

XV ENCUENTRO DE DERECHO LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Maspalomas 15-16-17 de junio de 2017

EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL: CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Carmelo Batista Machín

Magistrado del Juzgado de lo Social Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria.

Profesor del Area de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

1. Naturaleza jurídica del FOGASA.

2. Normativa legal, reglamentaria y supranacional.

3. Cuestiones controvertidas.

3.1 Indemnización por finalización de contrato temporal.

3.2 Indemnización por extinción objetiva de contrato, eludiendo la tramitación prevista en el artículo 51 del E.T. Inecesariedad de la reclamación por despido. Se considera título habilitante la indemnización establecida en sentencia dictada en proceso de reclamación de cantidad.

3.3 No procede el abono de la indemnización por despido o extinción de contrato reconocida en conciliación extrajudicial.

3.4 A efectos del pago de la prestación de garantía indemnizatoria ha de computarse el período en el que el trabajador percibió prestación por desempleo -29 días- entre la finalización de un contrato temporal y la formalización del siguiente. Aplicación del principio de “unidad esencial del vínculo”.

3.5 Responsabilidad del Fogasa en los supuestos de extinción contractual al amparo del artículo 41.3, párrafo segundo, del ET.

3.6 Inexistencia de responsabilidad subsidiaria del Fogasa en el supuesto de que la empresa hubiera pagado el importe de la indemnización de 20 días correspondiente a un despido objetivo.

3.7 Exclusión de la responsabilidad del Fogasa por salarios de indemnización por falta de preaviso de la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 52 c) ET.

3.8 Caducidad de la instancia.

3.9 Imputación de pagos por el Fogasa.

3.10 Ejercicio de opción por el Fogasa en los supuestos de despido improcedente.

3.11 Validez a posteriori de la declaración de insolvencia decretada en un procedimiento de ejecución.

3.12 Reclamación al Fogasa de prestaciones relativas a contratos sucesivos temporales.

3.13 Empresas en concurso y prestaciones del Fogasa.

3.13.1 La declaración de la situación de concurso no implica la insolvencia empresarial.

3.13.2 Legislación aplicable a las responsabilidades del Fogasa dentro del concurso.

3.13.3 Título habilitante.

3.13.3.1 Responsabilidad en el pago de los salarios debidos por una empresa que se encuentra en concurso de acreedores, cuando el crédito del trabajador no ha sido incluido

en la lista de acreedores por la administración concursal, ni es contra la masa, pero fue reconocido por la empresa en acto de conciliación.

3.13.4 Adjudicación en un concurso de acreedores de una unidad productiva: deudas con los trabajadores no subrogados.

3.13.5 Exigencia de la condena directa y exclusiva del Fogasa como responsable subsidiario.

3.14 Silencio positivo y límites legales

3.14.1 Sentencia de la Sala IV del TS de 16 de marzo de 2015.

3.14.2 Pronunciamientos de las Salas de lo Social de los TSJ acerca del alcance del silencio positivo.

3.14.2.1 No se aplican los límites legales del artículo 33.1 y 2 ET.

3.14.2.2 Se aplican los límites legales del artículo 33.1 y 2 ET.

3.14.3 Pronunciamientos del Tribunal Supremo en orden al alcance del silencio positivo.

3.14.3.1 S. 20 abril 2017 (rcud. n.º 701/2016).

3.14.3.2 S. 20 abril 2017 (rcud. n.º 669/2016)

3.14.3 Votos particulares

3.14.4 Razones jurídicas para disentir del criterio mayoritario expresado en las dos citadas sentencias de la Sala IV del TS.

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL FOGASA

El Fondo de Garantía Salarial “no puede ser identificado con el fiador definido en el *artículo 1822 del Código Civil* , por más que su posición jurídica, cuando asume el pago de deudas del empleador sea similar a la del fiador en el mismo caso” y que más bien ha de ser considerado como “un peculiar ente asegurador -público- que se nutre de determinadas cuotas y, a cambio, asume, dentro de ciertos límites, el riesgo del pago a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que no pudieron hacerse efectivas por el empleador por su carencia patrimonial” (SSTS 29/06/2015 -rec. 2082/2014-; 22/04/02 -rec. 1545/01 -; y 22/10/02 -rec. 132/02 -).

2. NORMATIVA LEGAL, REGLAMENTARIA Y SUPRANACIONAL

2.1 Artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (ET)

2.2. Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

2.3 Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

2.4 Convenio n.º 173 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario y Recomendación n.º 180 (Año 1992).

3. CUESTIONES CONTROVERTIDAS.

3.1 INDEMNIZACIÓN POR FINALIZACIÓN DE CONTRATO TEMPORAL (STS 4 octubre 2016 [rcud. n.º 1014/2015]).

La parte II del Convenio n.º 173 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dedicada a determinar los créditos laborales que deben quedar protegidos por un privilegio, en su art. 6. d) incluye, "las indemnizaciones por fin de servicio adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo". Y en la III --que es la que aquí interesa-- al enumerar las obligaciones de la institución de garantía, se vuelve a reiterar, art. 12. d),

que la institución deberá cubrir, "al menos, las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo".

Por su parte, el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, que determina las obligaciones que asume la institución de garantía española, dispone que "el Fondo de Garantía Salarial (...) abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia 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 c) de esta ley ". Solo garantiza pues, el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a decisiones unilaterales del empresario. Y es obvio que la conclusión de la obra objeto del contrato, no puede calificarse de decisión unilateral del empresario, pues constituye, ex. art. 49.c) ET, una causa de extinción inherente a la propia naturaleza del contrato.

(...) Una primera lectura comparada de ambos preceptos, podría inducir a pensar que no se trata de regulaciones homogéneas, que el artículo 33 ET es más restrictivo que el Convenio 173 de la OIT y, por consiguiente, que deben prevalecer las prescripciones de este último. Sin embargo, esta Sala llega a la conclusión de que no es así, porque los términos utilizados por ambas normas, siendo literalmente distintos, se refieren a los mismos créditos, de modo que el actual artículo 33 ET se ajusta plenamente a las prevenciones del Convenio 173 de la OIT y no precisa de más acomodación a la norma internacional. Claro indicio de que el legislador español también lo entiende así es que la Ley 60/1997, de 19 de diciembre, por la que se modificó el artículo 33.2 del ET, pese a ser posterior a la fecha de ratificación del Convenio por España, no ha introducido más garantía, al reformar el artículo 33 ET, que la referida a los despidos --el Estatuto los denomina "extinciones por causas objetivas" -- objetivos del art. 52.c). Son precisamente dos instrumentos emanados de la propia OIT los que nos permiten afirmar la correcta adecuación de la norma española a las exigencias del Convenio.

No obstante, la Sala IV del TS entiende que en la referida garantía debe limitarse al importe máximo previsto legalmente en el art. 49.1 c), y ello por las siguientes razones:

1.- La regulación del art. 49.1 c) establece el supuesto de contrato temporal en el que el trabajador debe ser también indemnizado a su extinción: cuando ésta obedece a la "expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato", y a tal supuesto anuda "una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio", añadiendo "o la establecida en su caso en

la normativa específica que sea de aplicación. Es evidente que este mandato del legislador obliga al empresario, que será el deudor de la indemnización legal establecida, o en su caso -y esto aunque el precepto no lo mencionase -también la establecida en la normativa específica que sea de aplicación, fundamentalmente el convenio colectivo- sin que en este precepto se haga referencia alguna, como es lógico, a una eventual responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

2.- La garantía de pago subsidiario -por insolvencia del empresario- de la indemnización a que nos referimos viene establecida en el artículo 33.2 ET, al comprender ahora las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada "en los casos que legalmente procedan". Ahora bien, esta remisión se refiere a "los casos", lo cual, en nuestro ordenamiento se concreta en el supuesto previsto en el art. 49.1 c), a cuyo supuesto se anuda, también legalmente, una determinada indemnización.

3.- Que el empresario pueda pactar y responsabilizarse de cualquier "supuesto" e "importe indemnizatorio" es evidente, aunque el referido artículo no tuviera referencia concreta a "la normativa específica que sea de aplicación"; pero ello no quiere decir que el FOGASA haya de garantizar cualquier indemnización voluntariamente pactada por el empresario, si así no se establece claramente en la norma de garantía, y la redacción de ésta "en los casos que legalmente procedan" -cuando pudo perfectamente fijar la obligación de garantía hablando de los casos en que procediera legal o convencionalmente- no permite la ampliación a otros supuestos y cuantías pactadas al margen de la ley, pues la obligación garantizadora a cargo de un fondo público obliga a una interpretación estricta de las normas que la regulan.

4.- Esta interpretación se refuerza si tenemos en cuenta que fuera del límite máximo del importe de una anualidad, y de no exceder del doble del salario mínimo interprofesional como base de cálculo del salario diario, el art. 33.2 no señala para estos casos ningún tope de número de días por año de servicio para calcular el importe de la indemnización a los solos efectos de su abono por el FOGASA, como así lo establece expresamente -30 días por año de servicio- "para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al art. 50 de esta Ley". No siendo admisible, bajo cualquier criterio pausable de interpretación, que el legislador haya omitido la fijación de este tope precisamente en estos supuestos del art. 49.1 c), al que, como hemos visto, se remite en el mismo número 2 del art. 33, hemos de colegir que no lo hizo porque dicho tope ya venía legalmente fijado de forma específica en el repetido art. 49.1 c) con la referencia a un máximo de 12 días por año de servicio".

