

NORMAS, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CONSIDERACIONES GENERALES.

El FOGASA fue creado en el ordenamiento jurídico español, por la ley del RD 11 del 8-04-76 en el nº 16/76 y se puso en funcionamiento a partir del 1-04-77, esta fecha fue en la que se iniciaron sus efectos protectores por virtud del RD 317/1977 de 4-3 que desarrolló las disposiciones de aquella ley con respecto a este organismo.

Todas estas normas fueron modificadas por el RDL 34/1978 de 16-11 y por el RD 2077/1979 de 14-8.

El Estatuto de los trabajadores varió sustancialmente la regulación básica del FOGASA, en base a lo dispuesto en sus artículos 33, 51-10, 56-4, aunque los reales decretos mencionados anteriormente, no fueron derogados.

La ley 32/1984, sobre modificación de determinados artículos del Estatuto de los trabajadores, reformó de forma muy sustancial y trascendente la normativa del FOGASA, ya que alteró en muchos extremos el artículo 33 del E.T. y derogó el nº 4 del art.56, por lo que desapareció desde la entrada en vigor de esta ley la responsabilidad directa de dicho fondo en relación con las indemnizaciones por despido en las empresas de menos de 25 trabajadores.

Una cuestión surgida a raíz de la promulgación de la Ley nº 11/1994, era la de si esta previsión del artículo 33-8 del E.T. (no modificado por la Ley 11/94) es aplicable a los casos de despido objetivo del artículo 53 del E.T. en relación al apartado C del art., 52-1 (amortización de puestos de trabajo por causas técnicas, organizativas o de producción), ya que en este caso la propia norma impide a la empresa, proceder a la extinción de contratos por la vía del despido colectivo, al no llegarse a los umbrales numéricos establecidos por el art.51-1, pero sin basarse la extinción contractual en las mismas causas.

Aclarando las dudas surgidas, se publicó en el B.O.E. del 2 de agosto de 1994 la instrucción del FOGASA de fecha 29 de junio de 1994, que determinó efectivamente, que en el caso de las empresas de menos de 25 trabajadores, se extingan sus contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción por la vía del art.53 del E.T. (despido objetivo), el FOGASA abonará, en aplicación del art.33-8 del E.T., el 40% de la indemnización legal de 20 días por año de servicio que prevé el art.53-1b y aplicándose a la suma a abonar por el FOGASA los límites ya vistos, de una anualidad de salario sin que el salario/día, tomado como base de cálculo pueda exceder del duplo del S.M.I..

En consonancia con lo anterior, la Ley 42/1994, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en su art.41, dio nueva redacción al nº8 del art.33 del E.T. añadiendo el caso del despido objetivo del art.52c.

FOGASA.

ARTÍCULO 33.8 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

En las empresas de menos de 25 trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley ó por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52.

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

En el citado artículo, la responsabilidad del FOGASA más que una garantía de cobro para el trabajador, constituye una medida de apoyo ó protección de las pequeñas empresas, cualquiera que sea su actividad, que por causas económicas, técnicas, organizativas ó de producción, necesita reestructurar su plantilla, no en los casos de insolvencia de la empresa.

El trabajador puede resultar beneficiado puesto que si el empresario es insolvente, obtendrá del FOGASA una indemnización sin hacerse con un título ejecutivo y sin tramitar la declaración judicial de insolvencia.

OBJETIVOS.

*Proteger a las pequeñas empresas, reduciendo los costes por despido que decidan fundadamente y con observación de los requisitos legales.

*Ayuda a establecer plantillas operativas, sobre las necesidades del mercado y a los avances de la técnica productiva, que las hagan competitivas y se asegure así la viabilidad económica y se mantenga el nivel de empleo.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL FOGASA.

La responsabilidad del FOGASA para el TRIBUNAL SUPERIOR es pura, directa y limitada puesto que considera.

*Puede exigirse sin tener que acreditar la situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra ó concurso de acreedores del empresario.

*FOGASA tiene el carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores.

*Significación económica de dicha obligación. Será un 40% de la indemnización legal, no de la pactada.

REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN.

Para que actúe FOGASA se debe suponer siempre la extinción definitiva de la relación laboral, no sirve si se da recolocación del trabajador y se respeta su antigüedad en la empresa en crisis.

FOGASA no responde directamente, si la extinción del contrato por voluntad del trabajador que rechace su traslado.

No se pagará el 40% de la indemnización si con la resolución administrativa, el contrato se extingue en virtud de la declaración del trabajador en situación de Invalidez Permanente Total.

Si contra la comunicación escrita del empresario se interpone demanda de despido y se dicta sentencia declarando dicho despido improcedente, ó nulo, no cabe el reconocimiento del 40% de la indemnización, sin perjuicio del reconocimiento de prestaciones de garantía salarial, con sus límites, en caso de insolvencia de la empresa.

Si hay más de 25 trabajadores, el FOGASA, no debe abonar el 40% de la indemnización por extinción del contrato de trabajo verificada.

Tampoco será aplicable a las empresas que tengan exactamente ese número de trabajadores (en el cómputo se incluye al trabajador ó trabajadores afectados por la extinción de los contratos de trabajo.

**Tener menos de 25 trabajadores, refiriéndose a la empresa y no a los centros de trabajo que la integran, así

decidimos si se aplica ó no el 33.8 del ET.

Si la totalidad del personal que presta sus servicios en la empresa, estén ó no distribuidos en uno ó varios centros de trabajo y cualquiera que sea el lugar en el que se encuentren.

Es posible la titularidad de 2 ó más empresas , sin que estas se degraden a centros de trabajo porque pertenezcan a la misma persona, basta para aquello con que las actividades productivas sean diferentes ó carezcan de relación alguna entre ellos.

Si pertenece a un grupo de empresas y conforme al principio de unidad de empresa, se atribuye la condición de empresario al grupo en su conjunto, consideramos que todos los trabajadores pertenecen a una sola empresa.

****Incluimos a todos los trabajadores, sin incluir categorías, excepto el interino que reemplace al suspenso en virtud del contrato de sustitución puesto que el sustituido y el sustituto se refieren a un mismo puesto de trabajo.**

Además, para computar el número de trabajadores es indiferente el que estos figuren ó no afiliados y en alta en la SS.

****El cómputo de los trabajadores se realizará en el momento de la fecha de despido del trabajador.**

Las empresas de más de 24 trabajadores programan la extinción de los contratos de trabajo mediante sucesivos despidos económicos, siendo en el último menos de 25 trabajadores, con el fin de librarse de pagar la parte de la indemnización que el FOGASA asume, ó bien para mantener al personal necesario para que cumpla los compromisos pendientes.

Si los sucesivos despidos económicos obedecen a un mismo hecho causal para determinar el número de trabajadores, se tomará la fecha del primero de ellos.

****Habrá que acreditar que se cumplan los requisitos mediante los medios de prueba necesarios .**

***Libros de matrícula.**

***Boletines de cotización de Seguridad Social.**

***Nóminas y Recibos salariales.**

CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN.

FOGASA abonará el 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores en los supuestos extintivos antes señalados y el cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones marcadas en el 33.2 ET (20 días del haber diario percibido por el trabajador al cese ó el 2SMI vigente si aquel fuese superior a esta cifra, por año de servicio en la empresa prorrateándose por meses los periodos de tiempo de menos de un año con un límite máximo de 1 anualidad, FOGASA responde directamente del 40% y subsidiariamente del 60% restante en caso de insolvencia empresarial. Este 60% no puede imponerse directamente al FOGASA, sin la previa declaración de insolvencia.

Si al percibir del FOGASA el 40%, se pide después del mismo el abono de la parte no satisfecha por el empresario (60%), el límite de la indemnización a cargo del FOGASA se reduce en la cantidad ya recibida por aquellos.

ALBIOL MONTESINOS considera este precepto ilegal por:

*La reducción que establece no se prevé en el ET , no pudiendo establecerla directamente en precepto reglamentario de desarrollo.

