

INDEMNIZACIONES DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN EMPRESAS DE MENOS DE VEINTICINCO TRABAJADORES

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 de diciembre de 2013

Olga García Coca*

SUPUESTO DE HECHO: Como consecuencia de las dificultades económicas que atraviesa la empresa INDUSTRIA RIOJANA DEL ALUMINIO S.A, se decide extinguir la relación laboral de una serie de trabajadores, despido que será fundado en las causas reguladas en el art. 52, c) Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se regula el Estatuto de los Trabajadores (ET). La empresa abona a los trabajadores despedidos el 100% de la indemnización y luego solicita al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) el 40% de la citada indemnización, ya que según el art. 33.8 ET tiene derecho a pedir esta prestación. El FOGASA deniega esa prestación a la empresa ya que no cree que la empresa haya despedido a los trabajadores por la necesidad de amortizar puestos de trabajo (requisito necesario para solicitar esa prestación) puesto que, posteriormente, contrata a los mismos trabajadores despedidos sin haber dado lugar a una recuperación económica de la misma, lo que se acredita por el plazo de tiempo tan breve que transcurre desde el despido de esos trabajadores. El empresario acude a los Tribunales para que se le reconozca este derecho.

RESUMEN: Aceptando la existencia de contradicción, el TS (RJ/2013/8028) desestimará el recurso de casación al entender que las contrataciones posteriores de los trabajadores despedidos acreditaban la no existencia de la amortización de los puestos de trabajo, por lo que no se cumple el requisito necesario impuesto por el art. 33.8 ET para el pago de la prestación por parte del FOGASA. La sentencia entiende además que lo acontecido puede calificarse como un verdadero supuesto de novación de contratos, puesto que los trabajadores despedidos fueron contratados de nuevo sin que dichas contra-

* Becaria FPI del Ministerio de Economía y Competitividad. Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

taciones se ajustasen a la eventualidad, pese a que pueda pactarse siempre, de una posible recolocación. Pacto que pueda ser ciertamente alcanzado incluso en el momento del despido.

Añade el TS que junto al corto plazo o cercanía temporal entre los despidos y la recontractación, no se ha acreditado ningún cambio en la situación económica y productiva en la empresa, por lo que no tiene sentido que se realicen nuevas contrataciones a los mismos trabajadores si hacía poco tiempo que la empresa los había despedido. La decisión se fundamenta, pues, no tanto en la existencia de un fraude de ley, sino más directamente en el incumplimiento de uno de los requisitos necesarios establecidos por el art. 33.8 ET, en cualquiera de sus versiones, para el acceso a esta prestación del FOGASA.

INDICE

1. Planteamiento de la cuestión
2. Suspensión temporal del contrato (art. 47.1 et) de trabajo versus despido colectivo
3. Responsabilidad por el pago de la indemnización por despido y de la parte correspondiente al Fogasa
4. La existencia de la causa suficiente para justificar la obligación de abono por el Fogasa de la parte de la indemnización legal consecuencias de la derogación del art. 33.8 del et
5. La derogación del art. 33.8 et

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Con fecha 29 de enero de 2010, la empresa INDUSTRIA RIOJANA DEL ALUMINIO S.A, con una plantilla inferior a veinticinco trabajadores comunicó a seis de sus trabajadores su decisión de extinguir sus contratos de trabajo por razones técnicas, económicas, organizativas o de producción en los términos establecidos en el art. 52, c) del ET¹. Ante este hecho, los trabajadores presentaron papeleta de conciliación, celebrándose la misma el 19 de febrero de 2010, alcanzando los trabajadores un acuerdo con la empresa en el que se mejoró la indemnización legal que les correspondía por la extinción del contrato.

Abonadas las indemnizaciones por la empresa, ésta solicitó del FOGASA el pago del 40% del importe de las indemnizaciones (se supone que sólo de la parte de indemnización legal, no del total que es superior), como así está previsto en el

¹ BOE núm.75 de 29 de marzo de 1995.

art. 33.8 del ET². Sin embargo, el FOGASA acordó denegar la prestación solicitada -en relación a cuatro de los seis trabajadores- argumentando que la empresa volvió a contratar a estos trabajadores para los mismos puestos de trabajo, demostrando de esta forma que su despido objetivo no fue motivado por la necesidad de amortizar puestos de trabajo, establecida en el art. 52, c) ET, incumpléndose en consecuencia el requisito establecido en el art. 33.8 ET. Contra la resolución del FOGASA la empresa decidió interponer demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Logroño, que fue desestimada mediante Sentencia de 1 de diciembre de 2011, la cual, recogiendo los argumentos del FOGASA, estableció que, con las nuevas contrataciones por parte de la empresa de los mismos trabajadores cuyos contratos se habían extinguido al amparo del art. 52, c) ET, se ponía de mani?esto que no se había producido realmente una amortización de los puestos de trabajo, por lo que no concurría el presupuesto de hecho necesario para el abono por parte del FOGASA del 40 por 100 de la indemnización correspondiente.