3.2 INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN OBJETIVA DE CONTRATO, ELUDIENDO LA TRAMITACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 51 DEL E.T. INNECESARIEDAD DE LA RECLAMACIÓN POR DESPIDO. SE CONSIDERA TÍTULO HABILITANTE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN SENTENCIA DICTADA EN PROCESO DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD (STS 13 septiembre 2016 [rcud. n.º 2453/2014]).

Para que nazca la responsabilidad subsidiaria del Fogasa regulada en el artículo 33.2 ET, es de todo punto necesario que las indemnizaciones por despido que a éste se reclamen hayan sido "reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores". No basta, por tanto, a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria del Fogasa con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que esa indemnización esté reconocida por alguno de los títulos habilitantes que puntualiza el citado art. 33-2, como se acaba de indicar. Así lo corrobora la doctrina recogida en las [sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1990 \(RJ 1990, 6052\)](#) (dictada en "interés de ley" y por el Pleno de la Sala), [22 de diciembre de 1998 \(RJ 1999, 1014\)](#) (rec. 1595/98), [17 de enero del 2000 \(RJ 2000, 922\)](#) (rec. 574/99), [18 de septiembre del 2000 \(RJ 2000, 8298\)](#) (rec. 3840/99), 26 de diciembre del 2002 (rec. 644/2002), 23 de abril del 2004 (rec. 1216/2003) y [23 de noviembre del 2005 \(RJ 2006, 1206\)](#) (rec. 3429/2004), entre otras. A este respecto, se destaca que las citadas [sentencias de 18 de septiembre del 2000 \(RJ 2000, 8298\)](#) , 26 de diciembre del 2002 y [23 de abril del 2004 \(RJ 2004, 3699\)](#) han declarado que lo que el art. 33 del ET "pone a cargo del Fondo de Garantía son las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por un empresario insolvente, en materia de salarios y de indemnizaciones por cese. Pero estos conceptos dinerarios no se atienden sin más. ...".

Es evidente, que este título habilitante, que exige el art. 33-2 del ET, ha de estimarse que existe en el presente caso, pues la petición se funda en sendos reconocimientos contenidos en sentencias firmes.

Por último, tampoco puede aceptarse la alegación relativa a que se pudo en su momento haber impugnado la extinción acordada en el contrato por no haber cumplido la empresa las previsiones previstas en el art. 51ET para conseguir la nulidad de la decisión extintiva, y en incidente de no readmisión por cierre de la empresa conseguir una mayor indemnización, porque en definitiva la falta de impugnación sólo a los trabajadores perjudica. Respecto a esta cuestión, esta Sala del [Tribunal Supremo, en la sentencia citada de 22 de enero de 2007 \(RJ 2007, 1592\)](#) (rec. 3011/2005), ya señaló que: " el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que **si el trabajador acepta plenamente la**

corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos."

3.3 NO PROCEDE EL ABONO DE LAS INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO O EXTINCIÓN DE CONTRATO RECONOCIDAS EN CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL (STS 3 octubre 2016 [rcud. n.º 3449/2014])

El artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, establece que El Fondo de Garantía Salarial, en los casos de insolvencia o concurso del empresario, "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...".

La cuestión de la interpretación que ha de hacerse del citado art. 33.2 en relación a las indemnizaciones por despido improcedente ha sido analizada de forma ya reiterada por esta Sala IV.

De ahí que se haya admitido como título habilitante para poner en marcha el mecanismo de garantía y la responsabilidad del FOGASA tanto la propia sentencia de despido, como la dictada en el procedimiento ordinario posterior incluyendo la condena al pago de la indemnización por despido improcedente, como los acuerdos alcanzados en conciliación judicial.

3.4 A EFECTOS DEL PAGO DE LA PRESTACIÓN DE GARANTÍA INDEMNIZATORIA HA DE COMPUTARSE EL PERÍODO EN EL QUE EL TRABAJADOR PERCIBIÓ PRESTACIÓN POR DESEMPLEO -29 DÍAS- ENTRE LA FINALIZACIÓN DE UN CONTRATO TEMPORAL Y LA FORMALIZACIÓN DEL SIGUIENTE. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE “UNIDAD ESENCIAL DEL VÍNCULO” (STS 29 marzo 2017 [rcud. n.º 2536/2015])

Se ha consolidado la doctrina que establece "que en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, ha sido seguida por las *Sentencias ya más recientes de 29 de septiembre de 1999 (rec. 4936/1998); 15 de febrero de 2000 (rec.*

2554/1999); 15 de noviembre de 2000 (rec. 663/2000); 18 de septiembre de 2001 (rec. 4007/2000); 27 de julio de 2002 (rec. 2087/2001) 19 de abril de 2005 (rec. 805/2004) y 4 de julio de 2006 (rec. 1077/2005), y si bien en varias de estas resoluciones la Sala ha tenido en cuenta como plazo interruptivo máximo el de los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, también ha señalado que cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos.

La aplicación de la doctrina sobre la "unidad esencial del vínculo laboral" al caso de autos conlleva la estimación del motivo subsidiario del recurso. Aquí se trata de una interrupción de 29 días, -de 1/10/2006 a 29/10/2006- en la que el recurrente percibió prestaciones de desempleo, que, dado el tiempo anterior de antigüedad, desde 14/06/2004, y el posterior a esa interrupción, hasta el 24 de abril de 2009, fecha en que se extingue su contrato de trabajo, no es significativo para entender que se produjo dicha ruptura.

3.5 RESPONSABILIDAD DEL FOGASA EN LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN CONTRACTUAL AL AMPARO DE LOS ARTÍCULOS 41.3, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL ET. (SS. TSJ DE LA RIOJA DE 23 FEBRERO 2017 [rec. Suplicación 47/2017 y n.º 58/2017]) Y 16 MARZO 2017 [rec. Suplicación nº rec. 76/2017]).

Es un hecho probado no discutido que la actora rescindió unilateralmente el contrato de trabajo cuando la empresa con fecha 17.03.2015 le notificó la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo por causas económicas y productivas con efectos del 1.04.2015 por el perjuicio que le provocaba la modificación, haciendo uso de su derecho a dar por extinguido su contrato con efectos del 31.03.2015.

La trabajadora concurriendo los requisitos del Art. 41.3 optó por la resolución del contrato, derecho reconocido legalmente sin necesidad de solicitar judicialmente la resolución.

Es indiscutido que el referido derecho puede ejercerse sin necesidad de solicitar judicialmente la rescisión, pues no se condiciona a la previa impugnación de la decisión empresarial ante la jurisdicción social, sino que le habilita a rescindir directamente su contrato sin esperar la confirmación judicial

Es otro hecho probado no discutido, que reclamado judicialmente el pago de la correspondiente indemnización (ante el impago de la empresa y conciliación judicial con reconocimiento de la indemnización por parte de aquella y manifestación de no poder abonarla), mediante demanda de Procedimiento Ordinario dirigida contra la misma, intervención del FOGASA, y ampliada frente al Administrador concursal se dictó por el Juzgado de lo Social nº 2 de Logroño en autos 315/15 con fecha 17.12.2015 sentencia estimatoria que condenó a la empresa a abonar a la trabajadora, por tal concepto, la suma de 16.249,06 €... todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al FOGASA.

Declarada la empresa en concurso (Concurso Voluntario Abreviado nº699/2015 del Juzgado de lo Mercantil de La Rioja), se certificó por el administrador concursal designado en fecha 25.01.2016 un crédito a favor de la actora por importe de 16.249,06 € en concepto de indemnización.

Formulada ante el FOGASA, solicitud de prestación, por dicho organismo se deniega, por cuanto " la indemnización solicitada corresponde a la rescisión unilateral del contrato de trabajo al no aceptar el trabajador el traslado o la modificación de las condiciones de trabajo ofrecida por la empresa, al amparo de lo establecido en los [art. 40](#) y [41](#) del [ET \(RCL 2015, 1654\)](#) , habiendo sido reconocida la indemnización por despido reconocido al trabajador por sentencia judicial al amparo del Art. 41.3 del ET, lo que impide que pueda reclamar al FOGASA el abono de las mismas, con base en las previsiones del [Art. 33.2](#) del ET " (Resolución de 2.2.2016).

La actora reclama frente al FOGASA, en virtud de Sentencia dictada en Procedimiento ordinario por la que se le reconoce la indemnización, derivada de la rescisión o extinción del contrato de trabajo por modificación sustancial de las condiciones de trabajo perjudicial para la misma, motivada en una decisión del empresario.

El hecho de que la extinción del contrato de trabajo se produzca al amparo de lo dispuesto en el Artículo 41.3 en relación al 41.1.d (sistema de remuneración y cuantía salarial) del ET, con las especialidades del caso concreto no puede impedir que prospere la reclamación efectuada al FOGASA, denegada por dicho Organismo.

