazos, se puede solicitar la apertura de la ejecución sin que el deudor pueda alegar la extinción del derecho sustantivo. Este plazo "será igual al fijado en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho cuya ejecución se pretenda" (art. 243.1 LJS), con la precisión de que "en todo caso, el plazo para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entregar sumas de dinero será de un año" (art. 243.2 LJS).

Esto implica que el plazo para solicitar la ejecución de una sentencia firme es el mismo que tiene la parte interesada para interponer la demanda judicial en reclamación de su derecho. Sin embargo, considerando que la acción ejercida no es la del trabajador solicitando la ejecución de la sentencia, sino la del FOGASA en repetición contra la empresa, resulta aplicable el plazo general de un año para el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de trabajo. Este plazo coincide con el señalado en el apartado segundo del artículo 243 de la LJS para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entregar sumas de dinero. El FOGASA dispone de este plazo para actuar contra la empresa en virtud de la subrogación en los derechos del trabajador que establece el artículo 33.4 del ET.

Este plazo se cuenta a partir del día en que la acción ejecutiva pueda ejercitarse, es decir, desde el momento en que se haya dictado la resolución administrativa que hace efectivo el pago al trabajador.

En el segundo supuesto, el FOGASA puede intentar recuperar judicialmente las sumas abonadas a los trabajadores mediante una acción declarativa de derechos, con el fin de obtener una sentencia que condene a la empresa a pagar dichas sumas. Esto puede ocurrir porque inicialmente no se demandó a los posibles responsables solidarios o porque se pagaron prestaciones sin necesidad de un título ejecutivo debido a una situación de fuerza mayor. En estos casos, el organismo público debe adherirse a las normas procesales correspondientes. El FOGASA asume los mismos derechos y obligaciones que tenía el trabajador al que le pagó, sin recibir privilegios especiales por ser un organismo público, conforme al principio de igualdad ante la ley, salvo que una ley específica indique lo contrario para el cumplimiento de sus fines.

Es importante destacar lo siguiente:

- El plazo que tiene el FOGASA para reclamar el pago a una empresa mediante una acción declarativa de derechos es el mismo que el trabajador tiene para reclamarle al FOGASA, según lo estipulado en el artículo 33.4 del ET. Este artículo establece que el FOGASA se subrogará en los derechos y acciones de los trabajadores para el reembolso de las cantidades pagadas. Por lo tanto, si los trabajadores tienen un plazo de un año para reclamar, no tendría sentido extender este plazo a quince años para el FOGASA. Además, el ordenamiento jurídico laboral requiere que las lagunas legales se cubran con sus propios textos antes de recurrir al Código Civil, conforme al artículo 4.3 del mismo. El artículo 1.969 del Código Civil establece que el tiempo de prescripción de cualquier acción comienza desde el día en que pudo ejercitarse. En el caso del FOGASA, la acción de resarcimiento contra la empresa no surge hasta que efectúa el pago a los trabajadores, ya que hasta entonces no se ha producido la subrogación que le convierte en acreedor.
- El FOGASA puede reclamar la devolución de las cantidades pagadas a los trabajadores debido a la insolvencia de la empresa condenada, así

como a los responsables solidarios, como la empresa sucesora en casos de transmisión de empresa (art. 44 ET) o el empresario principal en contratos y subcontratos (art. 42 ET). En el caso de la transmisión de empresa, el plazo de prescripción para reclamar se extiende a tres años a partir del momento de la transmisión, según el artículo 44 del ET. La subrogación del FOGASA no puede revivir una deuda ya prescrita. La responsabilidad del empresario principal o contratista solo es exigible durante un año desde la finalización de la contrata o subcontrata, según el artículo 42 del ET. La subrogación del FOGASA incluye los derechos y acciones asociados, pero no reactiva una acción que ya haya prescrito.

En principio, el FOGASA no necesita involucrar a los trabajadores en el juicio para recuperar las sumas pagadas, ya que la base de la reclamación es la subrogación en los derechos y acciones de los trabajadores, según el artículo 33.4 del ET. Sin embargo, si ha habido un doble pago a los trabajadores, la demanda también deberá dirigirse contra ellos.

Además, si la empresa entra en concurso tras el pago del FOGASA, el procedimiento concursal será el único medio para que el FOGASA recupere su dinero, a menos que existan otros deudores solidarios. Si el concurso afecta solo a uno de los codeudores solidarios, el crédito adquirido por el FOGASA no puede satisfacerse fuera del procedimiento concursal⁴⁹.

10 CONCLUSIONES

PRIMERA: El Fondo de Garantía Salarial tiene como principales fines proteger a los trabajadores ante la insolvencia o quiebra de su empleador, garantizando el pago de salarios e indemnizaciones pendientes por causas reconocidas legalmente. Además, busca fomentar la estabilidad laboral y la confianza en el mercado laboral al asegurar que los trabajadores no sean gravemente afectados por situaciones de crisis empresarial. Así, el FOGASA desempeña un papel

⁴⁹ ROQUETAS BUG, M.: “La acción protectora del FOGASA”. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 503-508.

crucial en la protección de los derechos laborales y en la mitigación de los impactos negativos de las dificultades financieras de las empresas sobre los trabajos.