Frente a la resolución del Juzgado de lo Social, la empresa interpuso recurso de duplicación ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Rioja, el cual, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2012³, confirmó la sentencia de instancia, con argumentos similares a los expresados, considerando que no procedía trasladar al FOGASA la responsabilidad directa del pago del 40% de la indemnización por despido, ya que la actuación de la empresa había sido defraudatoria al contratar a cuatro de los trabajadores despedidos en los periodos acreditados, no de forma puntual y esporádica, sino reiterada; sin constar ni siquiera, en cuanto a dos de ellos, la baja. Según el TSJ, con esta actuación de la empresa no se habría cumplido el requisito fundamental e ineludible para que se pudiera aplicar el abono de la prestación económica del FOGASA del 40 por 100 de la indemnización ya que,

² En la fecha del pleito, la versión vigente del 33.8 ET era diferente, ya que establecía el 40% de la indemnización y en la actual se habla de una indemnización de 8 días de salario por año. Art. 33.8 ET (versión 2010); “En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 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 o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo.” Art. 33.8 del ET (redacción dada por el artículo 19 del R.D.-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral .BOE núm. 36 de 11 de febrero 2012); “En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Fondo de Garantía Salarial abonará al trabajador una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año. No responderá el Fondo de cuantía indemnizatoria alguna en los supuestos de decisiones extintivas improcedentes, estando a cargo del empresario, en tales casos, el pago íntegro de la indemnización. El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo.”

³ JUR 2012/407404

de la descripción de los hechos no se deducía la necesidad de amortizar puestos de trabajo.

Contra la Sentencia del TSJ de la Rioja, la empresa recurrió en casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo (TS), aportando como Sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del mismo TSJ de la Rioja, de 29 de junio de 2012⁴. Según la Sentencia de contraste, ante el despido objetivo de dos trabajadores fundado en el art. 52, c) ET, la empresa tenía derecho a percibir del FOGASA el porcentaje de la indemnización establecida en el art. 33.8 del ET, ya que efectivamente se produjo el despido objetivo de dos trabajadores, aunque posteriormente fueran contratados para el mismo puesto de trabajo por la empresa demandante. A tenor de la Sentencia de contraste, en el momento de los despidos objetivos concurrían las causas técnicas, económicas organizativas o productivas determinantes de la decisión de extinguir los citados contratos de trabajo, si bien el dinamismo propio del funcionamiento de toda empresa justifica ceses y nuevas contrataciones necesarias para atender a las variables exigencias del mercado, por lo que una valoración objetiva de este hecho empresarial no podía acreditar la existencia de fraude de ley alegada por el FOGASA. En todo caso, añadía la Sentencia de contraste, la existencia del fraude de ley tenía que ser probada, no pudiendo presumirse, de forma que sólo podría declararse si existieran indicios suficientes de ello que necesariamente habrían de extraerse de hechos que aparecieran como probados en el correspondiente relato fáctico, lo que en ningún momento se podía entender que había logrado el FOGASA.

De ahí que, con el fin de valorar si el empresario, tiene derecho o no a percibir el 40% de la indemnización, en las siguientes páginas, se analice si éste ha cumplido los requisitos legales para ser beneficiario de esa prestación y si el despido que genera esa indemnización, es acorde con la situación real de la empresa, teniendo en cuenta que los trabajadores son contratados nuevamente en un breve lapso de tiempo, dejando entrever que la empresa, quizás no tuviera una situación económica tan desesperada puesto que, en el transcurso del tiempo que existe entre los despidos y las nuevas contrataciones no ha podido mejorar tanto el contexto económico de la misma.

2. SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO DE TRABAJO (ART. 47.1 ET) VERSUS DESPIDO COLECTIVO

Para la Sentencia del TS y atendiendo a las nuevas contrataciones de los trabajadores despedidos, la empresa pudo establecer una suspensión de los contratos de trabajo más que una extinción de los mismos basándose igualmente en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Es decir que las causas alegadas, que pueden propiciar desde luego que el empresario decida extinguir la relación laboral,

⁴ JUR 2012\271059

podrían haberse utilizado para proceder a la suspensión de los contratos, evitándose la extinción si la verdadera intención del empresario era recurrir nuevamente a estos trabajadores cuando la situación empresarial mejorase. En efecto, conforme al art. 47.1 ET; “El empresario podrá suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo a lo previsto en este artículo y al procedimiento que se determine reglamentariamente. Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas”.