El supuesto queda incluido en el marco normativo del Convenio 173 OIT, sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992, y en concreto en su artículo 12-d.

Nos encontramos ante un supuesto de extinción del contrato de trabajo con causa en una decisión del empresario, en el que la indemnización reclamada por la trabajadora al FOGASA, ha sido reconocida en Sentencia, lo que por razones obvias excluye un origen convencional, y constituye título habilitante, a causa de la extinción de su contrato de trabajo con origen en una decisión del empresario, supuesto legal que debe quedar encuadrado entre los supuestos previsto en el artículo 33.2 del ET .

S. del TJUE de 11 de noviembre de 2015 (Caso Pujante Rivera): La Directiva 98/59/CE, de 20 julio 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, no define el concepto de despido. En el caso resuelto por dicha sentencia, el TJUE entiende que la citada Directiva debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de “despido” utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a) de dicha Directiva (Fundamento 55).

El citado 23 de febrero de 2017, la misma Sala del TSJ de La Rioja dictó otra sentencia - recurso de suplicación n.º 58/2017- (relativa a la reclamación de la prestación formulada por otro trabajador de la misma empresa) en la que estimó la demanda de revisión de acto declarativo de derecho, interpuesta por el Fogasa al amparo de lo dispuesto en el artículo 146 de la LRJS, por no constituir título suficiente para obtener la prestación del Fogasa la certificación de la Administración Concursal en la que consta la deuda.

3.6 INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL FOGASA EN EL SUPUESTO DE QUE LA EMPRESA HUBIERA PAGADO EL IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN DE 20 DÍAS CORRESPONDIENTE A UN DESPIDO OBJETIVO

El Fogasa no debe responder del exceso pactado por encima del importe legal, así como tampoco, en aquellos supuestos en los que la empresa abone dicho exceso, responderá del importe de los 20 días, pues esa solvencia parcial se imputa siempre a la disminución de la parte de la indemnización garantizada por el Fogasa (Ss. TSJ de Comunidad Valenciana 6

junio 2013 [rec. Suplicación 52/2013] y TSJ Cataluña 29 diciembre 2012 [rec. Suplicación 7428/2011])

3.7 EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL FOGASA POR SALARIOS DE INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PREAVISO DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 52 C) ET (S. TSJ DE CATALUÑA DE 15 ABRIL 2016 [rec. Suplicación n.º 392/2016]). STS de 10 febrero 2010 (rcud. 1908/2009).

De lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 33 ET no se desprende en forma alguna que la garantía pública aseguradora se extienda también al preaviso litigioso, por lo que el juzgador no puede extender, en el ámbito de interpretación, so pena de invadir la competencia correspondiente al legislador, la garantía pretendida a un supuesto no contemplado expresamente por la Ley. De otra parte, son argumentos para llegar a semejante conclusión los siguientes: 1) El art. 53 ET, bajo la rúbrica "Forma y efecto de la extinción por causas objetivas", distingue entre los efectos de la extinción (apartado b) "Poner a disposición del trabajador simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización por veinte días de año de servicio" y (apartado c) "La concesión de un plazo de preaviso de 30 días". **Se distingue pues, claramente, lo que es la indemnización y lo que es un concepto diferenciado de preaviso, cuya naturaleza no se define pero, que en todo caso tendría un carácter más próximo al salarial, y prueba de ello es que en caso de revocación de la sentencia extintiva de la relación laboral el trabajador tendría que devolver la indemnización, pero no la cantidad que hubiera podido percibir por el preaviso, según establece el art. 123.2 de la LPL (actual artículo 123.2 LRJS), al prescribir que "Cuando se declara improcedente o nula la decisión extintiva se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al periodo de preaviso".** 2) También, desde un punto de vista de interpretación sistemática el propio artículo 33.8 ET establece que "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 art. 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". **Resulta claro, también en este precepto, que la referencia a la garantía aseguradora se hace en relación a la indemnización legal, a la que se refiere el art. 33.2 ET, que no comprende, como antes se ha dicho, y ahora se repite cantidad alguna por el concepto de preaviso."**

3.8 CADUCIDAD DE LA INSTANCIA (S. TSJ de Castilla y León -Valladolid- 10 junio 2015 [rec. Suplicación n.º 725/2015]).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 70.1 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la reclamación previa frente al FOGASA no es preceptiva, lo cual es cierto, y como el mencionado precepto excluye la aplicación del artículo 69.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no es aplicable el plazo de dos meses para presentar la demanda. La consecuencia es que el actor tenía un año para reclamar las cantidades interesadas en el primer expediente seguido ante el FOGASA (40%) tal y como se le concedió en el segundo por el 60%.

3.9 IMPUTACIÓN DE PAGOS POR EL FOGASA (S. TSJ Galicia de 14 febrero 2017 [rec. Suplicación n.º 3322/2016]).

La imputación de pagos tiene un presupuesto elemental que resalta el artículo 1172 del Código Civil al describir tal fenómeno jurídico, diciendo que «[e] que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor...». En el presente supuesto solo hay una deuda indemnizatoria, sin que -como acertadamente sostiene el Ministerio Fiscal- «pueda argüirse que esta última [el exceso sobre los 20 días] es complementaria de la indemnización legal, dada la insuficiencia de la misma», de forma que resulta totalmente voluntarista la aplicación del referido mecanismo de extinción de las obligaciones; b) en segundo término, ni siquiera aplicando la referida institución podría llegarse a la solución pretendida, porque conforme a las reglas civiles la opción corresponde al deudor «al tiempo de hacer el pago» [art. 1172] y en defecto de ella se estimará satisfecha la más onerosa [art. 1174] y si todas fuesen de igual gravamen -caso que sería el de autos, de aceptarse a efectos dialécticos la dualidad de deudas- se imputaría a todas a prorrata [art. 1174]; y c) en último lugar ha de tenerse en cuenta que la doctrina -citada por la recurrida- por virtud de la cual esta Sala se refería a la imputación de pagos en relación con el FOGASA iba referida -como no podía ser menos- a supuestos en los que realmente había dos deudas, indemnizatoria y salarial, sobre las que efectivamente aplicar el mecanismo extintivo que regula el Código Civil; no a casos como el presente, de una sola deuda [en parte legal y en parte pactada]...".

3.10 EJERCICIO DE OPCIÓN POR EL FOGASA EN LOS SUPUESTOS DE DESPIDO IMPROCEDENTE.

-El Organismo autónomo carece de la facultad para ejercitar dicha opción (S. Sala de Las Palmas del TSJ de Canarias de 23 febrero 2017 [rec. Suplicación n.º 1253/2016])

La tesis que desarrolla el recurso formulado por el Fondo de Garantía Salarial se apoya en las amplias facultades que le otorga el art. 23.3 de la LRJS para actuar como parte en el proceso laboral, de modo que, pudiendo oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, aún los personales del demandado y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda, entiende queda habilitado igualmente por la ley de procedimiento para ejercitar de forma anticipada el derecho de opción por la indemnización para el caso de declaración de improcedencia del despido, siendo el presupuesto fáctico que le habilita para ello la incomparecencia del empresario demandado a juicio (citado mediante edictos), la previa incomparecencia al acto de conciliación ante el SEMAC, y el cese en la actividad que dice acredita la baja del empleador en la TGSS y la ausencia de trabajadores de alta.

Si atendemos a lo que es objeto de debate en los procesos en que el Fogasa es citado vía artículo 23.2 LRJS, resulta evidente que el Fondo no es, por supuesto, parte principal ni tampoco un interviniente litisconsorcial. Desde ese prisma, su posición estaría más próxima a la de un interviniente adhesivo simple y pasivo, puesto que no es titular de la relación jurídica discutida que sólo afecta al o a los trabajadores demandantes y a las empresas demandadas a cuya defensa se adhiere. La relación que le puede afectar directamente, sólo surgirá en derecho si la empresa no satisface la deuda reclamada, y los trabajadores, tras obtener el auto de insolvencia de aquella que constituye su título habilitante, deciden dirigirse al Fogasa solicitando que haga efectiva su responsabilidad subsidiaria. Esta fue la razón fundamental que la jurisprudencia tuvo en cuenta para señalar que el Fondo no podía ser condenado ni absuelto en este tipo de procesos.

En cualquier caso, es claro que el Fondo dispone en su actuación adhesiva, aunque ésta sea provocada (lo que constituye ya una circunstancia anómala para el sector doctrinal que no distingue en la adhesión provocada, entre la simple y la litisconsorcial) de unas posibilidades de actuación que superan con mucho las propias del interviniente adhesivo simple y se asemejan sensiblemente a las del litisconsorcial. La propia ley le reconoce la facultad de reclamar la adopción de medidas cautelares frente a la empresa demandada (art. 79.2 y 3 LRJS). Y el examen de la doctrina de los Tribunales sociales -del extinto Tribunal Central de Trabajo, de las

Salas de lo Social de los TSJ y de la Sala IV- muestra que le han sido reconocidos al Fondo importantes poderes procesales de los que carece el interviniente adhesivo simple, en atención a los singulares caracteres que lo adornan (Organismo público de garantía; responsabilidad subsidiaria legal y obligatoria; gestión y defensa de los fondos públicos afectados), y la asunción de obligaciones legales que le impone el art. 23.2 LRJS; y ello por entender que necesita tener plenas facultades de actuación en el proceso para la adecuada defensa de sus legítimos intereses.

