

COMUNICACIÓN al

**II CONGRESO ESTATAL DE CENTROS
UNIVERSITARIOS DE**

**RELACIONES LABORALES Y CIENCIAS DEL
TRABAJO**

**TÍTULO: LA POSICIÓN JURIDICA DEL
FOGASA EN EL CONCURSO: CONTROL DE
RESPONSABILIDADES SOCIALES.**

AUTOR: Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa.

e.mail: benitobutron.JC@AJU.ej-gv.es

Magistrado Especialista Social TSJ País Vasco y Profesor Asociado EHU/UPV

GRUPO de TRABAJO: se presenta a la 1ª Sesión del 18 de junio de 2015, 1º Panel: Transformaciones en el modelo español de relaciones laborales: individual, colectiva y las prestaciones de seguridad social

RESUMEN: se trata de estudiar la realidad práctica y judicial de la intervención del Fondo de Garantía Salarial (FGS) en el concurso, como garante o controlador de los múltiples aspectos laborales existentes en el concurso mercantil y el cumplimiento de las obligaciones sociales (salariales e indemnizatorias). Analizando el objeto de su protección, la intervención concreta, su documentación y justificación, desde la recopilación de resoluciones judiciales al caso.

PALABRAS CLAVE: fogasa, procedimiento concursal, protección social, garantías y resoluciones judiciales.

LA POSICIÓN JURIDICA DEL FOGASA EN EL CONCURSO: CONTROL DE RESPONSABILIDADES SOCIALES.

- a) Introducción al ámbito laboral concursal.
- b) El objeto de la protección del FOGASA
- c) La intervención del FOGASA en el procedimiento concursal
- d) Documentación a efectos del pago de salarios por el FOGASA.
- e) Litigiosidad social y recursos de suplicación.

a) Introducción al ámbito laboral concursal.

En el ámbito concursal (y comentaremos posteriormente también el pre-concursal), y tras la declaración del mismo, se integran las acciones sociales en la competencia del Juez del Concurso, cuyo objeto sea la modificación sustancial colectiva (MS), incluidos los traslados colectivos, la suspensión y la extinción de la relación laboral en las condiciones que marca la Ley Concursal (art 64 LC). Por un lado se encuentran las modificaciones sustanciales colectivas (arts. 41 ET), los traslados colectivos (art 40 ET), y la suspensión (art 47 ET), que viene a denominarse laboralmente como “flexibilidad interna”, y por otro las extinciones (art 51 ET) con los expedientes de extinción colectiva de los contratos de trabajo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y finalmente las extinciones colectivas que se derivan del artículo 50.1 b) ET, junto a las que pueden afectar al personal de alta dirección, que se citan como “flexibilidad externa”.

En las facultades otorgadas al juez del concurso se dice que éste no viene a asumir las competencias laborales, del juez de lo social, sino que se le atribuyen facultades propias de la Autoridad Laboral, laboralizando su intervención por cuanto que su decisión será revisada en la jurisdicción social, sustituyendo a la contencioso-administrativa, propia de los expedientes de regulación de empleo vigentes con anterioridad a la Reforma de 2012 (RDL 3 y Ley 3/2012). No obstante, la doctrina judicial nos recuerda que entre una y otra intervención concurren particularidades que las diferencian¹.

Según la E de M de la reforma concursal (Ley 38/11) se pretende una mejora de la protección de los trabajadores teniendo en cuenta la anterior reforma y las prácticas judiciales. Pero habrá otras modificaciones de interés en 2012, RDL 3/2012 y Ley 3/2012; en 2013, RDL 11/2013, Ley 14/2013; y en 2014, Ley 1/2014 de 28 de febrero que convalida ese RDL 11/13, el RD Ley 4/2014 de 7 marzo superado por la Ley 17/2014 de 30 setiembre, y antes el RDL 11/2014 de 5 de setiembre. Finalmente el último RD Ley 1/2015 de 27 de febrero (BOE 28), de mecanismo de segunda

¹ A Mercantil 1 de Cádiz, Asunto 84/2007, en el que se afirma: “Por lo que respecta a la medida de extinción solicitada (y a las demás recogidas en el precepto), mientras que la Autoridad Laboral se limita a autorizar la extinción colectiva, es criterio de esta Juzgadora (en contra del mantenido en la solicitud), que el Juez del Concurso no se limita a una mera autorización, sino que ha de proceder a declarar la extinción (en igual sentido, en la doctrina, DESDENTADO BONETE, y STSJ de Cataluña de 27-9-2005). Ello significa que frente a los términos genéricos de la solicitud de ERE y de la propia resolución (que en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados, como permite la jurisprudencia social y contencioso-administrativa, vg. SSTS Sala 4ª de 17-3-99 y 28-9-99 y SSTS Sala 3ª de 22-5-2002 y 12-2-2002), en el expediente del art. 64 LC, tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además se ha de establecer la indemnización procedente para cada trabajador, o al menos fijar las bases para que pueda determinarse el importe concreto en ejecución de la resolución, es decir, salario, antigüedad y cuantía de la indemnización, es decir, cuántos días de trabajo por año de servicio (RIOS SALMERON/DE LA PUEBLA, DESDENTADO BONETE).

oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, en una denominación más propia de la improvisación, se retocan algunas de las normativas señaladas. También hay que recordar la reforma laboral desde 2010-2011 (Ley 35/10 de 17 set y RD 801/11 de 10 de junio Rgto. de procedimientos ERE y Traslados Colectivos, antes RD 43/1996, con su polémica Orden 8-3-2012, hoy RD 1483/2012, desarrollado por Orden 27-11-12), fortaleciendo la posición del trabajador (también como acreedor), racionalizando los procedimientos, aún con limitadas posibilidades de alegación y prueba (criticable), pero con excepción a la postulación (no necesario procurador y abogado) aún existentes problemas de notificación y celeridad. Sin olvidar la importante reforma procesal laboral Ley 36/2011 LRJS.

De interés específico pueden catalogarse el RD 908/2013 de 22 de noviembre de normas especiales para la concesión de Ayudas Extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas (BOE 23-11-13), y el actual RD 3/2014 de 10 de enero, de normas especiales para la concesión de Ayudas Previas a la jubilación ordinaria en el sistema de seguridad social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas (BOE 29-1-14), que suponen una puesta en escena de ayudas para tales trabajadores que pueden también encontrarse en situación de empresas en concurso.

En esta línea se sitúan las modificaciones del art.64 LC con la finalidad de evitar conflictos con la jurisdicción social, y antes para la autoridad laboral, llenando lagunas de las que adolecía el anterior procedimiento, en especial en relación con los expedientes de suspensión y reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo (arts.47 y 51 ET), también los cambios introducidos en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo con inclusión de los traslados colectivos (arts.41 y 40 ET), todos ellos con las grandes reformas de 2012 y 2013, que se mantendrán en las habidas para el 2014, y las previsiones para el 2015.

Sustrae de la jurisdicción social, adjudicándola al Juez del concurso, la competencia para resolver la impugnación a las decisiones de la Administración Concursal en materia de suspensión y extinción del contrato de **alta dirección** (art.65 LC), pero con Recurso de Suplicación ante el TSJ Sala Social, tornando también en colectivas las acciones resolutorias individuales del art.50 ET (art.64.10 LC) con la finalidad de dotar de un tratamiento unitario a todos los trabajadores de la concursada, y evitar que accionen de forma individual cuando la empresa ha sido declarada en concurso y se ha iniciado o se va a iniciar un expediente de extinción colectiva del art.64 LC, extinciones individuales en el marco de la empresa declarada en concurso que han generado mayor problemática, propiciando numerosos litigios tanto en orden al cómputo de acciones hasta alcanzar el número de trabajadores que determinaba la competencia del juez del concurso para su conocimiento, como en relación a la indemnización procedente, concurrencia de acciones ejercidas por el mismo trabajador por despido tácito - recordar STSJPV 1-4-2014 R. 535/14; 28-1-2014 R. 2246/13; 5-11-2013 R. 1834; 30-4-2013 RS 563/13 y 12-2-13 R. 176/13, que cita la de 20-1-12 R. 2268/12 y 15-1-13 R. 2921/12 y 12-3-12 R. 272/13 que no procedieron a suspender..., y que también comentamos en la STS 11-12-12 R. 2750/12 y la STSJPV R. 3013/2011- o por otros incumplimientos graves del empresario...cuestiones antes resueltas de forma dispar por las distintas Salas de lo Social.

Refuerza finalmente la materia el régimen de los concursos conexos en relación sobre todo a los **grupos** de sociedades, introduciendo un capítulo III en el Título I con esa denominación, y regulando la acumulación de concursos de varios deudores que puede producirse mediante solicitud de declaración conjunta o mediante la acumulación de concursos ya declarados, temática que no abordaremos aquí.

En el artículo 33 ET se define el **FOGASA** como un organismo autónomo (RD 505/1985 y RD 432/1999) dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, (hoy Empleo y Seguridad Social RD 343/2012), con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, cuyo objeto consiste en garantizar a los trabajadores el cobro de los salarios devengados y no percibidos, así como las indemnizaciones debidas, en los casos y cuantías determinados. Esta institución cobra especial relevancia en el marco concursal; el art. 33 de ET señala que el FOGASA abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario.

Ajustándose a los cambios operados por la Ley Concursal 22/2003, los apartados 1 y 2 del artículo 33 del ET en su nueva redacción dada por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre aluden a la insolvencia y al concurso del empresario como contingencias protegidas por el FOGASA.