Desde luego que se trata de una decisión empresarial que la ley no puede imponer pero, atendiendo a las circunstancias del caso (extinción y posterior nueva contratación, en un plazo muy breve, de los mismos trabajadores), se puede sostener que, si la previsión de la empresa era la posterior nueva contratación de los trabajadores, no tiene sentido, en aras a garantizar la sostenibilidad del empleo, proceder al despido objetivo de los mismos fundado en las causas previstas en el art. 52.c) del ET. De forma que el despido sólo estaría justificado si la empresa no tiene un conocimiento fundado y real de la posible mejora de su situación, ya que la empresa, a veces, sólo puede hacer previsiones a corto plazo sobre la evolución de su situación económica, técnica, organizativa o productiva, y carecer de datos o de previsiones sólidas acerca de su desarrollo posterior; lo que, de cambiar las circunstancias de forma poco o nada previsible, los despidos estarían justificados y, posteriormente, también lo estarían las nuevas contrataciones que, desde este punto de vista, serían perfectamente legítimas.⁵

⁵ En el momento en que se produjo el despido (29 de enero de 2010) la redacción vigente del art. 47.1 ET era la siguiente; “El contrato de trabajo podrá ser suspendido, a iniciativa del empresario, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 de esta Ley y en sus normas de desarrollo, excepto en lo referente a las indemnizaciones, que no procederán. La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa. En este supuesto, el plazo a que se refiere el apartado 4 del artículo 51 de esta Ley, relativo a la duración del período de consultas, se reducirá a la mitad y la documentación justificativa será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen.” Este cambio en la redacción no afecta a los argumentos contemplados en este comentario de jurisprudencia, ya que el nuevo art. 47.1 ET lo único que introduce es la explicación de lo que se considera causa económica suficiente para justificar la suspensión por ese motivo. La redacción del art. 52, c) ET vigente en el momento de inicio del despido era; “Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.” La diferencia entre las redacciones de los artículos cuando se produce el despido y cuando se obtiene la Sentencia del TS no cambia los argumentos contenidos en este comentario.

A este efecto, la jurisprudencia se ha pronunciado⁶, declarando como improcedente el despido realizado al amparo del citado art. 52.c) ET cuando no se prueben como suficientes las causas económicas en las que se fundamenta el despido objetivo, ya que se exige que esta situación tenga una cierta permanencia en el tiempo y que la misma contribuya a la mejora de la situación de la empresa, es decir, que esa medida extintiva conlleve el resurgimiento empresarial para que ésta pueda seguir adelante con su actividad productiva. Con esto se quiere decir que, si en el momento del despido existe la posibilidad de contratar nuevamente a los trabajadores despedidos, en realidad no se cumple con el requisito de que las causas económicas tengan una duración prolongada en el tiempo, quedando sólo como alternativa legalmente adecuada la de la suspensión del contrato en vez de su extinción, teniendo en cuenta que la nota diferenciadora de estas dos figuras es, justamente, el carácter de las medidas adoptadas en función de las circunstancias que las justifican respectivamente: coyuntural (en cuyo

⁶ Sentencia del TSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006 (AS 2006\1422); “... la Ley no exige que tenga que demostrarse de forma plena e indubitada que la extinción del nexo contractual ordenada lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis económica de la empresa; las exigencias que la Ley impone en este sentido son de menor intensidad y rigor. A este respecto hay que tener en cuenta que el art. 52-c) se remite, en lo que concierne a las causas de la extinción, al art. 51-1, y según éste se ha de entender que concurren causas económicas, «cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya... a superar una situación económica negativa de la empresa». La simple lectura de este precepto pone de manifiesto que la expresión «contribuya» es elemento clave y decisivo para el cabal entendimiento del mismo; y es sabido que contribuir equivale a «ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin». Sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de enero de 2008 (AS 2008\804); “Ahora ya no es necesario que esta medida contribuya a “garantizar la viabilidad futura de la empresa”, como antes se exigía, por remisión del citado artículo al artículo 51 del mismo Estatuto, sino únicamente que tenga por objeto «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos». No hay duda que esta nueva redacción amplió considerablemente las posibilidades del empresario para acogerse a este método de resolución de los contratos de trabajo, dado que ya no es necesario que se encuentre en peligro la viabilidad futura de la empresa y únicamente deberá probar la concurrencia de dificultades que incidan en su buen funcionamiento. Ahora bien, esta flexibilización de los requisitos que antes se exigían, no exime a la empresa del deber de acreditar que, efectivamente, existen una serie de dificultades de una cierta entidad, y que para su superación, la extinción de los contratos de trabajo es una medida adecuada y razonable.” Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de enero de 2007 (RJ 2007\1910); “Partiendo de la premisa anterior, es claro que no se han acreditado en el caso de manera suficiente las causas empresariales aducidas. Los hechos probados no dicen nada de la situación económica negativa de Butasol, SL, que es conjuntamente con Gas Málaga titular de las relaciones de trabajo de las actoras. Y la causa productiva de rescisión del contrato de concesión de Gas Málaga por parte de Repsol Butano, SA no consta tampoco que haya afectado a Butasol. Así las cosas, no se ha demostrado en el despido de las demandantes hoy recurrentes la «necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo» –en concreto, los puestos de trabajo de las actoras– a que se refiere el pasaje inicial del art. 52.c) ET, por lo que los despidos de las mismas se han de calificar como improcedentes.”