*Si la jurisprudencia se considera igual a nuestro 33.8 ET que al ya derogado 56.4, deben valer para aquel las valoraciones que en su día se hicieron para este.

El artículo 56.4 hacía compartir directamente la indemnización por despido en la pequeña empresa entre esta, el FOGASA, y el propio trabajador al minorar antes su importe en un 20%, mientras que el 33.2 obtiene el tratamiento que es inherente a su subsidiariedad por insolvencia y otras causas que atienden al pago de la indemnización empresarial.

En el primer caso las cantidades que abona FOGASA no se computan como límite legal impuesta al pago que debía afrontarse en el segundo caso.

MOLINER TAMBORERO tiene su propio punto de vista:

A diferencia de lo que ocurría con el 56.4 ET, no es posible pensar que el trabajador pueda cobrar por una vía el 40% y por otra más del 60% como antes. Teóricamente solo cabe esta posibilidad cuando la indemnización no supere la anualidad de tope, sino porque jurídicamente es insostenible al tratarse de porcentajes complementarios de una misma indemnización basada en una misma causa de pedir, a pesar de lo cual no cobra la previsión específica.

La responsabilidad del FOGASA no juegan en el importe de la cantidad de indemnización que debe abandonar la empresa, que no es más que la diferencia entre la cantidad que señale el Organismo Autónomo y el total de la indemnización fijada con carácter general, según lo señalado en el art. 51.8.

Si la empresa incrementa la indemnización en el caso de rescisión del contrato por causas económicas o tecnológicas, no se disminuye el montante de la responsabilidad del FOGASA. En aplicación análoga del principio de reciprocidad, si se disminuye la responsabilidad del FOGASA no se incrementa la del empresario.

Las empresas en este tipo de expediente tienen un mínimo legal que es el abono del 60% de la indemnización total calculada según el art.33.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Así, resultaría que en las empresas de menos de 25 trabajadores, la indemnización a percibir por un trabajador con contrato extinguido, según el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, sería inferior a la que percibe otro trabajador en iguales condiciones en una empresa de más de 25 trabajadores. Esto nos llevaría a un resultado discriminatorio y rechazare.

LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN.

Serán los trabajadores, y no la empresa, quienes deban reclamar el abono de la prestación indemnizatoria.

Si la extinción es por el art.52 c del E.T. Se diferencian dos supuestos diferentes según el trabajador haya cobrado o no de la empresa el 100 % de la indemnización correspondiente, 20 días del salario por año de servicio, derivada de la extinción de su contrato por causas objetivas.

- La empresa solicita la devolución del 40 % de dicha indemnización.
- Serán los trabajadores quienes podrán solicitar el 40 % de la indemnización directamente a FOGASA.

FOGASA pagará el 40 % de la indemnización legal con independencia de que el empresario pueda o no pagar al trabajador dicha indemnización.

El derecho a la garantía salarial del art. 33.8 del E.T. no estará afectado por el hecho de que el empresario no consiga comunicación escrita al trabajador la imposibilidad de hacerlo, pudiendo este pagar el dejando el 40% al FOGASA. Pagará FOGASA el 40% cuando la empresa no haya pagado el 100% de la indemnización.

NORMATIVA DEL ARTÍCULO 33.8 DE ESTATUTO

DE LOS TRABAJADORES.

CONCRETAMOS EL ART.33.-8 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

FOGASA: Significado:

Es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y S.S., tiene también capacidad jurídica y capacidad de obrar. Goza del beneficio de justicia gratuita.

Se nutre FOGASA como una cotización sobre los salarios reales de los trabajadores al servicio de todos los empresarios, tanto públicos como privados.

El tipo de cotización se fija en las leyes de los Presupuestos Generales del Estado, es cargo interno del empresario. No están incluidos los trabajadores en el hogar familiar; ni los de alta dirección.