El FOGASA ha de ser citado por el Juez como parte en los procedimientos concursales, cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el pago de salarios e indemnizaciones, o no podrá exigírsele dicho abono, artículos 33.3 ET, 184 LC y arts. 23-24 LRJS 36/2011 (STC 90/1994). Y una vez realizado el pago continuará como acreedor en el expediente, artículos 30 y siguientes del RD 505/85.

b) El objeto de la protección del FOGASA

Abordamos ahora los créditos protegidos de naturaleza salarial (art. 33.1 ET), con respecto a los cuales el FOGASA tiene responsabilidad subsidiaria. En el concepto de salarios se incluyen todos los conceptos salariales previstos en el artículo 26.1 ET. Recogiéndose en el artículo 14.a) y b) del RD 505/85 que merecen tal consideración la totalidad de las percepciones económicas a que tengan derecho los trabajadores, incluidas aquéllas en especie cuando retribuyan el trabajo efectivamente realizado o los períodos de descanso computables como trabajo, incluidas las percepciones de vencimiento periódico superiores al mes como las pagas extraordinarias (STS de 16 de mayo de 1995), si bien el FOGASA no responderá de las horas extraordinarias que excedan del límite legal del artículo 35.2 ET. El párrafo segundo del artículo 33.1 ET también considera crédito salarial los salarios de tramitación, en los casos en que legalmente procedan, de los artículos 56 y 57 ET.

Los artículos 56 y 57 han sido modificados por el Real Decreto-Ley 3/2012, y la subsiguiente Ley 3/2012, de Reforma Laboral de 2012. Desde la entrada en vigor de dicho RDL no se pagarán-cobrarán salarios de tramitación a no ser que la empresa opte por la readmisión, o estemos ante despidos nulos. Así mismo, para que el FOGASA se haga cargo de un crédito salarial ante una situación de insolvencia empresarial es requisito indispensable que su existencia y cuantía se encuentren reconocidos en acto de conciliación o en resolución judicial (A la vista de la STJUE de 21 de febrero de 2008,

se modificó el previo criterio del TSJPV, expuesto por ejemplo en su STSJPV 5 de septiembre de 2.006, recurso 260/06, y se entendió que quedaban incluidos también en la garantía del Fondo, lo que se fija ya en la sentencia que se dicta en el recurso 2.337/08. Con la anterior STJUE de 12 de diciembre de 2002, se había entendido que la conciliación a la que se refiere es la judicial, mas sin que la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial alcance a los casos de conciliación extrajudicial, dado el sentido de la STS 26-12-2001 R. 644/02.).

En cuanto a los límites cuantitativos sobre la prestación, la cuantía salarial máxima es la que corresponde al doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyéndose en la base diaria de cálculo el prorrateo de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días, e incluyéndose, para el cómputo de dichos días los efectivamente trabajados, los de descanso computable como de trabajo y los de tramitación, artículo 18 del RD 505/1985.

Antes de la entrada en vigor del RDL 20/2012, el organismo autónomo dependiente del Ministerio de Empleo, abonaba a los trabajadores el importe de salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso de acreedores, y cubría una cantidad que no superara tres veces el Salario Mínimo Interprofesional diario. Se pagaba hasta un máximo de 150 días pendientes de cobro, pero ahora (art 33.1 ET) el límite máximo son 120 días, y siendo el salario diario la base de cálculo, no puede exceder del doble del SMI (RD 1046/2013 de 27 de diciembre BOE 30-12-13, para 2014 lo fija en 645,30 €/m o 21,51 €/d). Las Sentencias del TSJPV de 20-1-2015 Rec. 2533/2014, y antes la de 24-6-2014 Rec. 1159/14 y la Sentencia TSJPV de 3-6-2014. Recurso 915/2014 estudian la extinción de relaciones laborales en sede concursal y el alcance de la responsabilidad subsidiaria del organismo con la normativa aplicable (RDL 20/2012 de 13 de julio). La resolución más antigua recoge, a los efectos de explicar ejemplificativamente, los siguientes Hechos: La empresa fue declarada en concurso en noviembre de 2008. En enero de 2010 se aprobó el convenio de acreedores abriéndose la fase de liquidación en cumplimiento del convenio en mayo de 2012. Los contratos de los demandantes se extinguieron por AJM de 10.9.12, en el que se fijó la fecha de efectos de la extinción el 30.11.12. En marzo de 2013 el FOGASA ha hecho frente a las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales conforme al RD Ley 20/12 (tope duplo SMI). Plantean demanda interesando que se conformen las indemnizaciones de acuerdo con la regulación anterior del art.33 ET, esto es, el salario base que sirva de parámetro indemnizatorio hasta el límite del triple del SMI diario .La Sala analiza el recurso de suplicación de la parte actora sustentado en la infracción de los arts.9.3 CE y 3.3 CC. Se razona que: a) si bien como regla general es la fecha de declaración de la insolvencia empresarial la que determina el nacimiento de la responsabilidad sustitutoria del FOGASA, ese criterio resulta de aplicación en los supuestos en los que la extinción del contrato de trabajo es anterior a la declaración de insolvencia empresarial que ha seguido a la reclamación del pago de indemnizaciones efectuada por los trabajadores a la empresa; b) que no ocurre así en empresas en concurso de acreedores en los que la admisión del concurso implica la declaración de insolvencia de la empresa; en tales casos la extinción de los contratos generalmente es posterior a la admisión del concurso y consiguiente declaración de insolvencia empresarial, por lo que la propia naturaleza subsidiaria de la acción de responsabilidad del FOGASA impide fijar la fecha litigiosa antes de la extinción del contrato. Similar criterio se adopta por la Sala en la sentencia dictada en R.887/2014 y en R. 97/14

El FOGASA también responde subsidiariamente de los créditos de naturaleza indemnizatoria (artículo 33.2 ET), no abonados al trabajador que deriven de la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias (el FOGASA hasta la reforma del RDL 20/12, pagaba el límite máximo de un año, sin que el sueldo diario, base de cálculo, excediera del triple del Salario mínimo interprofesional).