caso lo procedente es la suspensión) o definitivo (lo que justifica el despido).⁷

De forma que, el empresario puede legítimamente optar por despedir a los trabajadores, por las razones del art. 52 c) ET y no suspenderles el contrato de trabajo por las mismas causas, si las previsiones sobre la evolución de la empresa impiden saber, en el momento de la decisión empresarial, si tales circunstancias van a ser coyunturales (y por cuánto tiempo) o definitivas, ya que, en ocasiones, no se puede prever que en un plazo de tiempo prudencial, la empresa vaya a experimentar cambios que propicien nuevas contrataciones; mucho menos si justamente esas extinciones son las que determinan el cambio de la situación de la empresa y generan, posteriormente, nuevas circunstancias productivas que justifiquen nuevas contrataciones, ya sea de los mismos o de otros trabajadores.

En consecuencia, son las concretas causas alegadas para el despido objetivo, sus características y previsible evolución las que hacen legalmente correcta o no la decisión empresarial de despedir. Este análisis se hace inicialmente en el momento del despido (el lógico en la secuencia de decisiones) pero puede resultar validado posteriormente por comportamientos de la empresa que pueden poner de manifiesto que esa decisión inicial fue o no correcta y que, en realidad, lo que debía haberse producido es la suspensión de los contratos y no su extinción. Y, sin duda, circunstancias como el hecho de que sean los mismos trabajadores los contratados y, sobre todo, que lo hayan sido en un tiempo posterior muy cercano a la extinción, pueden hacer que la decisión inicial de despedir deba considerarse no suficientemente justificada hasta el extremo de sostenerse que, en realidad, no ha habido una verdadera amortización de los puestos de trabajo afectados que es la exigencia material que está en la base de la extinción y, en lo que aquí interesa, de la obligación del FOGASA de abonar la parte correspondiente de la indemnización. Este es el argumento central de la Sentencia del TS, llegando a la conclusión de que, al no haber existido en realidad una amortización de los puestos de trabajo, no debió procederse a la extinción (algo que no se debate en esta sede en la que no se discute el despido) y, por tanto, no se ha generado la obligación indemnizatoria del FOGASA.⁸

⁷ Cavas Martínez, F; "Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas" Revista Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales, 2009. pp. 103-105. De la Puebla Pinilla, A; "Flexibilidad interna y reforma laboral (ley 3/2012)" Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, núm. 24, 2011. pp. 201-203.

⁸ Esta denegación del FOGASA se viene produciendo frecuentemente. Puede citarse a este respecto la STS de 14 de diciembre de 1999, cuando afirma que: "el hecho de que la decisión extintiva del empresario no haya sido impugnada por los trabajadores afectados, no supone, en lo que respecta a la obligación que impone el artículo 33.8 del ET, que el FOGASA quede ya inexorablemente obligado a su cumplimiento, a severando que, muy por el contrario, si este organismo llega a la convicción de que tal cese no reúne los caracteres y connotaciones que definen al despido objetivo, o al despido colectivo, conforme a lo que disponen los artículos 51 y 52. c) del ET, el propio mandato del artículo 33.8 le obliga a denegar el pago del 40% de la indemnización a que el mismo se refiere."

3. RESPONSABILIDAD POR EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO Y DE LA PARTE CORRESPONDIENTE AL FOGASA

En lo que se refiere al responsable del pago de la indemnización por despido, en el caso, la empresa acude al FOGASA para que le abone el 40% del importe de las indemnizaciones pagadas a cuatro de los seis trabajadores despedidos, basando su pretensión en el ya citado art. 33.8 del ET. Hay que recordar al respecto que, si el empresario procede al abono del total de la indemnización, estará legitimado para solicitar esta prestación del FOGASA, aunque a raíz de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012 existe la posibilidad de que el empresario abone al trabajador 12 días por año de la indemnización que le corresponde y sea el propio trabajador el que solicite al FOGASA el abono de los 8 días por año restantes⁹. En el caso resuelto por la STS que se comenta es el empresario el que tiene o puede solicitar esta prestación, puesto que ha procedido al abono íntegro de la indemnización a los trabajadores despedidos, aunque lo puedan hacer también los trabajadores si no hubieran percibido el total de la indemnización. En consecuencia, el criterio del FOGASA de denegar la prestación del art. 33.8 ET al empresario por ser el trabajador único beneficiario de la prestación, no tiene respaldo jurisprudencial ya que, en ocasiones, es la empresa la que abona el 100% de la indemnización al trabajador, estando el empresario legitimado para solicitar el 40% del pago de la prestación al FOGASA¹⁰, al haberse producido una novación de la obligación de pago establecida legalmente a cargo del FOGASA por subrogación de un tercero (la empresa) en los derechos del acreedor (el trabajador).