El derecho a las prestaciones del FOGASA prescribe al año, contando desde la notificación de la resolución judicial que declara la insolvencia del empresario deudor. Un año, contado desde el acto de conciliación, sentencia o resolución administrativa que los haya reconocido, es también el plazo de prescripción para instar la ejecución de los créditos salariales del empresario deudor, de la que puede resultar la declaración de insolvencia, son, pues dos los plazos de prescripción de un año ambos, de juego sucesivo. Ambos aprovechan al FOGASA; pero para que aproveche el segundo ha de haber sido el primero alegado en su debido tiempo, y no haber consentido la sentencia que dejara de apreciarlo.

A pesar de la regulación dentro del Estatuto de los Trabajadores, el FOGASA es una institución de S.S., y una operación de Seguro Social, la que por el FOGASA se administra.

Los defectos de pago de los Créditos Salariales, son el riesgo o contingencia objeto de protección.

Los pagos FOGASA: El Impuesto o cotización sobre salarios. /lo que define como ente

Precio o prima de aseguramiento. Público o entidad

La colectividad de los empresarios. gestora./

Cada empresario

El asegurado

Su última eventual responsabilidad frente al FOGASA

Los trabajadores.

Beneficiarios del Seguro.

Estos rasgos de aseguramiento social, hacen de FOGASA el servicio público de garantía de los salarios o el fondo de solidaridad que su nombre refleja.

FOGASA nos garantiza el cobro, parcial, de los créditos de los trabajadores si el empresario se encuentra en crisis económica.

Según D.A.4ª L 3/87 Y D.A. R.D.1424/85 . El FOGASA no cubre a socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, o empleados de hogar.

FOGASA para el pago de los créditos laborales, cuando es responsable, se nutre de lo que aporta el empresario al aplicarse un porcentaje que el determina anualmente sobre la base de cotización para accidentes de trabajo, enfermedad profesional y desempleo.

FOGASA comparecerá como parte en los procesos de los que se pueda derivar responsabilidad en abono de salarios o indemnizaciones.

La comparecencia se llevará en cualquier momento, sin que se tengan que detener las actuaciones.

Habrá emplazamiento si el empresario se declara insolvente, está sujeto a suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, sin domicilio conocido o desaparecido (art. 23 L.P.L.).

Para asumir las obligaciones derivadas del laudo, se considerará parte en los procedimientos arbitrales (art.33-9 E.T.).

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.

FOGASA, responde de salarios e indemnizaciones, no prescritos, que se deban al trabajador por insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario.

Se entiende insolvencia del empresario, cuando tras la ejecución en la forma que señala la L.P.L., no se satisfacen los créditos laborales.

El auto que declara la insolvencia, se declara previa audiencia del FOGASA (art. 274 L.P.L.).

RESPONSABILIDAD DIRECTA.

FOGASA en empresas de menos de 25 trabajadores, responde directamente del 40 % de las indemnizaciones al extinguirse el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas, producción o fuerza mayor.

El % se aplica al límite legal de la indemnización.

- 20 días del salario por año de servicio.
- Máximo 1 año.
- Sobre la base del salario diario que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

Además también sigue respondiendo en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso del empresario. También en los casos de fuerza mayor, la autoridad laboral dispone que las indemnizaciones sean satisfechas, total o parcialmente por FOGASA sin perjuicio del derecho que tiene FOGASA de resarcirse del empresario (art. 51-12 E.T.).

DOCTRINA DEL ART. 33 DEL ESTATUTO

DE LOS TRABAJADORES

68.- Reclamación de indemnización al Fondo de Garantía Salarial.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.

STS, Sala de lo Social 2 junio (ALJ 799/1987)

STCT 10 febrero 1988 (ALJ 415/1988)

STSJ Valencia 4 abril 1990

STSJ Cataluña 6 junio 1991

DOCTRINA

El FOGASA se limita a reconocer las indemnizaciones que prevé el art.51-10 del E.T., en función del tiempo de servicios prestados en la Sociedad Anónima Laboral e incluyendo el periodo en el que los trabajadores fueran socios cooperativistas.

Se cuestiona si ha de computarse a efectos de determinar la indemnización del art. 51-10 E.T., el tiempo durante el cual los trabajadores estuvieron afiliados al Régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social.