En cuanto a la cuantía por la que responderá el FOGASA en el caso de despido nulo, improcedente o extinción del contrato por el artículo 50 ET, la indemnización será de 30 días por año de servicio. Para los supuestos de extinción colectiva y despidos objetivos, la indemnización será de 20 días por año de servicio. Y para las extinciones de contratos temporales o de duración determinada (artículo 49.1.c) ET), la indemnización es de 8 ó 9 días por año de servicio.

En las extinciones colectivas producidas en procedimientos concursales el FOGASA procederá a deducir de la garantía legal de 20 días por año de servicio las cantidades que hubiera podido abonar la empresa.

La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, en su DF 5ª, ha suprimido el apartado 8 del art. 33 ET (que había sido modificado por la L 3/2012); es decir, a partir del 1 de enero de 2014 el FOGASA ya no abonará los 8 días de indemnización que le corresponda resarcir al empresario por extinciones de contrato de trabajo (incluye también los del artículo 64 LC) en empresas de menos de 25 trabajadores. La doctrina judicial anterior se resume en la STSJ PV de 20-5-2014 R. 765/14.

El abono de las prestaciones por parte del organismo al trabajador, en caso de concurso del empresario, determina la subrogación del FOGASA en la posición del trabajador, en los créditos en concepto de salarios e indemnizaciones que éste haya comunicado y visto reconocidos en el concurso, con la finalidad de obtener en él su satisfacción.

c) La intervención del FOGASA en el procedimiento concursal

En el artículo 184.1 de la LC se establece que el Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores, por lo que el FOGASA deberá ser citado como parte en el procedimiento concursal en los siguientes supuestos:

1º.- Cuando el solicitante del concurso sea acreedor del concursado por salarios puros, salarios de tramitación o indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo que estén comprendidas en el ámbito de la institución de garantía salarial.

2°.- Cuando en la lista de acreedores presentada por la concursada aparezcan créditos de origen laboral o estos sean comunicados por los trabajadores a la administración concursal, de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley Concursal, alguno de los créditos anteriores.

3°.- Cuando el FOGASA haya comunicado créditos propios contra el concursado como consecuencia de haber abonado previamente a los trabajadores los créditos laborales y de haberse subrogado en los mismos.

4°.- Cuando el activo concursal no alcance al pago de los créditos salariales e indemnizatorios devengados con posterioridad a la declaración del concurso.

5°.- Cuando el empresario concursado o la administración concursal soliciten la extinción de los contratos por la vía del artículo 64.1 de la Ley Concursal o se discutan demandas de resolución de contratos de trabajo en base al artículo 50.1. ET por la vía específica prevista por el artículo 64.10 de la Ley Concursal.

6°.- Cuando en fase de convenio o liquidación se pretenda transmitir la empresa libre de cargas en la parte comprendida en el ámbito de cobertura del FOGASA.

Atendiendo a lo establecido en los artículos 33.3 ET y 16.1 Decreto 505/1985 (y así se refleja en los arts. 23 y 24 LRJS 36/2011), el juez, de oficio, o a instancia de parte, debe citar como parte al FOGASA, desde que tenga conocimiento de la existencia de créditos salariales o indemnizatorios que estén incluidos dentro del ámbito de protección del FOGASA.

El FOGASA intervendrá como parte en los procesos declarativos previstos en los artículos 8.2° y 64 de la Ley Concursal, y en los incidentes concursales interpuestos contra las decisiones extintivas de los contratos del personal de alta dirección (art 65 LC) que se adopten por la administración concursal y en las fases centrales del concurso. En dichos procesos declarativos, tendrá iguales facultades procesales que las partes, salvo las de disposición de aquellos de los que no sea titular. Puede hacer en ellos todo tipo de alegaciones (como las relativas a la naturaleza laboral de los créditos o a las cuantías de los mismos), proponer y practicar pruebas, puede recurrir en suplicación, así como presentar el resto de recursos previstos en la LRJS o por medio del incidente concursal en materia laboral previsto en el artículo 195 de la Ley Concursal. Estos procesos producirán un efecto preclusivo para el FOGASA respecto de todo lo que pueda oponer para la defensa de sus intereses en el mismo, ya que en los procesos posteriores en los que aparezca como demandado directo no podrá alegar ni oponer lo que no alegó ni opuso ante el Juez del concurso. El FOGASA también podrá intervenir en las fases centrales del concurso, oponiéndose al concurso, pese al allanamiento del deudor o a la no formulación por el mismo de oposición dentro de plazo, o formular oposición con los mismos o distintos argumentos utilizados por el deudor, comparecer al acto de la vista previsto en el artículo 18.2 de la Ley Concursal con todos los medios de prueba que pueda practicar, observar si los créditos laborales están anotados y debidamente calificados, impugnar el inventario y la lista de acreedores. Al ser parte, tiene los mismos derechos y facultades que el resto de acreedores, aunque aún no haya pagado, y por lo tanto aún no sea titular de ningún crédito contra el concursado. De igual modo, el FOGASA podrá intervenir y ser parte

en los incidentes concursales relativos al reconocimiento y calificación de créditos laborales del art. 96 L.C.