⁹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 8 de noviembre de 2013; "... el Fondo tiene el carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores, si bien admiten que esta obligación se module en función del comportamiento de las partes, de forma que si la empresa anticipa el pago de la parte correspondiente al Fondo podrá solicitar su reintegro de este organismo, pero si la empresa hace efectivo solamente el porcentaje del 60% se estará en el supuesto normal de la legitimación del trabajador para solicitar el 40% del Fondo, como habla ocurrido en el caso resuelto por las sentencias citadas, en el que la empresa había mejorado la indemnización, abonando el 60% de la indemnización legal más la mejora íntegra, reclamando los trabajadores el 40% restante al Fondo, siendo los trabajadores "titulares del mencionado derecho" de reclamación frente al Fondo." Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 16 de abril de 2013; "... El art. 53.1.b) del ET (RCL 1995, 997) ha de ponerse en relación con el art. 33.8 del mismo texto legal. Por ello, si bien es cierto que el precepto cuya infracción se denuncia establece que el empresario de "poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio", este precepto ha de ponerse en relación con el art. 33.8 del mismo texto legal, que la redacción vigente en el momento en que se produjo el despido -la de la Ley 43/2006 (RCL 2006, 2338 y RCL 2007, 254) -, que "en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 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 o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748), Concursal".

¹⁰ Sentencia del TSJ Aragón de 16 de octubre de 2013 (JUR 2014\16584).

Se trata de una reclamación que no tiene que ser precedida de ninguna resolución judicial¹¹ que la reconozca, como así ha establecido recientemente el TS en su Sentencia de 13 de abril de 2010¹², sino que tan sólo es necesario el expediente administrativo que se instruya por el Fondo para el reconocimiento de la prestación, que según el número segundo de la Instrucción de 29 de junio de 1994, deberá contener la comunicación escrita del despido o extinción al trabajador, expresando la causa; el documento del recibí que acredite que el trabajador ha percibido la indemnización recogida en el art. 53.1.b) ET¹³; el certificado de la vida laboral del trabajador; así como los documentos acreditativos del salario abonado al trabajador, al menos durante los últimos tres meses.¹⁴

De cualquier forma, la responsabilidad de la empresa por el despido no está limitada al pago del 60% de la indemnización y, sobre este aspecto, el TS ha emitido fallos favorables a que el trabajador perciba el 100% de su indemnización¹⁵, condenando al empresario a pagar la cantidad restante de la

¹¹ Art.33.2 del ET; “El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas 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 artículos 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 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.”

¹² Sentencia del TS de 13 de abril de 2010 (RJ 2010/4647); “Ahora bien, tras la reforma operada en el art. 33.2 del Estatuto de los trabajadores por el Real Decreto-Ley 5/2006 (RCL 2006, 1208) y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (RCL 2006, 2338 y RCL 2007, 254) de Mejora del crecimiento y del empleo, se incluye expresamente la conciliación judicial (STS de 9 de julio de 2009 (RJ 2009, 4291), rcud. 3286/2008). Por tanto puede decirse que la doctrina jurisprudencial excluye sólo la conciliación administrativa y el reconocimiento extrajudicial de la improcedencia del despido efectuado por la empresa, cuando no va seguido de conciliación judicial o sentencia posterior (STS de 13 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5659) -rcud. 3465/2007- y 2 de julio de 2009 (RJ 2009, 4559) -rcud. 1952/2008-).”

¹³ Art. 53.1.b) ET; “Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.”

¹⁴ García Viña, J; “El fondo de garantía salarial” Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 34. 2013. pp. 31-34. Poyatos Matas, G; “El cobro aplazado del 40% de la indemnización por despido, en empresas de menos de veinticinco trabajadores”, tras la Ley 3/2012, de 6 de julio”, Diario La Ley, nº 7962, 2012.

