

LA RELACION LABORAL EN LOS CONCURSOS DE ACREEDORES

TRABAJO FIN DE MASTER

**AUTOR: MARTA LOPEZ SERRANO
DIRECTOR: JULIAN GONZALEZ PASCUAL**

LA RELACION LABORAL EN LOS CONCURSOS DE ACREEDORES

RESUMEN

La peculiaridad financiera de una empresa en concurso de acreedores es su insolvencia, delimitado como presupuesto objetivo del mismo dentro de la Ley concursal, que se identifica con la incapacidad del concursado para hacer frente a los vencimientos de sus deudas. Entre las deudas impagadas figuran en un lugar destacado las de los salarios de trabajadores, que se convierten de esta forma en parte interesada en el desarrollo del concurso.

En este trabajo hemos querido abordar un aspecto especialmente sensible en los procesos concursales como es la problemática de la relación contractual de los trabajadores con la empresa concursada.

INDICE

1. Introducción
2. Antecedentes
3. Muestra y oportunidad.
4. La relación laboral en sede concursal.
 - 4.1. Jurisdicción competente, juez de lo social o juez del concurso
 - 4.2. Casos de extinción contemplados
 - 4.2.1. La acción de extinción del contrato por voluntad del trabajador por incumplimiento por parte del empresario
 - 4.2.1.1. Atendiendo a la Ley 22/2003, de 9 de julio.
 - 4.2.1.2. Atendiendo a la Ley 38/2011, de 10 de octubre.
 - 4.2.2. El expediente de regulación de empleo extintivo
 - 4.2.3. Extinción de contratos de alta dirección.
 - 4.3. Los créditos laborales y su consideración en el concurso de acreedores
 - 4.3.1. Créditos contra la masa
 - 4.3.2. Créditos concursales
5. El FOGASA y los concursos de acreedores
 - 5.1. El FOGASA
 - 5.2. Ámbito objetivo del FOGASA
 - 5.3. Ámbito subjetivo del FOGASA.
 - 5.3.1. Contingencias protegidas
 - 5.3.2. El objeto de la protección
 - 5.4. La intervención del FOGASA en el procedimiento concursal.
 - 5.5. Procedimiento para el abono de las prestaciones por parte del FOGASA.
 - 5.6. Datos prácticos
 - 5.7. La regulación de un futuro fondo de capitalización
6. Análisis empírico
 - 6.1 Evolución.
 - 6.2. Análisis segmentado:
 - 6.2.1 Concurso de acreedores
 - 6.2.2 Prestaciones del FOGASA
 - 6.3 Análisis por Comunidades Autónomas.
 - 6.3.1 Concurso de acreedores
 - 6.3.2 Prestaciones del FOGASA
7. Conclusiones

1. INTRODUCCION

Con la finalidad de otorgar un mejor tratamiento a las crisis empresariales que permitan una mayor satisfacción de acreedores, se aprueba la reforma concursal con dos normas fundamentales, la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio¹, y la Ley Orgánica 8/2003², para la reforma concursal, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, creando los Juzgados de lo mercantil como órgano judicial especializado para el conocimiento del concurso y de otras materias jurídico-privadas, atribuyéndoles el conocimiento de materias que hasta ahora eran competencia de la autoridad laboral y de los jueces de lo social. Esta vocación de universalidad del proceso concursal ha llevado a que se considere más conveniente que sea el Juez del concurso quien conozca y decida los expedientes de regulación de empleo tras la declaración del concurso, en vez de que lo haga la autoridad laboral, que es lo que venía sucediendo hasta ahora en los procesos de quiebra o suspensión de pagos, debiendo atender a tal efecto al artículo 86.ter.1.2º de la Ley de ordenamiento del poder judicial (en adelante LOPJ). En este sentido, el artículo 8.2 de la Ley Concursal determina las materias sociales en las que el juez de lo mercantil tiene competencia con carácter exclusivo y excluyente. Ello no se plantea por parte del legislador como una ruptura con la legislación laboral, por cuanto en el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberá tenerse en cuenta los principios inspiradores de la normativa estatutaria y del proceso laboral, como se recoge en el artículo 8.2 de la ley Concursal.