La intervención del organismo en el concurso ha sido modificada por la Ley 38/2011, de 10 octubre, de reforma concursal, con una triple finalidad:

- Condicionar el reconocimiento administrativo por el FOGASA de la prestación a que tenga derecho el trabajador, a que éste figure incluido en la lista de acreedores o sea reconocido como crédito contra la masa;
- Limitar el pago de las prestaciones en concepto de salarios o indemnizaciones que deba satisfacer el FOGASA a las señaladas en la legislación laboral, aunque en el concurso se acuerde el pago de cantidades superiores que deberán, en cuanto al exceso legal, ser abonadas por la empresa y no por el organismo.
- Garantizar que el FOGASA pueda recuperar las cantidades pagadas en exceso cuando la cuantía que se reconozca a favor del trabajador en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada o percibida del organismo.

La STSJPV de 14-4-2015 R. 487/15 recuerda que al FOGASA no se le puede oponer el reconocimiento de deuda y/o el aplazamiento de pago que hagan un deudor y su acreedor, si no ha estado debidamente citado (demandado) en juicio, pudiendo excepcionar la prescripción de la deuda cuando ha sido reconocida en documento privado (art 23.5 LRJS). En el mismo sentido la STSJPV 3-3-2014 R. 194/15

d) Documentación a efectos del pago de salarios por el FOGASA.

Según el art. 25 del RD Real Decreto 505/1985, en caso de concurso, la solicitud deberá venir acompañada de los siguientes documentos: testimonio de la resolución judicial por la que se tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, hoy concurso tras Ley 22/2003, acompañado de certificación de inclusión de los créditos de los trabajadores en la lista de acreedores por un importe igual o superior al que se solicite al Fondo de Garantía Salarial.

Dicho artículo determina que, a efectos del reconocimiento y pago de prestaciones por el FOGASA, resulte imprescindible que concurra un doble requisito: la concurrencia de la declaración de concurso, por un lado y, por otro, la certificación del administrador.

Como tales certificaciones o documentos acreditativos se deben de tener por hábiles los siguientes:

- Las certificaciones de los administradores concursales de reconocimiento del crédito de futura inclusión en la lista de acreedores, bien por tratarse de créditos contra masa del art. 84,2,5 LC bien por tratarse de créditos concursales del art. 86,2 LC, esto es, que obran en los libros y documentación del concursado.
- La inclusión del crédito del FOGASA en la lista definitiva como crédito concursal o contra masa.

- La inclusión del crédito del FOGASA en la lista provisional una vez firme por haberse agotado el plazo para su impugnación.
- La resolución judicial firme del incidente concursal que afecte a créditos concursales o contra masa del organismo.
- La resolución judicial que reconozca el derecho a la indemnización por extinción del contrato de trabajo.

e) Litigiosidad social y recursos de suplicación.

La norma general es que las partes personadas en el expediente concursal serán las que pueden recurrir la resolución judicial que se pretende impugnar. Pero, en relación con el auto de extinción colectiva del anterior artículo 64.8 LC, que antes no hacía mención expresa de las partes legitimadas (ahora cita al administrador concursal, al concursado, a los trabajadores a través de sus representantes –no dice legales-, y al FOGASA) y ello había motivado una serie de pronunciamientos judiciales al respecto, principalmente con relación a los trabajadores individuales que, en principio, no tienen tal condición al estar presentes mediante sus representantes, teniendo que plantear a nivel individual y por la vía del incidente concursal las cuestiones que afecten a sus condiciones laborales en relación con el auto de extinción colectiva.