A tenor de la doctrina elaborada por la Sala IV del Tribunal Supremo, **la condición del Fondo de Garantía Salarial como parte en el proceso laboral, es la propia de un interviniente adhesivo atípico, ya que, sin ser titular de la relación jurídico sustantiva que es causa de la reclamación objeto de la litis, sin embargo, actúa con las facultades propias de un litisconsorte pasivo.**

Por ello, el art. 23 de la LRJS, en su párrafo tercero, establece que: “El Fondo de Garantía Salarial dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, pudiendo oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, aun los personales del demandado, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda, así como proponer y practicar prueba e interponer toda clase de recursos contra las resoluciones interlocutorias o definitivas que se dicten.”

La finalidad del legislador al conferir tales facultades al Fondo no es otra, como señala el Tribunal Supremo, que la de impedir que en su condición de responsable civil subsidiario de la obligación cuyo cumplimiento se reclama, resulte perjudicado por la incomparecencia del empleador al proceso, garantizando la condena que fije la sentencia por encima de la que de haber intervenido la empresa contestando a la demanda o actuando vía recursos, le hubiera correspondido. De ahí que, pese a no ser parte en el contrato de trabajo del que traen causa las reclamaciones, pueda oponer toda clase de excepciones y medios de defensa aún los personales del demandado, y cualquier hecho obstativo, impeditivo o modificativo que pueda dar lugar a la desestimación incluso parcial de la demanda.

El ejercicio del derecho de opción a que se refiere el artículo 110.1 a) de la LRJS no se encuentra dentro de tales facultades conforme a la ley adjetiva.

La norma no sólo se refiere expresamente al empresario, con exclusión de cualquier otro interviniente en el proceso que no tenga tal condición (formal o real) sino que el art. 23.3 de la misma ley no se refiere tampoco a tal posibilidad. No es una cuestión semántica como se dice en el motivo por el organismo recurrente, sino de interpretación legal conforme al art. 3 del Código Civil.

La interpretación literal de la norma no permite comprender dentro de las facultades a que se refiere el art. 23.3 LRJS, la de optar para el caso de improcedencia del despido. En los términos que emplea el precepto no es una excepción ni un medio de defensa, y tampoco es un hecho obstativo, impositivo o modificativo de la responsabilidad empresarial. Y en ningún caso su ejercicio conlleva la desestimación total o parcial de la demanda. Al contrario, sólo cabe en el caso de que ésta se estime. Por lo que el adjetivo “plenas” que precede a las facultades con las que actúa en el proceso, no supone necesariamente la de ejercitar el derecho de opción.

Desde un punto sistemático o de interpretación en el contexto normativo, el precepto se ubica en una ley de naturaleza procesal, de modo que cuando la norma habla de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, se refiere a las facultades procesales no a derechos sustantivos, aunque los primeros impliquen la existencia de los segundos.

Por otro lado, reiterar que en la misma Ley Reguladora de esta Jurisdicción Social, el art. 110.1.a) que establece esta posibilidad de anticipar la opción del art. 56 ET, sólo concede la misma al empresario sin que sea posible extender tal derecho al Fondo de Garantía Salarial que carece de tal condición. En este sentido traer a colación la **sentencia del TS de 19 de julio de 2016 (recurso 338/2015)**. Esta sentencia resuelve que en el caso de que el trabajador opte en juicio por la indemnización y extinción del contrato de trabajo, de resultar imposible la readmisión, supuesto del art. 110.1. letra b, LRJS, tal opción supone también la condena a los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia que resuelve la relación laboral. En el desarrollo de su fundamentación jurídica para hacer tal estimación, parte de que uno de los requisitos para admitir dicha opción es que sea el trabajador el que así lo solicite. No hay motivo que permita para el caso del supuesto de la letra a) de la misma norma, que se amplíe la titularidad de la opción anticipada concedida al empleador en favor del Fogasa, que es ajeno a la relación de trabajo, cuando en el caso de opción del trabajador sólo se reconoce a éste.

-Criterio concordante de la Sala de lo Social del TSJ de C. Valenciana de 13 mayo 2014 (recurso suplicación n.º 464/2014)

-Criterio contrario de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia (rec. Suplicación n.º 195/2014) y Sala de lo Social de Sevilla (SS. 31 marzo 2016 [recurso suplicación n.º 779/2015] y 5 mayo 2016 [recurso suplicación n.º 1305/2015])

. Si bien de la literal redacción del artículo 110.1 b) de la LJS se desprende que la posibilidad de anticipar la opción en el acto del juicio corresponde a la parte titular del derecho a optar entre la readmisión o la extinción indemnizada, esta sala coincidiendo con el criterio del autor del recurso, entiende que tal facultad le asiste también al Fogasa, en los casos en los que el empresario no comparece a juicio y existen datos de los que cabe concluir la imposibilidad de la readmisión, como es el presente, en el que la empresa tuvo que ser citada por edictos al haber abandonado su domicilio y desconocerse la existencia de otro, circunstancia que era, asimismo conocida por el trabajador que, expresamente dirigió su demanda también contra el Fogasa. Ello porque la nueva redacción dada por la L 36/2011 al artículo 23 de la LJS que regula la intervención del Fondo de Garantía Salarial, ha ampliado las facultades que le reconocía el anterior artículo 23 de la LPL, al afirmar la posibilidad de comparecer del Fogasa como parte en defensa de los intereses públicos que gestiona, siendo su llamada al proceso obligatoria en el caso de empresas desaparecidas (artículo 23.2), estableciendo expresamente el apartado 3 del citado precepto que "El Fondo de Garantía Salarial dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, pudiendo oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, aun los personales del demandado y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda.

3.11 VALIDEZ A POSTERIORI DE LA DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA DECRETADA EN UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN (STS 28 abril 2017 [rcud. n.º 2043/2015])

Se debate si la declaración de insolvencia a la que se refiere el artículo 33.1 y 2 ET es la efectuada de forma genérica respecto de otros trabajadores de la misma empresa o si , en cambio, hay que atender a la declaración que se refiera precisamente de forma individual al propio trabajador demandante. Alega el Fogasa que "así como la declaración de concurso de la empresa produce efectos generales sobre todas las relaciones laborales de la empresa, no

sucede lo mismo cuando falta dicha situación concursal, porque, en tal caso, la declaración judicial de insolvencia se vincula únicamente al o a los trabajadores concretos que sean parte del proceso en el que se haya dictado aquella resolución", y que, tratándose de un fiador *ex lege* (el Fogasa), se hace necesario interpretar siempre en sentido restrictivo toda posible atribución de responsabilidad al mismo con cargo a los fondos públicos.

Lo que resulta decisivo es la declaración de insolvencia para determinar el nacimiento de la obligación a cargo del Fondo de Garantía Salarial, que, como señala nuestra sentencia de 6 de marzo de 1989 , no deriva directamente del despido o acto extintivo o del reconocimiento judicial de la deuda, sino que tiene su hecho causante en la resolución de insolvencia que, en cuanto refleja la insuficiencia económica de la empresa, constata la producción de la contingencia protegida por dicho organismo en su función de mecanismo público asegurador contra el impago de créditos laborales.

Debe tenerse en cuenta, pues, que la situación de insolvencia (total o parcial) de la empresa se declara en el procedimiento laboral cuando se constata que ésta no puede hacer frente a las obligaciones de las que debe responder como consecuencia de la resolución judicial en que se ha producido la condena correspondiente, por lo que se trata de una nueva resolución en tal sentido en un concreto contexto jurídico de ejecución de una determinada sentencia, que, sin embargo, no impide su extrapolación a otro/s procedimiento/s conforme a lo prevenido en el art 276.3 de la LRJS y con los efectos de publicidad del n.º 5 de ese mismo precepto, cuyo contenido coincide -el primero totalmente y el segundo sustancialmente- con lo establecido en el art 274.3 y 5 de la extinta LPL .