No obstante esta competencia jurisdiccional, en segunda instancia, el conocimiento y enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción social, al preverse que la decisión de los Jueces de lo mercantil en esta materia será recurrible en suplicación ante los órganos jurisdiccionales del orden social, artículo 64.8 de la Ley Concursal.

Se plantea por ello en la primera instancia una serie de situaciones que pueden hacer que nos cuestionemos quien es el órgano competente para resolver determinadas acciones, si el Juez de lo Social o el Juez mercantil, que tratan de resolverse en el presente trabajo.

Otro punto que es importante recordar es que la declaración del concurso no debe impedir la continuidad de la actividad empresarial en los términos que se venían desarrollando hasta ahora, artículo 44 de la ley Concursal. En este sentido, lo que se ha de buscar es anticipar el concurso a un momento en que todavía sea posible tomar medidas preventivas para evitar la destrucción de las relaciones laborales. Pese a ello, la realidad de aplicación de la Ley concursal ha demostrado que, en la inmensa mayoría de los casos, concurso y expediente de regulación de empleo van unidos, y que incluso en muchos casos la petición de expediente de regulación de empleo es simultánea con la de declaración de concurso. Por lo que este trabajo se ha centrado en la rescisión de la relación laboral en los concursos de acreedores.

Pese a que en un primer momento el procedimiento que se pretendía regular para el caso de los expedientes de regulación de empleo colectivos cuando la empresa había sido declarada en concurso de acreedores distaba mucho del regulado en el artículo

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio concursal, publicada en el BOE núm. 164 de 10 de julio de 2003.

² Ley Orgánica 8/2003 para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del poder judicial, publicada en el BOE núm. 164 de 10 de julio de 2003.

51 del estatuto de los trabajadores³ (en adelante ET) para los casos en que dicho expediente de regulación de empleo extintivo lo era sin que la empresa hubiese entrado en concurso, se fue modificando su redacción hasta conseguir que el esquema básico del expediente de regulación de empleo regulado en el artículo 64 de la ley Concursal tuviese un esquema básico muy parecido al entonces regulado en el artículo 51 ET, destacándose como principales diferencias las siguientes:

1º.- La legitimación activa corresponde en el caso de concurso también a los representantes de los trabajadores en todo caso, mientras que en el régimen del ET sólo pueden solicitarla en un caso muy específico (ver artículo 51.9 ET).

2º.- En el caso de concurso no se recaba informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 51.3.2. ET).

3º.- El período de consultas se entabla, en caso de concurso, entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, sin intervención alguna del concursado, que es en cambio la contraparte de los representantes en el régimen ordinario.

4º.- El expediente se resuelve en el concurso por el Juez del concurso, mientras que en el régimen general resuelve la autoridad laboral, salvo que se haya llegado a un acuerdo que ésta considere logrado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, supuesto en el cual lo remite a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad (artículo 51.5.2 ET).

Los párrafos segundo y tercero del apartado 6 del artículo 64 de la Ley Concursal fueron objeto de modificación por el artículo 17.12 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre⁴ que entró en vigor el 4 de mayo de 2010. Por otro lado, el artículo 51 ET fue objeto de reforma por el RD Ley 10/2010, de 16 de junio⁵, por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre⁶ y por el real Decreto-Ley 3/ 2012, de 10 de febrero⁷ si bien esta última es una reforma que no vamos a abordar ahora, ya que el presente trabajo se centra en el expediente de regulación de empleo cuando se ha declarado el concurso. La Ley 38/2011, de 10 de octubre⁸ de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal introduce una serie de reformas en materia concursal que se irán desarrollando en cada apartado en relación con lo que aquí nos atañe.

Finalmente, y debido a la multitud de ocasiones en la vida real en la que el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) ha de anticipar el pago de los créditos salariales e indemnizatorios a los trabajadores, hemos querido analizar el papel de este organismo público en los concursos de acreedores, su concepto, origen, financiación, sujetos a los que protege y los que quedan excluidos de su ámbito de protección, las contingencias protegidas por el FOGASA y la responsabilidad

³ 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, publicado en el BOE núm. 75 de 29 de marzo de 1995.