Ahora bien, tras la nueva redacción del art 64.8 LC, por la reforma Ley 38/2011, y siguiendo los dictados del TC (STC 15/2012), en supuestos particulares, aquella legitimación se ha extendido a los trabajadores cuando estuviesen personados en la propia pieza separada de extinción colectiva (STSJPV de 6 de febrero de 2007, Recurso 2823/2006, en el que se resolvía un recurso de suplicación que plantearon dos trabajadores concretos, no personados antes en el expediente de extinción colectiva de los contratos de trabajo y que impugnaban el auto de extinción por la fecha de efectos extintivos, decidiendo la Sala la falta legitimación por no estar personas ni ser parte y el carácter común del objeto de su impugnación. En igual sentido, STSJ de Castilla-La Mancha, de 9 de junio de 2010, Recurso 451/2011.) o en el concurso en general (STSJ del País Vasco, de 5 de Octubre del 2010, Recurso: 1720/2010, al decir que “..estaban ya personados en el concurso, lo cual resulta suficiente a estos efectos, sin necesidad de que vuelvan a hacerlo en la pieza de extinción colectiva, máxime cuando una de las razones de su recurso radica, precisamente, en que se les haya ignorado durante su tramitación”. En esta sentencia se recurría el auto de extinción colectiva del Juez Mercantil que extiende su decisión extintiva a todos los trabajadores solicitados por la concursada el 21 de septiembre, así como a los no incluidos en ella pero que eran demandantes ante el Juzgado de lo Mercantil al amparo del art. 50 ET, pero no a siete que tampoco figuraban en ninguno de ellos, sustentando la decisión en la inviabilidad de la empresa, con déficit patrimonial, pérdidas continuadas, derivando su insolvencia de la fuerte bajada de pedidos e insuficiente financiación, no abonándose los salarios. Ese auto fijaba la cuantía de la indemnización, prevista para el despido colectivo, pese a que se hayan formulado demandas al amparo del artículo 50 ET, siguiendo la pauta que señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 2008 (recurso 294/2008) y 25-2-2011 y 13-4-2011 , o no estando personados, ad initio, tal condición se ha obtenido al haberse planteado solicitudes de extinción al amparo del art. 50.1 b) ET, lo que constituye a los afectados en parte personada en el expediente de extinción

colectiva, o, sin personación alguna, ha sido incluidos en la lista de trabajadores afectados sin que en la tramitación del expediente haya sido valorada por las partes que han negociado su situación. Así lo decide la sentencia ya citada STSJ del País Vasco, de 5 de Octubre del 2010, Recurso: 1720/2010, afirmando que “...todos ellos han ejercitado demanda de resolución de su contrato de trabajo al amparo del artículo 64 punto 10 LC, lo cual les constituye en parte personada en el expediente de extinción colectiva a que reconduce dicho precepto, sin necesidad de escrito de personación distinto, y así lo revela el modo en que el Juzgado les ha considerado. No admitirlo así lesionaría su derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión, impidiéndoles el acceso al recurso sin causa que lo justifique como vía de impugnar una resolución que dirime el ejercicio de una acción individual suya. Creemos que no entra en contradicción con lo que entonces dijimos.

La reforma de la LC (Ley 38/11) ha venido a modificar este apartado, dejando clara indicación de las partes que pueden interponer el recurso: la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes –no dice legales- (STSJPV 4-2-2014 R. 84/14, 28-1-2014 R. 2354/13, 28-1-2014 R. 2246/13, 14-1-2014 R. 2258/13) y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). Ello significaba que ya no podría en ningún caso estar presente el trabajador/es individuales?. Dado que el concepto “persona con interés legítimo” está presente en el concurso (art 17 LRJS 36/11), como parte interviniente, no parece que la doctrina judicial pueda verse afectada por esta especificación que no exclusión de sujetos como partes legitimadas para recurrir. (STSJ del País Vasco, de 5 de Octubre del 2010, Recurso: 1720/2010 “No fue tenido en cuenta en el periodo de consultas, ni por la empresa ni por los representantes de los trabajadores y sin embargo STSJPV 6-2-07 R. 2823/06 y 5-10-10 R. 1720/10)

La STSJ 23-10-2012 RS 1214/12 es igual a la S. 3-4-2012, RS 636/12 y se relaciona con S. 23-7-2012 RS 1630/12, en suplicación de 255 trabajadores (mediante 3 abogados diferentes, uno desistirá), frente al AJM Bi nº2 de 13-5-2011, 273/11(concurso declarado el 20-12-10) y en materia de extinción colectiva de contratos de trabajo del art 64 LC, declara la LEGITIMACIÓN de los trabajadores (pluri-individuales, aún miembros Comité Empresa y otros) para interponer Suplicación (aún anterior a reforma del art 64.8 Ley 38/11), con ¿reorientación? de precedentes de la Sala TSJ (R. 2823/06, 2773/08, 1306/09 y 1254/11... si colectivo RS y si individual incidente art 195 LC) a la vista de la STC 15/12 (arts 64.8 LC, 188.1 LPL y 448.1 LEC): si están personados en el proceso concursal tienen legitimación. Ver “Acuerdos de Plenillo NO jurisdiccional” del TSJPV de 27-3 y 2-5-12 y RQ 351/12 (legitimación sindical) y RS 1241/12 (legitimación empresa & administración concursal) o STSJPV 6-4-2012 R. 636/12.

En el mismo sentido la STSJPV 7-5-2013 R. 548/13, 9-7-2013 R. 1253/13, 5-11-2013 R. 1865/13 que permiten la legitimación de trabajadores individualmente, siempre que estén personados en el expediente, pero sin estudio de sus cuestiones personales o individuales

Resumidamente están legitimados para recurrir en suplicación la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes, o ahora individualmente personados, y el FOGASA. Aunque el artículo 64.8 LC no lo mencione expresamente también estarán legitimados para recurrir aquellas personas físicas o jurídicas que hayan sido convocadas a participar en el período de consultas, por

estimarse que existían indicios de que pudieran construir una unidad de empresa con la concursada, a tenor del artículo 64.5 LC. Lógicamente estarán legitimados siempre que exista un gravamen en el auto que se recurre. Aunque el precepto habla de “representantes de los trabajadores” ha de entenderse que se refiere no sólo a la representación legal y a la sindical, sino también a la comisión nombrada en la forma prevista en el artículo 41 LC, o a comisión designada por el Juez, en los términos previstos en el artículo 64.2 LC.