RESPUESTA

La garantía salarial que otorga el FOGASA tiene como destinatarios únicos a los trabajadores asalariados, sujetos pasivos de un posible despido o rescisión de contrato temporal, por causas tipificadas, no presenciada en otro tipo de trabajador.

El FOGASA, es un instituto jurídico de estricta afectación a los trabajadores asalariados, y a sus patronos, no procediendo su aplicación a los trabajadores autopatronos.

Por lo que a los socios cooperativistas de producción o de trabajo asociado se refiere, podría plantearse alguna duda si la propia cooperativa, en el ejercicio de la opción que la ley le permite, eligiera el Régimen General de Seguridad Social, como marco de cobertura de sus socios (Disp. Ad. 4ª de la LGSS de 1994), pero nada puede cuestionarse si la opción recae en el régimen de autónomos y menos aún cuando es la propia ley la que expresamente excluye la actuación del FOGASA del ámbito de Cooperativas.

En consecuencia, el tiempo en que los trabajadores fueron cooperativistas afiliados al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos no se ha de computar a los efectos indemnizatorios cubiertos por el FOGASA en virtud de la exclusión operada por el art. 33 ET al ser el FOGASA de exclusiva aplicación para asalariados, así como en virtud de la propia y expresa exclusión legal contenida para cooperativistas. (disp. Adic. 4ª de la LGSS de 1994).

173.- Ámbito garantizador del Fondo de Garantía Salarial.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.

STS 23 junio 1986

STS 4 julio 1990

STCT 24 junio 1986

STSJ Cataluña 6 mayo 1991

STSJ Valencia 23 mayo 1991

DOCTRINA

Un convenio colectivo establece la obligación empresarial de formalizar la correspondiente póliza de seguro de vida y accidente, para el caso de muerte de sus trabajadores. Fallecido un trabajador por accidente laboral y reclamado el importe de aseguramiento, se constata la no suscripción de póliza del empresario, la posterior declaración judicial de responsabilidad empresarial, así como la insolvencia de esta. Ante tal situación se pregunta por la posibilidad de reclamar el importe de la prestación del seguro al FOGASA.

RESPUESTA

El FOGASA es un organismo dependiente del Ministerio de Trabajo, que tiene atribuida la gestión del Fondo de Garantía Salarial.

El FOGASA abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago, a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios.

El art. 33-1 ET, define lo que es salario (remitiéndose al art. 26-1 ET) y añade las indemnizaciones complementarias por salario de tramitación (art. 33-1) y las reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción conforme a los art. 50 y 51 ET.

El FOGASA no abarca una función de garantía a prestación económica alguna cuya naturaleza y procedencia no sea estrictamente salarial.

Acotado el ámbito garantizado del FOGASA según su propia configuración normativa, la jurisprudencia ha venido avalando su ámbito y función limitados al defender que tiene por misión hacerse cargo del pago de las deudas derivadas del contrato de trabajo, pero no en todas, sirve en aquellas delimitadas por el art. 33 ET.

La jurisprudencia por ejemplo ha negado extender el ámbito garantizador del FOGASA al pago de las cuotas empresariales a la Seguridad Social; tampoco responde FOGASA de las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social acordadas por la empresa para asegurar al trabajador la cuantía íntegra del salario.

La prestación económica que deba originar un seguro privado de vida o accidente, una vez acaecido el evento cubierto por el seguro, en ningún caso puede entenderse de carácter salarial.

48.-RESPONSABILIDAD DEL FOGASA EN VIRTUD DEL ART.33.8 ET.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES..

STSJ. Cantabria de 17 Julio de 1997.

SSTS.27 Junio 1992.

SSTS.12 y 16 de Diciembre 1992.

SSTS.11 de Mayo de 1994.

SSTS.9 Junio de 1994.

DOCTRINA.

El caso que nos ocupa nos habla de determinar si el FOGASA, en empresas de menos de 25 trabajadores está ó no en la obligación del pago de la indemnización correspondiente cuando han reducido la jornada a la mitad por una crisis económica empresarial, acompañado del abono de la indemnización correspondiente a extinción contractual pero ponderada proporcionalmente.