¹⁵ Sentencia del TS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/1192); “...la indemnización percibida por el trabajador, supera el 100% de la establecida legalmente y, por otro, que no ha percibido el 40% correspondiente al Fondo de Garantía Salarial. La interpretación de esos dos asertos, aparentemente contradictorios, lleva a una igualdad de situación a la contemplada en la sentencia de contraste: el empresario ha cedido al trabajador aquella suma que, por haberla satisfecho él, estaba legitimado para reclamar del Fondo. Y tal cesión, no tachada de viciada por una de las causas que invalidan los contratos, no vulnera los mandatos que se dicen infringidos, ni existe precepto legal que impida al empresario incrementar el importe de las indemnizaciones legales, que tienen carácter de mínimas, sin que pueda afirmarse que la cesión de estas sumas al trabajador, implique su enriquecimiento injusto.”

aplicación de los topes máximos del FOGASA, establecidos en el art. 33.2 del ET. Sin embargo, con el RD-Ley 3/2012, el pago total de la indemnización por parte del empresario puede quedar sin efecto, ya que como ya se ha dicho, el empresario puede abonar una parte de la indemnización dejando al arbitrio del trabajador la posterior reclamación al FOGASA. Aunque, por cierto, y esto afecta al tema de la existencia de una causa real de amortización de los puestos de trabajo, el hecho de que el empresario anticipe la indemnización puede ser constitutivo de que su empresa no atraviesa un momento de gran dificultad económica, puesto que, si no tuviera una liquidez inmediata, no podría hacer frente al pago total de las mismas relegando este derecho de los trabajadores a una instancia posterior, y siendo el FOGASA el que deba hacer frente del 40% de la indemnización desde un primer momento.

4. LA EXISTENCIA DE LA CAUSA SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR LA OBLIGACIÓN DE ABONO POR EL FOGASA DE LA PARTE DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL

Al margen de la cuestión anterior, lo relevante es si los despidos por causas económicas técnicas organizativas o de producción (que se traduce en una amortización de los puestos de trabajo) tienen verdaderamente como objetivo solventar la situación económica y productiva y es en este punto dónde se puede decir, coincidiendo con la doctrina jurisprudencial¹⁶, que no se cumple este objetivo requisito cuando la empresa procede a contratar nuevamente a los trabajadores despedidos, sin que medie entre el despido y la contratación un lapso de tiempo lo suficientemente amplio que permita a la empresa recuperarse de su situación económica y plantearse una recreación de los puestos de trabajo que, en su momento, fueron suprimidos. En este sentido, el TS vincula la medida extintiva a la necesidad real, objetiva y de una cierta permanencia (además de funcional a los objetivos de solventar su situación más o menos crítica), de amortizar puestos de trabajo. Lo que es dudoso si, en el momento de las nuevas contrataciones no se acredita ningún cambio sustantivo de la situación en la empresa que justifique las nuevas contrataciones, siendo a cargo de la empresa la prueba de los cambios sobrevenidos, que alterando el contexto en que se tomó la decisión de despedir, justifique las nuevas contrataciones, aunque afecten a los mismos trabajadores.

A este respecto, la Sentencia de contraste, reconociendo el derecho a abono de la prestación por parte del FOGASA, basa sus argumentaciones en determinar si se ha producido un fraude por la empresa que solicita la prestación al

¹⁶ Sentencia del TS de 10 de diciembre de 2013 (RJ\2013\8028).

FOGASA ya que; “el FOGASA solo podrá exonerarse de la responsabilidad directa que le atañe, si acredita debidamente que en el cese no concurren los requisitos y elementos propios del despido objetivo, o del despido colectivo en su caso; o si acredita que se ha incurrido en fraude de ley, sin que el hecho de no haber sido impugnado el cese por los trabajadores pueda afectar a terceras personas también afectadas, como ocurre con el Fondo de Garantía Salarial, que lógicamente no puede adquirir obligación indemnizatoria alguna, cuando el acto que puede producirla es fraudulento, o radicalmente nulo.”¹⁷. Concluyendo, sin embargo, que no se puede calificar como fraudulenta la actuación de la empresa por el simple hecho de despedir y volver a contratar a esos trabajadores, y en todo caso la carga de la prueba correspondería al FOGASA para determinar alguna posible conducta fraudulenta por parte del empresario. El discurso judicial, pues, vincula a la existencia o no de fraude como pretensión empresarial (y, podría decirse, de los propios trabajadores) la de utilizar el despido objetivo como forma de lograr los beneficios consistentes en el 40 por 100 de la indemnización legal. Lo que coloca el debate en el terreno del fraude de ley y de sus propias exigencias: no hay presunción de fraude, éste debe ser probado, no lo hace por sí mismo el que la empresa, tras el despido, haya contratado en un plazo breve a los mismos trabajadores para los mismos o semejantes puestos de trabajo. Una serie de requisitos que, de probarse (y esta es la dificultad del recurso al fraude), permitiría al FOGASA denegar la prestación.