Sobre esta base normativa, **si es posible en un procedimiento de ejecución posterior dictar el decreto de insolvencia sin necesidad de reiterar los trámites que han conducido a ello, aunque adoptando cautelarmente la medida de audiencia previa a la parte actora y al Fogasa para que puedan señalar la existencia de nuevos bienes, la solución que de ello se sigue es la de que *rebus sic stantibus*, esto es: mientras no haya evidencia de otra cosa, la insolvencia se entiende que produce sus efectos desde el momento de su primitivo reconocimiento y, por tanto, que, en esas circunstancias, los subsiguientes procedimientos, aun exigiendo cada uno su propia declaración de insolvencia, al traer causa de la primitiva, no tienen carácter constitutivo para la exigencia de la responsabilidad del Fogasa ex artículo 33 del ET más que en lo relativo al específico crédito del acreedor pero no en lo de su fecha en función de la del auto en que se refleja.**

3.12 RECLAMACION AL FOGASA DE PRESTACIONES RELATIVAS A CONTRATOS SUCESIVOS TEMPORALES (S. TS 20 septiembre 2005 [rcud. n.º 4621/2004])

Mantener que una vez constituida una relación laboral entre una determinada empresa y un concreto trabajador y finalizada la misma con asunción de responsabilidad subsidiaria del FOGASA ya no hay posibilidad legal de que este Organismo asuma una nueva responsabilidad de la misma índole ante futuras concertaciones de nuevos vínculos laborales entre las mismas partes contratantes resulta, realmente, excesivo y, sobre todo, no se compagina con el texto y el significado lógico que ha de darse al art. 33.1 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que ni la interpretación literal ni, tampoco, la lógica del expresado precepto estatutario, conforme a los artículos 3.1 y 1281 y siguientes del Código Civil, permiten alcanzar dicha conclusión.

Siempre y cuando no se ponga de manifiesto que quienes suscriben, con solución de continuidad, sucesivos contratos de trabajo tratan de ocasionar un fraude a los intereses públicos propios del FOGASA no cabe la menor duda que la responsabilidad de dicho Organismo aparece, claramente, dirigida a la protección de los intereses del trabajador en todas aquellas situaciones de insolvencia empresarial que se manifiesten consecuentes a vinculaciones de carácter laboral que se revelen autónomas entre sí, por más que se suscriban por las mismas partes contratantes.

Siendo esto así y teniendo en cuenta que en el caso contemplado en el presente recurso entre la primera y la segunda contratación laboral llevada a efecto entre las mismas partes transcurrió un año y dos meses no cabe presumir, con fundamento, ninguna actitud de fraude a los intereses públicos que representa el FOGASA, por lo que, en aplicación del invocado art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, que no establece restricción alguna al respecto, ha de declararse, como así lo hace la sentencia recurrida cuya fundamentación jurídica se acoge, que corresponde al Organismo recurrente asumir la deuda reclamada en la demanda rectora de autos.

3.13 EMPRESAS EN CONCURSO Y PRESTACIONES DEL FOGASA

3.13.1 LA DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CONCURSO NO IMPLICA LA INSOLVENCIA EMPRESARIAL (S. Sala de Murcia de 22 febrero 2017 [recurso de suplicación n.º 583/2016])

La jurisprudencia lo que viene estableciendo es que la fecha que determina el abono de la prestación es la del auto de insolvencia de la empresa, y por ello, la norma aplicable es la vigente en esa fecha, y, en el caso de autos, no consta la resolución que declara la insolvencia empresarial y sí que constan la fecha de solicitud de la prestación y el **auto de declaración a la empresa en concurso voluntario, pero esta resolución no puede equipararse a la declaración de insolvencia, máxime cuando dicha declaración deriva de un concurso voluntario, lo que en modo alguno presupone la insolvencia;** por lo que, si la petición de acceso a la garantía deriva de la imposibilidad empresarial de hacer frente a los salarios adeudados, la normativa aplicable debe ser la de dicha fecha, y esta es la de septiembre de 2011, petición que se basa en la apertura del procedimiento concursal nº 285/11, en fecha 1 de julio de 2011, tal como se recoge en la mencionada petición al folio 34 de los autos; y en esa fecha el artículo 33 del ET disponía un límite de 120 días en relación con los salarios, y el límite indemnizatorio fijado al tratarse de un contrato temporal, como así lo han entendido el Juzgador de instancia; pero es que *una estricta aplicación del principio de rogación deja constancia que la parte actora ni en demanda, ni en el acto del juicio expresó la redacción que era de aplicación, por ello el Juzgador de instancia entendió que no era cuestión controvertida y no dio respuesta concreta, sino que se limitó a aplicar la normativa vigente al efectuarse la petición tras la apertura del procedimiento concursal.*

En igual sentido, la S. Sala de Granada de 23 febrero 2017 (recurso de suplicación n.º 1732/2016)

Aun siendo verdad que el concurso supone una situación de crisis o ejecución universal de bienes, ello no implica la insolvencia empresarial ni, por demás, la obligación de pago por unas extinciones contractuales que no se han producido con anterioridad al mismo.

3.13.2 LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS RESPONSABILIDADES DEL FOGASA DENTRO DEL CONCURSO (S. Sala C. Valenciana de 21 febrero 2017 [recurso suplicación n.º 321/2016])

La legislación aplicable a las responsabilidades del FOGASA dentro del concurso es aquella que se encontraba vigente en el momento de la declaración del mismo y por lo tanto en el momento en el que se constata la situación de insolvencia, con intervención del Fondo en los términos previstos en los artículos 33.1 y 33.3 del ET, a partir de esta declaración que marca a todos los efectos la normativa aplicable no solo al desarrollo del proceso concursal con todas sus vicisitudes, incluida la extinción de contratos laborales y la cuantificación de las deudas salariales sino al régimen de garantías salariales previsto en los artículos 32 y 33 del ET que debieron aplicarse en la redacción vigente en el momento de declaración de concurso, sin que las posteriores modificaciones de dichos preceptos alteren las responsabilidades subsidiarias del Fondo en relación a un proceso al que queda vinculado desde su inicio conforme a las responsabilidades y límites vigentes a la fecha de dicha declaración, lo que hace que el recurso deba tener favorable acogida, con la consiguiente revocación de la sentencia impugnada y la condena del Organismo demandado a las cantidades que postulan los recurrentes en concepto de diferencias de prestaciones de garantía salarial al no haberse manifestado oposición a la cuantificación de las mismas en sede de recurso y sin que proceda el devengo de los intereses cuyo abono también reclaman los recurrentes por cuanto que no estamos ante reclamaciones de salarios o de indemnizaciones sino ante reclamaciones de prestaciones de garantía salarial a las que no le son aplicables el art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores ni el artículo 1108 del Código Civil.

Igual criterio se mantiene en la sentencia de la Sala de Cataluña de 7 febrero 2017 (recurso de suplicación n.º 7320/2016).

No puede estarse a la fecha de declaración del concurso en sede mercantil para determinar la normativa aplicable, dado que en aquel momento aún no se había producido la extinción de la relación laboral que determina el reconocimiento del derecho a percibo de indemnización y salarios, de manera que con la declaración del concurso no nace derecho alguno a favor del trabajador, ni frente a la empresa, ni frente al FOGASA, derecho que nace a partir de la existencia de la resolución judicial que declara la improcedencia del despido y posterior extinción de la relación laboral, dado que la responsabilidad del FOGASA a tenor del artículo 33 del ET surge a partir de la extinción de la relación laboral; en el mismo sentido se pronuncia la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en sentencias de 3 de junio y 21 de octubre de 2014, señalando que es en el momento de declararse la extinción de la

relación laboral con reconocimiento del derecho del trabajador al percibo de indemnización y salarios cuando nace la obligación del FOGASA a la luz del artículo 33 del ET.

3.13.3 TÍTULO HABILITANTE.

3.13.3.1 RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE LOS SALARIOS DEBIDOS POR UNA EMPRESA QUE SE ENCUENTRA EN CONCURSO DE ACREEDORES, CUANDO EL CRÉDITO DEL TRABAJADOR NO HA SIDO INCLUIDO EN LA LISTA DE ACREEDORES POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, NI ES CONTRA LA MASA, PERO FUE RECONOCIDO POR LA EMPRESA EN ACTO DE CONCILIACIÓN (STS 25 mayo 2015 [rcud. n.º 3339/2013])

Los apartados 3 y 4 del art. 33 del E.T. en la redacción vigente en 2009 nos muestra que la responsabilidad del FOGASA no nace automáticamente, sino que en todos los casos debe instruir el oportuno expediente de comprobación, incluso en los supuestos de concurso de acreedores puede realizar las oportunas comprobaciones y debe ser llamado. Y es lógico que así sea porque sólo viene obligado a pagar cuando la obligación existe y tiene derecho al reembolso de lo pagado, por cuanto se subroga en los derechos y acciones del trabajador al que paga, razón por la que ese derecho al reembolso sería ilusorio si el trabajador no fuese diligente en el reconocimiento de sus derechos.

En este sentido conviene tener en cuenta las funciones que, conforme a los artículos 26 y siguientes de la Ley Concursal, corresponden a los administradores concursales, tanto para la defensa de los intereses del concursado, como para la tutela de los demás acreedores, razón por la que les corresponde el reconocimiento de los créditos contra el concursado, conforme a los artículos 85 y siguientes de la Ley citada en defensa de los intereses del conjunto de acreedores, sin que la falta de inclusión en la lista de acreedores reconocidos deje indefenso a ningún acreedor diligente, pues podrá promover el incidente, regulado en los artículos 192 y siguientes de la Ley, para obtener la tutela de sus derechos. En tal sentido es lógico que el trabajador notifique su crédito, oportunamente, al Fondo y a la administración concursal, así como que accione contra la decisión de esta última si le perjudica, lo que no hizo el recurrente pidiendo a los administradores concursales que rectificaran la certificación emitida con la aportación de los documentos que evidenciaban

su error o promoviendo el oportuno incidente concursal contra su decisión, acciones que puede ejercitar mientras no prescriban.