RESPUESTA.

Basándose en fundamentos jurídicos se comienza por recordar el ART. 33.8 ET y apoyándose en la jurisprudencia correspondiente, viene a decir que:

****Es PURA;** ya que pueden exigir situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra ó concurso de acreedores del empresario.

****Es DIRECTA;** el FOGASA es el obligado directo e inmediato ante los trabajadores.

****Es LIMITADA;** la significación económica se traduce en un porcentaje de la indemnización legal, no de la pactada.

****REFERENTE AL EXPEDIENTE;** sus previsiones han de aplicarse en casos en los que el periodo consultivo concluye con acuerdo de las partes.

El criterio judicial del ART. 33.8 ET dice que solo habrá responsabilidad del FOGASA cuando el vínculo laboral se haya extinguido y no se puede equivaler con una reducción de jornada.

JURISPRUDENCIA DEL FOGASA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 33.8 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

TS.(SALA DE LO SOCIAL).Sentencia 11 junio 1998.

N.ºRECURSO:

3953/1997.

ANTECEDENTES DE HECHO.

La demanda insta al FOGASA a satisfacer a los trabajadores el 40% de la indemnización correspondiente a sus ceses en la empresa.

La empresa ocupaba a menos de 25 trabajadores.

El juzgado condena a dicho pago y en el cálculo de la indemnización incluye dentro del S.M.I. las dos pagas extraordinarias anuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Demanda formulada ante los Juzgados de lo Social de Barcelona, se solicita la condena al FOGASA del abono de la indemnización que les corresponda en virtud del cese por expediente de regulación de empleo, con el tope establecido en el R.D.505/1985 (duplo del S.M.I. sin incluir las pagas extraordinarias).

La diferencia entre las dos sentencias, es decir, la del Juzgado de lo Social de Barcelona y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, está en la base inicial del cálculo de dicho importe, es decir, la inclusión ó no de las pagas extraordinarias como S.M.I.

Conviene destacar que la sentencia de contraste se refiere al cuarto de la indemnización por cese que tenía que abonar FOGASA y la sentencia de esta sala de 16 de mayo de 1995 se está refiriendo a los salarios adecuados, (remisión al art. 33.8 del ET).

La sala no desconoce que con anterioridad se había entendido que el límite del duplo del S.M.I. debía fijarse añadiendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Es también cierto que el art. 31 ET establece el derecho de los trabajadores a percibir dos pagas extraordinarias al año. Para la generalidad de este reconocimiento no es suficiente dentro de la noción de S.M.I.

El voto particular del Excelentísimo Magistrado SR.SALINAS.

La tesis se sustenta en este voto particular en el que a efectos de determinar el importe de las prestaciones de garantía salarial cuestionadas, no existe fundamento legal para excluir del S.M.I. diario, base de cálculo, la parte proporcional de dos pagas extraordinarias anuales.

Esta tesis se defiende en que cuando una norma se fija genéricamente como módulo la cuantía del S.M.I. debe entenderse que en la misma está necesariamente incluido el importe de las dos pagas extras anuales, a las que también como mínimo tiene derecho todo trabajador.

El art. 33 ET cuando fija como módulo de cálculo y tope de las prestaciones de garantía salarial el importe del S.M.I. no indica, en ninguno de sus apartados que lo será con exclusión del importe proporcional de las pagas extraordinarias.

El legislador cuando quiere que del concepto de S.M.I. se establezca un módulo para diversos fines, excluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, así lo establece expresamente.

Para fijar la cuantía de los subsidios que será igual al 75 x 100 del S.M.I vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Entiende que el recurso debió ser estimado. Reconoce a los recurrentes las prestaciones de garantía salarial en la cuantía solicitada.

T.S.J. País Vasco. (Sala de lo Social).Sentencia de 26 mayo de 1992.

.

N ° Recurso 110/1993.

ANTECEDENTES DE HECHO.

En esta sentencia se reclama al FOGASA el 40% de la indemnización que corresponde por cese de la empresa.