Por el contrario, la STS que se comenta resuelve dando la razón al FOGASA y confirmando la denegación de la prestación pero lo hace argumentando que no se trata de una cuestión de fraude de ley sino del incumplimiento por parte de la empresa que extingue los contratos de trabajo de las exigencias legales para solicitar la parte proporcional que le corresponde abonar al FOGASA de la indemnización por despido, al sostener que: “...no estamos ante un problema de fraude de ley. Éste constituye una modalidad de fraude, que no puede confundirse con el simple engaño o fraude en sentido de “acción contraria a la verdad y la rectitud” a que se refiere el Diccionario de la Lengua. El fraude de ley es una noción más compleja: es la vulneración de una norma prohibitiva o imperativa que se produce de una manera oblicua, es decir, mediante un acto amparado formalmente en el texto de una norma (la denominada norma de cobertura) que persigue en realidad un resultado contrario al ordenamiento jurídico que, como tal, no queda protegido por aquella norma. Aquí no estamos ante una vulneración que aparezca amparada formalmente en una norma de cobertura que, sin embargo, entra en colisión

¹⁷ Fundamento de derecho segundo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 29 de junio de 2012 (JUR 2012\271059).

con un principio del ordenamiento. Por el contrario, se trata simplemente del cumplimiento, a efectos de la prestación directa del FOGASA en el pago de las indemnizaciones, del requisito de que se haya producido en realidad el supuesto de hecho determinante de la procedencia de un despido de los previstos legalmente y que la legislación entonces vigente vinculaba a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo. Hasta cierto punto puede decirse que es irrelevante que haya existido o no fraude en el sentido de engaño en los despidos y las conciliaciones, pues, por encima de la intención de las partes, lo que importa es si ese requisito se ha cumplido o no.”¹⁸ .

En definitiva, lo que el TS viene a indicar es que el empresario no actúa de forma consecuente con la decisión extintiva inicial y que la nueva contratación de los trabajadores, más que indicio de fraude, es manifestación de la inexistencia de una verdadera necesidad de amortizar los puestos de trabajo (decisión generadora del derecho a la indemnización y de la obligación del FOGASA de abonar el 40 por 100 de la misma). Aunque este debate ha dejado de tener relevancia hoy, debido a la reforma del art. 33 ET, que a continuación se señalará, lo que el TS exige es que se analicen las situaciones en las que se producen las extinciones y la sucesivas recolocaciones. Y, como se ha dicho, aunque está claro que el empresario tiene libertad para volver a contratar a esos trabajadores si piensa que la situación de la empresa ha mejorado, el problema radica en que, debido al breve lapso de tiempo acaecido entre el despido y la nueva contratación, parece que es poco probable que la empresa haya experimentado una mejoría tan pronunciada que haga que se justifiquen las nuevas contrataciones. Lo normal es que estas contrataciones, si tienen lugar lo que no debe descartarse, no se produzcan de forma tan inmediata, ya que, si esto ocurre, debilita la justificación del previo despido de los trabajadores basadas en las causas descritas en el ya citado art. 52, c) ET.

Es por ello, por lo que el TS no da la razón a la empresa en su petición al FOGASA, puesto que no queda probado que esos despidos se realicen para amortizar puestos de trabajo, ya que posteriormente la empresa los vuelve a contratar. Con esta actuación la empresa no sigue un criterio lógico y acorde con la medida extintiva, puesto que estas contrataciones no deberían hacerse efectivas hasta que la empresa mejorase económicamente. Actualmente muchas de las empresas están viviendo situaciones económicas complicadas, de las que es difícil resurgir en un plazo corto de tiempo, por lo que lo lógico sería

¹⁸ García Murcia, J; “El Fondo de Garantía Salarial tras las reformas legales de 2011-2012” Actualidad Laboral, Nº 7, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Abr. 2012, tomo 1, Editorial LALEY. García Viña, J; “El fondo de garantía salarial” Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 34. 2013. pp. 31-34. Poyatos Matas, G; “El cobro a plaza del 40 % de la indemnización por despido, en empresas de menos de veinticinco trabajadores”, tras la Ley 3/2012, de 6 de julio”, Diario La Ley, nº 7962, 2012.

que la contratación de los trabajadores se hiciera cuando la empresa volviera a ser solvente para poderlos mantener.

La práctica habitual en la actividad productiva de la empresa es ahorrar costes y tener el menor número de trabajadores posibles para conseguir con ellos cubrir sus necesidades empresariales, lo que tiene como consecuencia que estos trabajadores a los que se les mantiene en sus puestos de trabajo lleguen a tener jornadas más largas y con una retribución mucho más baja. Sostiene el TS, que la empresa no incurre en fraude de ley y que si así fuera la carga de la prueba la tendría el FOGASA –aunque las posibles conductas defraudadoras tienen gran dificultad probatoria–, ya que no se puede responsabilizar al empresario de la acreditación de este hecho sólo por meras presunciones del FOGASA, por lo que el TS no entra a analizar un posible fraude de ley, tan sólo analiza el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario de la prestación del FOGASA.