A la exigencia de ese "expediente de comprobación" del que hablaba el artículo 33-4 del E.T. responden los artículos 16-3 y 25-b).4 del R.D. 505/1985 , por cuanto, es lógico que quien se hace cargo de las deudas de otro y paga por él subrogándose en los derechos de su acreedor, se cerciore antes de su deber de pagar, sin que venga obligado a asumir el pago de un crédito que es cuestionado por quien, dentro del concurso, tutela los derechos del deudor y de sus acreedores.

La solución dada ha sido corroborada por el legislador que ha realizado una interpretación auténtica de la norma y dado una nueva redacción al artículo 33-3 del E.T., precepto que, entre otras cosas, a partir de la reforma dada por la Ley 38/2011, 10 de octubre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, expresamente establece la necesidad de que "los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores".

3.13.3.2 (S. Sala de Cataluña de 15 febrero 2017 [recurso suplicación n.º 6549/2016])

Para que pueda exigirse responsabilidad subsidiaria de FOGASA por indemnización por despido, conforme al artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores es necesario que la misma conste en "sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa", debiéndose entender excluida la indemnización reconocida en "conciliación administrativa" y ello, con independencia de que nos encontremos ante una empresa en concurso, pues éste es presupuesto (alternativo a la existencia de "insolvencia") para que pueda nacer la responsabilidad del FOGASA. (STS 3 octubre 2016 [rcud. n.º 3449/2014]).

3.13.3.3. (S. Sala La Rioja de 23 febrero 2017 [recurso de suplicación n.º 49/2017])

En relación al título habilitante para el reconocimiento de la prestación indemnizatoria uniforme y consolidada doctrina de la Sala IV del TS viene manteniendo que para que surja la responsabilidad subsidiaria del organismo autónomo resulta ineludible que la indemnización esté reconocida en alguno de los que enumera el art. 33.2 ET (conciliación judicial, sentencia o

resolución administrativa), admitiendo entre ellos las sentencias dictadas en procedimiento ordinario condenatoria al pago de la indemnización por despido improcedente, no alcanzando pues la cobertura a las indemnizaciones por extinción contractual reconocidas en conciliación administrativa cuando no van seguidas de conciliación judicial o sentencia posterior (SSTS 13/10/08 [RJ 2008\5659], Rec. 3465/07; 02/07/09 [RJ 2009\4559], Rec. 1952/08; 13/04/10 [RJ 2010\4647], Rec. 3126/09).

Criterio el mencionado que rige también en los casos de empresas incursas en procedimiento concursal, como el resuelto en STS 03/10/16 (RJ 2016\4951 [Rec. 3449/14]).

1.- El punto 3 del art. 33 ET no puede interpretarse aisladamente, sino que su contenido ha de ser objeto de una exégesis armónica e integradora con lo establecido en el apartado 2, pues así resulta con meridiana claridad del párrafo primero del epígrafe 1, y de la literalidad del primer inciso del apartado 2, de los que, por la expresa remisión que se efectúa en este último a los supuestos relacionados en el primero de ellos, se desprende con nitidez que **el ámbito de cobertura del organismo de garantía en cuanto a créditos indemnizatorios establecido en el apartado 2, abarca tanto a los casos de insolvencia como a los de concurso del empresario, limitándose las reglas del punto 3 a enumerar ciertas especialidades para los casos de empresas concursadas, entre ellas, la exigencia adicional de que los créditos estén incluidos en la lista de acreedores o reconocidos como créditos de la masa por la Administración concursal.**

2.- Así lo corrobora el **art. 84.5 de la Ley Concursal**, al disponer que "satisfechas las prestaciones conforme a su normativa específica, el FOGASA se subrogará en los créditos de los trabajadores con su misma clasificación y en los términos del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores", pues **la ley concursal no contempla ampliación alguna respecto al ámbito de protección del organismo autónomo en los supuestos de empresas concursadas, sino que expresamente dispone que su reconocimiento se efectuará conforme a lo dispuesto en el art. 33 ET.**

3.- **Este requisito añadido al del reconocimiento de la indemnización en el título habilitante legalmente establecido, tiene una finalidad autónoma y propia, netamente distinta de aquella a la que responde la necesidad de que la indemnización esté reconocida en cualquiera de los títulos tasados del art. 33.3 ET, cual es la de garantizar que el trabajador ha sido diligente en el reconocimiento de sus créditos en el procedimiento concursal a fin de asegurar que al**

subrogarse el Fogasa en su posición jurídica pueda obtener el correspondiente reembolso, pues es lógico que quien se hace cargo de las deudas de otro y paga por él subrogándose en los derechos de su acreedor, se cerciore antes de su deber de pagar, sin que venga obligado al pago de un crédito que es cuestionado por quien dentro del concurso tutela los derechos del deudor y sus acreedores (STS 25/05/15 [RJ 2015\4566], Rec. 3339/13).

4.- La exigencia de reconocimiento de la indemnización en uno de los títulos habilitantes enumerados por el art. 33.2 ET , excluyendo otros, como la conciliación extrajudicial, está objetivamente justificada, y constituye una medida necesaria para evitar abusos en el sentido del art. 10.a) de la Directiva 80/987, ya que para la efectividad del control de la realidad del crédito en la conciliación administrativa no hay intervención judicial, el conciliador carece de funciones específicas de control y no interviene el Fondo de Garantía Salarial, a diferencia de lo que sucede en la conciliación intraprocesal. (STJUE 21/02/08, Asunto C- 498/06).

3.13.4 LA EMPRESA QUE SE HACE CARGO DE UNA UNIDAD PRODUCTIVA QUE LE ES ADJUDICADA EN UN CONCURSO DE ACREEDORES NO ASUME LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR LA ANTERIOR EMPRESA CONCURSADA, ENTRE LAS QUE SE INCLUYEN LAS DEUDAS CON LOS TRABAJADORES (DIFERENCIA ENTRE LA INDEMNIZACIÓN PACTADA EN EL ERE CONCURSAL Y LA QUE POSTERIORMENTE LES HA ABONADO EL FOGASA EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 33 DEL ET), SIN QUE DICHS TRABAJADORES HUBIERAN SIDO SUBROGADOS POR LA NUEVA EMPRESA ADJUDICATARIA (S. Sala de Cataluña de 23 febrero 2017 [recurso suplicación n.º 6814/2016]).

Contraposición de los artículos 44 ET y 149.2 Ley Concursal (LC):

No estamos en presencia de una sucesión empresarial del *art. 44 del ET* ni de un cambio de titularidad, denominación o domicilio social sino ante una sucesión de activos autorizada judicialmente con exclusión de responsabilidad para la adquirente respecto a las deudas laborales de la transmitente en lo que no expresamente indicado, lo cual viene autorizado por el *art. 148 de la LC* y, en último lugar, por el *art. 5.1 de la Directiva 21/2003*(y) por tanto, no son aplicables al presente caso las reglas previstas en el *art. 44 del ET* sino las

del art. 148 de la Ley Concursal (sin perjuicio de que para delimitar las responsabilidades con respecto a los trabajadores que asume, se acuda a los términos de la previsión del art. 149.2, cuando limita la responsabilidad de la empresa a los salarios y gastos de SS devengados con posterioridad a la subrogación)....". Una solución contraria a dicho criterio, crearía además una grave inseguridad jurídica a las empresas compradoras de los activos cuando efectúan estas operaciones, contrariando el principio de seguridad jurídica que alega la empresa, en tanto que aquellas lo hacen partiendo de las condiciones entonces estipuladas y conscientes del alcance de sus responsabilidades, que resultan avaladas por una resolución firme del Juzgado de lo Mercantil -no apelada por ningún interesado- dictada en el ámbito de su competencia (art. 8 de la LC), y que, además, fueron supervisadas por los representantes de los trabajadores.

3.13.5 NO CABE EXIGIR LA CONDENA DIRECTA Y EXCLUSIVA DEL FOGASA COMO RESPONSABLE SUBSIDIARIO DE LAS PRESTACIONES DE GARANTÍA DEL ARTÍCULO 33.1 Y 2 ET, OBIANDO DICHA PRETENSIÓN CONTRA LA EMPRESA Y LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA MISMA (S. Sala de Cataluña de 14 febrero 2017 [recurso suplicación n.º 7371/2016])

La demanda se dirige a la reclamación frente a la empresa, en situación de concurso voluntario, y contra el Administrador concursal, siendo codemandado el FOGASA; la reclamación viene referida al impago por parte de la empresa, que procedió al despido objetivo de los demandantes, de las indemnizaciones por despido, 50% del salario de julio, salarios íntegros de agosto y septiembre, y de 17 días de octubre, así como de la liquidación final, en las sumas indicadas en la demanda, habiéndose aclarado en el acto de juicio que respecto de la indemnización se reclama el 60%, dado que el 40% ya ha sido abonado por el FOGASA.