Lo cierto es que en la práctica estadística, el FOGASA es uno de los habituales recurrentes en suplicación en materias concursales que se estudian en los Tribunales Superiores de Justicia, Salas de lo Social. Pero hay que recordar el criterio de que el Fondo de Garantía Salarial no goza de la exención de costas procesales a la que se refiere el actual artículo 235.1 de la LRJS 36/2011, siguiendo lo señalado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 18 de enero de 2.000 y 13 de octubre de 1.995, recursos 4.608/99 y 1.178/95.

Entre otros ejemplos de resoluciones en que aparece el FOGASA como recurrente:

a) STSJPV de 20-1-2015 Rec. 2533/2014, y antes la de 24-6-2014 Rec. 1159/14 y la Sentencia TSJPV de 3-6-2014 Rec 915/2014, luego comentada, estudian la extinción de relaciones laborales en sede concursal y el alcance de la responsabilidad subsidiaria del organismo con la normativa aplicable (RDL 20/2012 de 13 de julio)

b) STSJPV 20-5-2014 RS 765/14, (desestima). Recurre FOGASA la sentencia del JS nº 1 SS 18-2-14 que deniega la responsabilidad empresarial por el 100% (solo 60%) de la indemnización de 19 trabajadores que han visto extinguidos sus contratos por AJM 7-6-2012, pues dice el JS que el FGS debe asumir su responsabilidad subsidiaria. Aplicación del retocado art 33.8 entre RDL 3/12 y Ley 3/12 (en vigor 7-7-2012), por ser la extinción concursal en junio. La lectura del precepto (para empresas de menos de 25 trabajadores) lleva a entender que el FOGASA abonará de forma directa a los trabajadores la parte de la indemnización (8 días, 40%), no recayendo sobre el empresario la obligación de abono de la totalidad de la indemnización (100%).

Recordar que ese art 33.8 ET ha sido suprimido con efectos de 1-1-2014 por la DF5ª de la LGPGE 22/2013 de 23 dic. Y que el RDL 20/2012 también modificó las cuantías y límites (ver R.915/2014 Foro Enero 2015, R.887/2014 y R. 97/14 comentado en Foro de Diciembre de 2014.)

c) STSJPV 3-6-14 R. 915/14, igual R. 887/14 y 97/14; tras normativa RDL 20/2012 y declaración de insolvencia, ya comentada. El Juzgado de lo Social nº 5 de San Sebastián desestimó la demanda, ratificando la resolución del FOGASA.

Hechos: La empresa fue declarada en concurso en noviembre de 2008. En enero de 2010 se aprobó el convenio de acreedores abriéndose la fase de liquidación en cumplimiento del convenio en mayo de 2012. Los contratos de los demandantes se extinguieron por AJM de 10.9.12, en el que se fijó la fecha de efectos de la extinción el 30.11.12. En marzo de 2013 el FOGASA ha hecho frente a las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales conforme al RD Ley 20/12 (tope duplo SMI). Plantean demanda interesando que se conformen las indemnizaciones de acuerdo con la

regulación anterior del art.33 ET, esto es, el salario base que sirva de parámetro indemnizatorio hasta el límite del triple del SMI diario.

La Sala analiza el recurso de suplicación de la parte actora sustentado en la infracción de los arts.9.3 CE y 3.3 CC. Se razona que: a) si bien como regla general es la fecha de declaración de la insolvencia empresarial la que determina el nacimiento de la responsabilidad sustitutoria del FOGASA, ese criterio resulta de aplicación en los supuestos en los que la extinción del contrato de trabajo es anterior a la declaración de insolvencia empresarial que ha seguido a la reclamación del pago de indemnizaciones efectuada por los trabajadores a la empresa; b) que no ocurre así en empresas en concurso de acreedores en los que la admisión del concurso implica la declaración de insolvencia de la empresa; en tales casos la extinción de los contratos generalmente es posterior a la admisión del concurso y consiguiente declaración de insolvencia empresarial, por lo que la propia naturaleza subsidiaria de la acción de responsabilidad del FOGASA impide fijar la fecha litigiosa antes de la extinción del contrato.

d) STSJPV 14-1-2014 RS 2249/13, impugnación de la conciliación judicial (6-3-2013) entre trabajador y empresa (concurso AJM 17-3-2011) que defiende el FGS por considerar que ha existido fraude de ley en el acuerdo y reconocimiento de deuda, pues la empresa sabía que era insolvente... FRAUDE DE LEY: no se presume (empresa insolvente que reconoce adeudar, responsabilidad subsidiaria del FGS art 33 ET pues acepta la realidad de la deuda pero alega que le han hurtado la posibilidad de alegar prescripción, no salarial o no laboral...). Procedimiento: el FGS pudo impugnar la conciliación judicial como tercero perjudicado por ilegalidad o lesividad (art 84.6 LRJS), pero ha planteado demanda independiente. TSJPV no condena en costas (error).