SEGUNDA: El FOGASA tiene una serie de límites. Entre estos, se encuentran los topes máximos establecidos para el pago de salarios e indemnizaciones, que pueden no cubrir la totalidad de lo adeudado a los trabajadores. Además, el FOGASA sólo interviene en casos específicos de insolvencia o concurso de acreedores, lo que significa que no todos los trabajadores pueden acceder a sus beneficios. Estos límites destacan la necesidad de un equilibrio entre la protección ofrecida y la sostenibilidad financiera del fondo.

TERCERA: Se financia principalmente a través de las contribuciones obligatorias de los empleadores, quienes están obligados a realizar aportaciones específicas en función de sus nóminas. Estas cotizaciones se integran en el sistema de Seguridad Social y son recaudadas por la Tesorería General de la Seguridad Social. Este modelo de financiación asegura que el FOGASA dispondrá de los recursos necesarios para cumplir con sus funciones de protección laboral, aunque su capacidad financiera dependerá de la solvencia y cumplimiento de las obligaciones por parte del empleador.

CUARTA: El FOGASA cubre a trabajadores asalariados que se encuentran en situación de insolvencia o quiebra de su empleador. Esta protección se extiende a aquellos que han sido despedidos y no han recibido sus salarios o indemnizaciones correspondientes. Sin embargo, existen ciertas exclusiones, como los altos directivos, los socios de cooperativas de trabajo asociado, y los empleados de empresas que no cotizan al sistema de Seguridad Social español.

QUINTA: Los trabajadores deben presentar su solicitud dentro del plazo de un año desde la fecha en que el acto administrativo o judicial que reconoce la deuda. El procedimiento incluye la presentación de documentación necesaria, como la resolución judicial de insolvencia o concurso de acreedores, así como pruebas de los salarios o indemnizaciones adeudadas. A pesar de estos procedimientos, es crucial que los trabajadores actúen con diligencia y recopilen toda la documentación necesaria para evitar retrasos adicionales en la obtención de los pagos del FOGASA.

SEXTA: El derecho de subrogación del Fondo de Garantía Salarial es el mecanismo esencial que permite al fondo recuperar las cantidades pagadas a los trabajadores afectados por la insolvencia de su empleador. Mediante este derecho, el FOGASA se coloca en la posición del trabajador y puede reclamar las deudas pendientes directamente del empleador. Esto no sólo ayuda a mantener la sostenibilidad financiera del fondo, sino que también incentiva a los empleadores a cumplir con sus obligaciones salariales. La subrogación garantiza que los recursos del FOGASA se utilicen de manera eficiente y responsable, fortaleciendo la protección laboral y la justicia.

11. BIBLIOGRAFÍA, WEBGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADA

Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

ROQUETAS BUG, M.: “La acción protectora del FOGASA”. Tirant lo blanch, Valencia, 2017.

ROQUETAS BUG, M.: “Los beneficiarios de las prestaciones del FOGASA”. Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

ROQUETAS BUG, M.: “Las prestaciones del FOGASA”. Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

Informe de Fiscalización especial sobre el Fondo de Garantía Salarial, Ejercicio 2001, Tribunal de Cuentas, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.

BLASCO PELLICER, A.:” Los expedientes de regulación de empleo”. Tirant blanch. Valencia, 2009.

LLOMPAR BENNÁSSAR, M.:” El salario: concepto, estructura y cuantía”, La Ley grupo Walters Kluwer, Madrid, 2007.

LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuesta de reforma”. Bomarzo, Albacete, 2006.

CANTOS ABERASTURI, E.:” El Fondo de Garantía Salarial, régimen jurídico de prestaciones y su intervención en el proceso laboral”. Ciss Praxis, Madrid, 2000.

WEBGRAFÍA

Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1976-8373>

Real Decreto 317/1977, de 4 de marzo, por el que se constituye y regula el Fondo de Garantía Salarial <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-5966>

Real Decreto-ley 34/1978, de 16 de noviembre, por el que se reforma el Fondo de Garantía Salarial. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-28737>

Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-5683>

Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-6029>

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Página web del Fondo de Garantía Salarial <https://www.mites.gob.es/fogasa/faqs.html>

Subsede electrónica para la solicitud de la cita para solicitar las prestaciones del FOGASA [Sede Electronica \(mites.gob.es\)](https://sede.fogasa.mites.gob.es)

Solicitud de prestaciones del FOGASA <https://sede.fogasa.mites.gob.es/SEDE/gestion/catalogoTramites/indexRegistro.xhtml>

JURISPRUDENCIA

STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 1994 (AS/4345).

STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2000 (Rec. 2262/2000), ECLI:ES:TSJCAT:2000:11637.

STS de 16 de mayo de 1995 (Recud.2517/1994), ECLI:ES:TS:1995:2765.

SSTSJ del País Vasco de 1 de junio de 1999 (Rec.165/1999), ECLI:ES:TSJPV:1999:2710.

STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de mayo de 2002 (Rec.1927/2000), ECLI:ES:TSJCV:2002:5543.

Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 30 de noviembre de 2011 (Asunto T-238/2009).

SSTSJ de Castilla y León de 22 de septiembre de 1998 (Rec.777/1998), ECLI:ES:TSJCL:1998:4050.