Al formalizar el recurso de suplicación, los trabajadores no cuestionan la absolución de la empresa demandada, ni del administrador concursal, pretendiendo exclusivamente la condena directa del FOGASA; como es de ver en el escrito de demanda, la acción se dirige frente al FOGASA conforme a las previsiones de los artículos 23 y 24 de la LRJS, solicitándose la declaración de responsabilidad subsidiaria del mismo, mientras que en sede de suplicación se está interesando su condena directa.

En relación con esta cuestión, hemos de recordar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de octubre de 2005 (RCUD 2504/2004), en el sentido de que **el FOGASA es citado en procedimientos como el que nos ocupa, reclamación de cantidad frente a la empleadora, para que pueda asumir las obligaciones derivadas de la responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia empresarial o instar lo que a su derecho convenga; es evidente que en estos casos el FOGASA es sólo parte formal o procesal, puesto que la titularidad de la única relación jurídico-material discutida en el proceso corresponde en exclusiva a los trabajadores demandantes y a la empresa demandada (y en nuestro caso, dada la situación de concurso, al administrador concursal). La presencia del FOGASA en el proceso obedece a la especial situación en que se encuentra como responsable legal subsidiario del empresario y a su inequívoco interés directo y relevante en el resultado que se produzca, que puede llegar a convertirse en un hecho constitutivo, modificativo o extintivo de su propia relación jurídica. Así pues, su posición es la propia de una intervención adhesiva, tal como declara la STS de 22 de abril de 2002 (rcud. 1545/2001), aunque no voluntaria, sino provocada.**

Al haberse producido la absolución de la empresa y administrador concursal, dada la extinción de la personalidad jurídica de la primera de ellas, no es posible la condena del FOGASA en este procedimiento, puesto que ante la inexistencia de declaración de responsabilidad directa de la primera, no puede establecerse la responsabilidad subsidiaria del organismo citado, sin perjuicio, obviamente, de que los interesados puedan plantear, como al parecer ya han hecho, la correspondiente reclamación en vía administrativa.

3.14 SILENCIO POSITIVO Y LIMITES LEGALES

.Artículo 28.7 del RD 505/1985 de 6 de marzo, en relación con el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, derogatoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico e las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

3.14.1 SENTENCIA DE LA SALA IV DEL TS DE 16 DE MARZO DE 2015 (rcud. n.º 802/2014)

El artículo 28.7 del Real Decreto 505/1985, dispone que el plazo máximo para que el FOGASA dicte resolución "será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud". Dicha disposición no establece ninguna excepción, por lo que se aplica a la totalidad de los expedientes cuya tramitación corresponde al Fondo.

La referida normativa no regula los efectos que para el administrado pudiera tener el incumplimiento del referido plazo, razón por la que ha de acudir a la Ley 30/1992, que en su artículo 2.2 comprende al FOGASA en su ámbito de aplicación. El artículo 43.1 de esta Ley, sobre Libre Acceso a Actividades y Servicios, dispone que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista..., " el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado... para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en que una norma con rango de ley... o una norma de Derecho Comunitario establezcan lo contrario", excepción que no se da en el caso de autos, donde sí se dictó, en cambio, resolución expresa extemporánea. El nº 2 de este artículo establece, a su vez, que "la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento". Y el nº 3 del mismo precepto condiciona el sentido de la resolución expresa, al disponer que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo".

La exposición de motivos de la ley 30/92 anuncia que **el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que de primar la eficacia sobre el formalismo, solo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista.**

Como señala la sentencia de la Sala Tercera del TS de 17 de julio de 2012, citada en la de la misma Sala Tercera de 25 de septiembre de 2012 **"una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el art. 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la**

Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad."

3.14.2 PRONUNCIAMIENTOS DE LAS SALAS DE LO SOCIAL DE LOS TSJ ACERCA DEL ALCANCE DEL SILENCIO POSITIVO.

3.14.2.1 No se aplican los límites legales del artículo 33.1 y 2 ET

-Sala de lo Social de Murcia.

-Sala de lo Social de Asturias (SS. 10 mayo 2016 [recurso suplicación n.º 957/2016] y 14 marzo 2017 [recurso suplicación n.º 577/2017].

-Sala de lo Social de Castilla-La Mancha (S. 10 abril 2017 [recurso suplicación n.º 688/2016]). Contradictoria con la sentencia de dicha Sala de 22 marzo 2017 (recurso suplicación n.º 516/2016] que sostiene que han de respetarse los límites legales o topes vigentes en la fecha de la declaración de insolvencia empresarial.

-Sala de lo Social de la C. Valenciana (S. 7 febrero 2017 [recurso suplicación n.º 750/2016]).

-Sala de lo Social de Las Palmas (S. 29 diciembre 2016 [recurso suplicación n.º 823/2016]).

3.14.2.2 Se aplican los límites legales del artículo 33.1 y 2 ET

-Sala de lo Social de Cataluña (SS. 27 abril 2017 -Pleno de la Sala- [recurso suplicación n.º 6978/2016], 7 marzo 2017 [recurso suplicación n.º 7186/2016]; 17 febrero 2017 [recurso suplicación n.º 7384/2016]; 10 febrero 2017 [recurso suplicación n.º 7475/2016]; 6 febrero 2017 [recurso suplicación n.º 7383/2016]; 3 febrero 2017 [recurso suplicación n.º 7251/2016] y 1 febrero 2017 [recurso suplicación n.º 6686/2016]).

-Sala de lo Social de Valladolid (SS. 6 abril 2017 [recurso suplicación n.º 44/2017] y 23 marzo 2017 [recurso suplicación n.º 2516/2016]).

-Sala de lo Social de Madrid (SS. 21 marzo 2017 [recurso suplicación n.º 56/2017]; 17 marzo 2017 [recurso suplicación n.º 61/2017]; 3 marzo 2017 [recurso suplicación n.º 1125/2016]; 15 febrero 2017 [recurso suplicación n.º 894/2016].

3.14.3 PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN ORDEN AL ALCANCE DEL SILENCIO POSITIVO

Con fecha 20 de abril de 2017, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias en las que precisa los efectos del silencio positivo en materia de prestaciones de garantía salarial e indemnizatoria del artículo 33.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores.

3.14.3.1 S. 20 abril 2017 (rcud. n.º 701/2016)

Reclamación al FOGASA. Contestación denegatoria extemporánea dictada sobrepasado el plazo para emitir resolución. Silencio administrativo positivo. La resolución expresa -desestimatoria de la pretensión- dictada en plazo superior a los 3 meses establecidos en el RD 505/1985 carece de eficacia para enervar el derecho del administrado ganado anteriormente por silencio positivo. El silencio administrativo, en los supuestos en que es positivo, constituye una resolución administrativa tácita que despliega plenos efectos e impide que una resolución expresa posterior deje sin efecto lo reconocido por aquélla. El hecho de que lo solicitado y reconocido por silencio exceda de lo previsto legalmente es lo que puede constituir causa para que el FOGASA pueda proceder a la revisión de oficio de conformidad con la normativa aplicable (artículo 146. LRJS).Reitera y completa doctrina STS de 16 de marzo de 2015 (Rec. 802/2014).

La STC 52/2014, de 10 de abril, confirma que en la norma legal que se aplica el juego del silencio no está en conexión directa con la legitimidad de la solicitud del interesado, sino que aparece como la consecuencia directa del incumplimiento de la obligación legal de la Administración pública de resolver expresamente dentro del plazo máximo fijado a tal fin.

Esa misma regulación se contiene en la actualidad en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en cuyo artículo 24

Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado y en el que se señala que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario; añadiendo que la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, mientras que la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. **En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.**

Añade el precepto que los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido. Este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver.

Esta doctrina no significa que la Sala entienda que, como regla general, pueden obtenerse prestaciones del FOGASA superiores o no previstas en el normativa vigente en cada momento. Antes al contrario: resulta evidente el carácter imperativo del artículo 33 ET. Ocurre, sin embargo, que el citado organismo está obligado a resolver en el plazo previsto en su propia norma de funcionamiento (Real Decreto 505/1985). Si no lo hace, es la propia ley (LRJPAC) la que establece que la solicitud del interesado ha sido estimada por silencio administrativo –resolución tácita equiparada legalmente a resolución expresa- y es la propia ley la que prevé que, posteriormente, tal resolución presunta no puede dejarse sin efecto por la propia Administración al establecer que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo".

Con ello no queremos decir que el derecho así reconocido no pueda, posteriormente, ser dejado sin efecto; pero, para ello, la propia ley ha previsto que tal operación únicamente puede efectuarse a través de los procedimientos revisorios previstos en las normas legales. El FOGASA, con fundamento en el entonces vigente artículo 62.1.f) LRJPAC (en la actualidad: artículo 47.1 f) LPAC): «serán nulos de pleno derecho:... los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», podrá iniciar el correspondiente procedimiento de revisión del acto presunto a través, en este caso, del artículo 146 LRJS en el que, además de las medidas cautelares que estime oportuno, deberá solicitar la nulidad del referido acto presunto.