e) STSJPV 14-1-2014 R. 2243/13 (desestima). Recurre FOGASA el Auto JM Vitoria que estima la EXTINCIÓN COLECTIVA improcedente (no ajustada) de todos los trabajadores (21) de empresa en concurso (auto 3-12-12) con inicio por AC de extinción colectiva el 29-4-13 SIN acuerdo....El JM NO observa causa económica (pérdidas 2009 a 2012) ni otras según documentales (contable) aportadas (informe Delegación Trabajo e ITSS que no acreditación...), pero en interés del concurso y por cese de actividad declara IMPROCEDENTE con 45/33.... JM no cita el art 286 LRJS (imposibilidad cierre/cese empresa). El impugnante en representación de los trabajadores cita otras resoluciones: SJM Barcelona num3 19-5-08, JM Madrid 7 7-12-09, JM Bi 2 16-2-10 y 12-7-10). Ver también STSJ Cataluña 19-4-12 Ar 2653 y STSJ Madrid 7-9-12 Ar 2513 y JM SS 30-10-09 (que solo desestima extinción y nada dice de la indemnización).

f) STSJPV de 10-12-2013. R 2002/13.(estima).Recurre FOGASA sentencia del JS nº 4 SS de 17-6-13 que estima demanda de trabajadora reclamando salarios de tramitación y otros adeudos de empresa insolvente.

g) STSJPV 3-9-2013 R. 1401/13 (estima). Recurren trabajador y FOGASA la SJS nº 2 Bi de 27-2-13 que estima parcialmente la demanda del trabajador frente a una empresarial laboral (cafetería) principal, y desestima frente a la nueva empresarial (nueva cafetería), en materia de Despido Improcedente (31-7-12) en el que se discute también la responsabilidad solidaria de la posible sucesora (aún no estar en concurso),

salario, documentos extraordinarios (sentencias no firmes)... JS cree que no hay SUCESIÓN ni responsabilidad por ser el despido previo a la sucesión (1-9-12).

h) STSJPV 3-7-2013 R. 1179/13 (desestima). Recurre FOGASA la SJS Bi 1 7-2-2013 que estima la reclamación de CANTIDADES adeudadas en el periodo 20 setiembre a 30 noviembre de 2011 por empresa en concurso (Auto JM Bi 1 17-5-11 anulado por TSJPV) aplicando el art 30 ET (imposibilidad de la prestación), pues aparentemente el AC no ha pagado a los que han estado trabajando en otros sitios durante la tramitación del concurso, anulación de auto extintivo y otros....(al resto sí). JS considera que hay obligación de pago y cotización pues no tenían exclusividad firmada, quisieron reincorporarse y no había trabajo efectivo (pero cierre empresa desde 30-4-11 sin impugnar???)

i) STSJPV 13-11-2012 RS 2482/12 (estima ambos). Recurren el FOGASA (pide no responsabilidad) y un trabajador (pide responsabilidad solidaria) la SJS SS 5 en materia de indemnización por despido (28-2-11) y responsabilidad que ha estimado parcialmente el adeudamiento por el FGS de ese 40% de la indemnización de 20d/año aplicando el art 32.2 y 8 ET, absolviendo a la empresarial en concurso AJMSS 13-4-11 que ha visto extinguidos los contratos de toda la plantilla (6 trabajadores) pero sin hacer Despido Colectivo. Se declara la responsabilidad directa de la empresa por el 100% y la subsidiaria del 40% del FGS en la misma sentencia-título para no exigir un nuevo expediente administrativo (STSJPV 18-6-12 R. 1370/12)

j) STSJPV 26-6-2012, RS 1623/12 ver 3158/09 y 3241/09. (desestima). Recurre FOGASA (También lo intentó la Administración Concursal pero en R. Queja 1406/12 se inadmite por falta de consignación ver Foro de Octubre) la SJS 9-1-12 (nueva LRJS y reforma L38/11) que declara el despido improcedente (tácito por falta de ocupación efectiva, no del art 50 por impago ET) de 4 trabajadores en empresa en Concurso por AJM 31-10-11 (hubo otro ERE previo de 31-5-11 sin estar en concurso, anulado el 5-10-11, con reincorporación de los trabajadores) que demandan el 24-11-11. Hay extinción colectiva en AJM 16-2-12, pero iniciado el 9-12-11.

k) STSJPV 3-7-2012, RS 1241/12 (estima parte). Recurre FOGASA la SJS que estima demanda de dos empresas en concurso y liquidación que consiguieron STSJPV anulando sus Convenios de Recuperación y que logran la devolución de las cantidades pagadas (NO eran sucesoras) con obligación de reintegro del FGS. El JS desestimó la excepción de FL Activa pues el apoderamiento de Letrado era por el Presi Consejo Adm anterior (no el Administrador Concursal). En el RS se ha intentado aportar Documento extraordinario del AC convalidando el apoderamiento...Recordar STS1^a 25-7-12