5. LA DEROGACIÓN DEL ART. 33.8 DEL ET.

El debate planteado en las sentencias que se han venido comentando ha dejado de tener relevancia ya que, con la finalidad de que el FOGASA recupere su naturaleza como entidad de aseguramiento, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014¹⁹ ha suprimido el apartado 8 del art. 33 del ET²⁰, eliminando el pago del 40% de la indemnización por despidos objetivos o colectivos por parte del FOGASA en empresas de menos de veinticinco trabajadores. Con ello se pretende que el empresario que sea solvente asuma el pago total de la indemnización, y, el que no lo sea, abogue por un mantenimiento del empleo desincentivando el despido ya tener éste un coste superior y exclusivo para el empresario en relación con la versión anterior del art. 33 ET.

Esta medida, salvo que lo que se persiga sea reducir las cargas económicas que pesan sobre un FOGASA ya desbordado debido a la obligación de pago de salarios e indemnizaciones en los casos de insolvencia empresarial, puede no tener sintonía con otras medidas tomadas en las últimas reformas laborales en las mismas se ha producido un abaratamiento del despido disminuyendo las cuantías de las indemnizaciones y permitiendo al empresario extinguir los contratos de trabajo con menores consecuencias económicas para su empresa.

¹⁹ BOE núm. 309 de 26 de diciembre de 2013.

²⁰ Disposición Final Quinta de la LPGE; “Con efectos de 1 de enero de 2014 y vigencia indefinida, se suprime el apartado 8 del artículo 33 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, manteniéndose el resto de la redacción, así como su numeración.”

La supresión del art. 33.8 ET, al margen de esta ?nalidad ? nanciera, no se sabe bien si va a tener el efecto de desincentivar el despido ya que, si una empresa se encuentra en la situación de tener que amortizar puestos de trabajo, lo hará de todas maneras. Ello supondrá, para las empresas con capacidad económica, que pagarán la totalidad de la indemnización, pero en las que, precisamente por encontrarse en la situación que justifica la amortización del puesto de trabajo, no puede hacerse cargo de esa indemnización, no la pondrán, como es obligado, a disposición del trabajador, alegando falta de liquidez y acogiéndose a lo previsto en el artículo 53. b) del ET. Pero, para ello, habrá de encontrarse en situación de insolvencia lo que, de ser cierto, no impedirá la decisión extintiva, aunque ?nalmente el trabajador acabe percibiendo sólo lo que el art. 33 pone a cargo del FOGASA en estas situaciones. Aunque también es posible que, al no ser empresas insolventes pero al considerar que el abono del 100 por 100 de la indemnización es una carga excesiva, opten por conservar los contratos, decidiendo, si acaso, sólo su suspensión. Es desde esta perspectiva que podría sostenerse que la reforma del art. 33 ET puede funcionar como un aliciente para la conservación de los puestos de trabajo o, alternativamente, por una opción por la suspensión frente al despido. Esta derogación, pretende, pues, descargar a un organismo público de la gestión y pago de estas indemnizaciones²¹, apoyando la teoría de que sólo se acuda a él en casos extremos y para determinadas empresas, sin que se proceda a una generalización del pago, ya que de esta forma el Estado dejaría de asumir el pago de parte de la indemnización por despido en aquellas empresas que puedan ser solventes para asumirlo.

El problema, como se ha dicho, se plantea cuando la empresa es insolvente, en estos casos la norma no deja claro si los trabajadores podrán seguir acudiendo al FOGASA, pero ahora tendrán que realizar una petición del total de la indemnización y no del 40% establecido en el desaparecido art. 33.8 del ET. En este punto, esta medida presentada como una medida de carácter socio laboral y orientada también a descargar al Estado del pago de estas indemnizaciones, puede tener un efecto contrario ya que ahora los trabajadores afectados por un despido, si la empresa no puede pagarles la indemnización acudirán al procedimiento del FOGASA para ver satisfechas, a largo plazo, su prestación indemnizatoria.²²

De todas formas, desde enero de 2014 con la derogación del art. 33.8 ET ya no se van a emitir fallos que versen sobre la posibilidad o no de pedir la parte correspondiente de la indemnización al FOGASA. Por lo que muchas empresas de menos de veinticinco trabajadores, que tenían previsto la po-

²¹ Durante el año 2013 se han presentado 154.357 expedientes, según datos del INE.

²² García Murcia, J; "El Fondo de Garantía Salarial tras las reformas legales de 2011-2012" Actualidad Laboral, Nº 7, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Abr. 2012, tomo 1, Editorial LA LEY.

sibilidad de acometer ajustes de plantilla a corto plazo, han adelantado estas decisiones, procediendo a realizar los despidos previstos antes del 1 de enero de 2014 -fecha en la que tiene efecto la derogación del art.33.8 ET-, ahorrándose el 40% de las indemnizaciones que podrían llegar a pagar. Lo anterior tiene como consecuencia que, si la empresa decide despedir en todo caso, puede suceder que el trabajador no llegue a percibir una indemnización que, al menos estaba garantizada al 40 por ciento de su cuantía por la obligación de pago del FOGASA.