3.14.3.2 S. 20 abril 2017 (rcud. n.º 669/2016)

Esta segunda sentencia reproduce los argumentos de la anterior.

3.14.3 Votos particulares

Las dos citadas sentencias contienen sendos votos particulares -de idéntico contenido-, suscritos por cuatro Magistrados, en los que se expresa la discrepancia de los firmantes en relación con el criterio de la mayoría respecto al alcance del silencio administrativo en materia de prestaciones del Fogasa.

Es necesario precisar que, en orden a la aplicación de la figura del silencio positivo en aquellos supuestos en que el Fogasa supera el plazo de tres meses que tiene fijado legalmente para contestar a las solicitudes de las prestaciones de garantía, existe unanimidad en la Sala Cuarta, la discrepancia surge en lo relativo al alcance del mencionado silencio positivo.

La fundamentación de los referidos votos particulares se basa en los criterios siguientes:

- 1. El silencio administrativo como técnica de garantía.*

2. Aplicabilidad del silencio positivo al FOGASA.

En su actuación ha de regirse por las normas propias del procedimiento administrativo común [a la fecha de autos, LRJPAC], con las particularidades establecidas en los arts. 20 a 29 RD 505/1985, y entre ellas la de que el plazo máximo para resolver «será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud».

No existe norma alguna que establezca la eficacia negativa del silencio en la reclamación de prestaciones del FOGASA, pues respecto de ello nada se indica en el art. 33 ET, ni en la Directiva 2008/94/CE [22/Octubre], sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Es más, entre las 181 excepciones procedimentales que a la regla general del silencio positivo [art. 43 LRJPAC; art. 24 LPAC] específicamente se refieren en la DA 29 de la Ley 14/2000 [29/Diciembre], tampoco se incluye el supuesto de que tratamos.

Innegable proximidad de las prestaciones de garantía del Fogasa con las prestaciones de Seguridad Social de que trata el art. 129.3 LGSS/2015 y para las que establece la regla opuesta del silencio negativo [«...sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo»], en tanto que el servicio que uno [FGS] y otras [Entidades Gestoras] tiene naturaleza prestacional, gestionan fondos de origen privado y procedentes de cotizaciones, y su aportación por las empresas se lleva a cabo por la TGSS y a través de los trámites ordinarios de cotización, conjuntamente con las cuotas por contingencias de Seguridad Social y conforme a las mismas bases que las contingencias profesionales y desempleo [art. 12 RD 505/1985], por lo que si bien es innegable que se trata de cotizaciones diferenciables y que las prestaciones de garantía salarial no son propiamente prestaciones a la Seguridad Social, pareciendo más bien que su recaudación conjunta obedezca a la utilización instrumental del aparato de aquella Entidad Gestora, lo cierto es que esa común naturaleza privada –originaria– de los fondos gestionados y el carácter –también compartido– de que ambas prestaciones estén legalmente tasadas, son datos que invitan a la matización en la operatividad del silencio positivo – innegable, repetimos– en el caso del FOGASA.

3. La singular naturaleza jurídica del Fogasa

Tampoco cabe olvidar que con independencia de su innegable cualidad de Administración institucional en tanto que Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social [art. 43 LOFAGE], el FOGASA tiene –aparte de ese carácter administrativo– la peculiar naturaleza jurídica que deriva de ser un fiador «ex lege» al que hemos definido como peculiar ente asegurador –público– que se nutre de determinadas cuotas de los empresarios y que, a cambio, asume –dentro de ciertos límites cuantitativos predeterminados por la ley– el riesgo del pago a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que no pudieron hacerse efectivas por el empleador por su carencia patrimonial (así, SSTS 22/04/02 – rec. 1545/01–; 22/10/02 –rec. 132/02–; y 29/06/15 –rcud 2082/14–).

4. La pluralidad de intereses en juego.

De otra parte, **la resolución administrativa que en forma presunta –silencio positivo– resuelve las prestaciones de garantía no sólo afecta a los intereses del concreto trabajador solicitante, sino que interesa también de lleno a los del empleador [art. 33.4 ET: «... el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores...»], a los restantes acreedores [art. 33.4 ET: «...conservando el carácter de créditos privilegiados...»], al colectivo de empresarios [art. 33.5 ET: «... se financiará con las aportaciones efectuadas por todos los empresarios...»], e incluso –siquiera de manera indirecta y por las afecciones ya referidas– a los demás trabajadores.** Por lo que la notoria limitación de medios personales que afecta al FGS y la no menos evidente profusión de reclamaciones –por insolvencia empresarial– en situaciones de crisis económica como la presente, pueden generar –realmente están generando– indeseables retrasos, que por la vía del silencio positivo –sin matización aplicativa alguna– han de incidir *negativamente no sólo en la situación financiera –escasamente boyante– del FOGASA, sino también* –por consecuencia de ello– en los intereses de todos los afectados a que antes nos hemos referido.

5. Singular operatividad del silencio respecto del FOGASA.

Las precedentes indicaciones en orden a la naturaleza jurídica del FOGASA, a la existencia de diversos interesados, a su peculiar financiación por las empresas y a que por ello gestiona fondos de origen privado, a la cuantificación legal de sus prestaciones y a la expresa exigencia legal del traslado de la solicitud a los interesados, mi conclusión es la de que *la aplicación de la técnica del silencio positivo, por fuerza ha de ser muy matizada. En concreto:*

a).– **Nunca puede operar el silencio positivo si en la tramitación del procedimiento, iniciado por exclusiva solicitud del trabajador, no se ha dado traslado de ella a la empresa u órgano del concurso.**

b).– Aunque el silencio se configura –no cabe duda– como un verdadero acto administrativo y a la par declarativo de derechos para el beneficiario, esta última cualidad **únicamente puede predicarse respecto de los presupuestos del derecho en sí mismo considerado [existencia de la relación laboral; idoneidad del procedimiento; habilidad del título ejecutivo; dimensión de la plantilla; etc], pero no del concreto alcance que en la expresa solicitud pretenda darse a la prestación, en tanto que la misma está legalmente cuantificada y por lo tanto la concreta reclamación ha de ajustarse a tales límites.**

En línea con esta última afirmación he de resaltar que, como ya pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 y recuerda constantemente la jurisprudencia contencioso-administrativa [SSTS III^a 05/06/06 –rec. 1483/01–; 28/02/07 –rec. 302/04–; 16/09/08 –rec. 10078/04; 02/02/12 –rec. 4232/09–; y 22/07/14 –rec. 354/13–], **la garantía que el silencio supone «cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista».** Y no puede decirse, entiendo, que **exista derecho alguno a las prestaciones que resulten formalmente –ya en la solicitud– superiores a las legalmente cuantificadas;** es más, la naturaleza prestacional de la garantía y su expresa cuantificación legal, a mi juicio apuntan claramente –máxime si se atiende a la protección de los terceros afectados– a la posibilidad de que el FOGASA resuelva la ejecución del acto declarativo presunto, respetando el derecho pero concretando su contenido en los términos legales; concreción que –en su caso– igualmente ha de hacer el Juzgado de lo Social tras demanda interpuesta frente a la inactividad ejecutoria del FOGASA.

c).– Finalmente, **frente al silencio positivo en ocasiones también han de resultar aplicables los principios generales del Derecho y más en concreto la proscripción del fraude de Ley [art. 6.4 CC],** claramente apreciable en supuestos como –por ejemplo– los de reiteración de reclamaciones una vez agotadas las cuantías legalmente previstas, cual ha tenido lugar en el presente procedimiento, siendo así que la sentencia recurrida aplica –de forma indebidamente mecánica, a mi juicio– la técnica del silencio positivo a una quinta reclamación salarial efectuada por el mismo trabajador, cuando ya la cuarta había sido expresamente rechazada por «por haber percibido ya 150 días de salario en los expedientes anteriores».

3.14.4 Razones jurídicas para disentir del criterio mayoritario expresado en las dos citadas sentencias de la Sala IV del TS.

1ª Congruencia de la resolución con las peticiones formuladas por el solicitante.

2ª Vinculación de los órganos jurisdiccionales por el principio de legalidad, que impiden otorgar tutelas infundadas, por lo que no se puede reconocer el derecho a percibir cantidades que superen los máximos que para las prestaciones de garantía del Fogasa tiene establecido el artículo 33.1 y 2 ET.

3ª El solicitante no pide que se le abonen las cantidades que en concepto de salarios o de indemnización por extinción del contrato se le reconocen en conciliación judicial, sentencia, auto o resolución administrativo, sino que la solicitud se interesa en un impreso normalizado, denominado "Solicitud de prestaciones al Fondo de Garantía Salarial", sin que en dicho impreso se concrete cantidad alguna que se pretenda percibir.

4ª Reconocer las prestaciones de garantía del Fogasa, en aplicación de la figura del silencio positivo, sin respetar las cuantías máximas previstas en el artículo 33.1 y 2 ET, supone hacer de mejor condición a quienes dicho Organismo autónomo paga por dicho silencio respecto a quienes paga por resolución expresa, discriminación que carece de amparo legal alguno.