Por el expediente de regulación de empleo y por negarse a pagarle al actor por ser socio y pertenecer al Consejo de Administración de la empresa en cuestión.

La sentencia declara al Orden Social de la Jurisdicción incompetente por materia. Se estima el recurso ante la responsabilidad que solo podrá ser declarada ó denegada por el órgano del Orden Social sin poder denegarse ni tan siquiera por inexistencia de contrato de trabajo..

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Demanda formulada ante el T.S.J. del País Vasco, solicitando el 40% de la indemnización del FOGASA que corresponde al actor (Javier UA) debido al cese de la empresa por expediente de regulación de empleo. Al que se le niega por ser socio y miembro del Consejo de Administración.

Se estima a la jurisdicción incompetente contra el propio artículo 1 LPL y el 24 CE.

La causa de incompetencia jurisdiccional se debe a la materia puesto que se entiende que no existe un contrato laboral entre la empresa y este trabajador.

En la sentencia no se considera al actor alto cargo, ni personal de alta dirección, por lo cual no se puede pedir el 40% de indemnización que señala el art. 33 ET . Además la demanda se desestima por no estimarse incompetencia de la jurisdicción.

FOGASA en la reclamación previa reenvía al recurrente a la jurisdicción social, citando que las reclamaciones al FOGASA se interponen ante esta jurisdicción en materia laboral, debemos competente a este orden.

Al reclamar al FOGASA, un actor en relación laboral con la empresa considerado competencia objetiva de la jurisdicción este asunto.

Ante esta situación debemos elegir entre incluir al trabajador en una relación laboral especial (como quiere él) ó la relación especial que reclama FOGASA.

Así llegamos a la conclusión por el art. 1.3c) ET. (la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero ó miembros de la administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo), de desestimar la demanda por llegar al fondo del asunto.

Así la competencia del orden jurisdiccional se da en tres aspectos.

*Declaración de existencia de relación laboral.

*Relación especial.

*No hay relación laboral(en este caso sería incompetencia por materia)

La materia, que sería la reclamación de la indemnización de FOGASA y que no soporta la relación laboral.

Así debería ser anulada la sentencia y entrar al fondo de la reclamación que decida sobre el derecho a la percepción reclamada por el demandante.

TSJ. Baleares (Sala de lo Social).

N ° Recurso 652/1993.

ANTECEDENTES DE HECHO.

Una empresa con menos de 25 trabajadores que inició Expediente de Regulación de Empleo para la extinción de los contratos de sus trabajadores, se llega a un acuerdo con sus representantes para el abono de una indemnización de 35 días de salario por año de servicio (indemnización superior a la legalmente establecida).

Una vez aprobado el expediente, la empresa abona a los trabajadores 27 días por año de servicio y estos reclaman al FOGASA el abono de 8 días, pero les es denegado bajo la alegación de que han percibido ya cantidad mayor que la legalmente establecida.

Razonan que la responsabilidad del FOGASA es independiente de la empresa y no subsidiaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

***Según el ART.190 LPL se dice que se formula erróneamente el ART 33.8 ET ya que la empresa llegó al acuerdo con los representantes de los trabajadores de la concesión de la indemnización de 35 días de salario por año de servicio aunque solo se les haya pagado 27 días, por todo ello reclaman al FOGASA los 8 días que le restan.*

La responsabilidad del FOGASA en esta clase de empresas es directa y no subsidiaria según lo dispuesto en el ART 33.8 ET y también hará efectiva la indemnización del 40% sin necesidad de acreditar insolvencia, suspensión de pagos quiebra, etc..

****Partiendo de la responsabilidad directa del FOGASA , es evidente que esa responsabilidad esté limitada por los preceptos invocados y parte tiene un límite derivado de la cuantía de los salarios e importe máximo de una anualidad, es decir, que el FOGASA solo puede responder de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio y directamente solo del 40% de la indemnización, pudiendo subsidiariamente, en caso de insolvencia, del 60% restante.**

****El FOGASA presenta sentencias de Salas de lo Social con distintos criterios pero ninguna es exacta al caso que nos ocupa.**