⁴ Ley 13/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, publicada en el BOE núm. 266 de 4 de noviembre de 2009.

⁵ Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, publicado en el BOE núm. 147 de 17 de junio de 2010.

⁶ Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, publicada en el BOE núm. 227 de 18 de septiembre de 2010.

⁷ Real Decreto Ley 3/ 2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, publicado en el BOE núm. 36 de 10 de febrero de 2010.

⁸ Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal, publicada en el BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2010.

subsidiaria y directa del FOGASA en los créditos salariales e indemnizatorios de los trabajadores.

2.- ANTECEDENTES

La relación laboral y los concursos de acreedores es un tema que viene preocupando desde antes de la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal, la cual marca un antes y un después en derecho concursal laboral, ya que a raíz de la publicación de esta Ley se regula en la Ley concursal las relaciones laborales cuando el empresario entra en concurso, procurándose la continuidad de la actividad profesional o empresarial y la conservación de la vigencia de los contratos de trabajo, concediéndose una especial protección a los créditos salariales. Así, antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2003 Concursal el tema fue abordado por autores como Luis Gil Suarez (1983), Pedro José Vela Torres (1992) y Fernando Manrique López (1995). David Lantaron Barquin (1994), analiza el privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Después de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, se han continuado desarrollando trabajos que abordan el tema de las relaciones laborales y los concursos por autores como Bartolomé Ríos Salmerón (2003) estudiando los privilegios de los créditos laborales en situaciones concursales, Ricardo Laborda Ferrer (2010) que se centra en los aspectos laborales del concurso de acreedores con especial referencia a la extinción colectiva de los contratos de trabajo, Ignacio García-Perrote Escartín (2003), que analiza los aspectos laborales de la nueva Ley Concursal, Bartolomé Ríos Salmerón y Sempere Navarro (2004), que se centran en la Ley concursal y los aspectos sociales, Manuel de la Rocha (2004) estudia el régimen de los créditos laborales en la nueva Ley Concursal, Ana Matorral Díaz-Caneja (2004), que analiza la incidencia de la reforma concursal en el ámbito laboral, Fernando Elorza Guerrero (2006) estudia los efectos de la reforma concursal sobre la protección de los créditos laborales de los trabajadores, Edorta Herrera Cuevas (2008), Francisco Javier Arrieta Idiakez (2010), Nuria Orellana Cano (2011) y Antonio Hermida Tapia (2011) que también se centran en los aspectos laborales del concurso. Bartolomé Ríos Salmerón (2004) y Alfredo Montoya Melgar (2012) analizaron la relación entre el procedimiento concursal y los contratos de trabajo.

La entrada en vigor de dicha Ley 22/2003, Concursal, también llevo a que se tuviesen que analizar cuestiones de competencia jurisdiccional al crearse situaciones poco claras con la nueva Ley. Lo cual fue estudiado por autores como María Fernanda Fernandez López (2004) y María Luisa Molero Marañón (2006) que entran a valorar la delimitación de las competencias entre el Juez de lo mercantil y el juez de lo laboral en el seno de los procedimientos concursales tras la Ley 22/2003, Concursal. Y por Roberto Fernández Fernández (2006) que estudia la relación entre la extinción del contrato por el artículo 50.1 b) ET en relación con el concurso.

Finalmente, dentro de las relaciones laborales en el concurso, numerosos autores han estimado oportuno centrarse en el análisis de la relación entre el personal de alta dirección y los concursos, al ser un tema específico que ha llevado a grandes problemas de interpretación. Así Jose María Viguera Rubio (2004) analiza los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección, Antonio Costa Reyes (2005) aborda el tratamiento concursal del personal de alta dirección, Edorta Herrera Cuevas (2005) que estudia las medidas del nuevo Derecho Laboral concursal sobre el personal de alta dirección, Raimon Casanellas Bassols (2006), analiza la actuación de la administración concursal ante el personal de alta

dirección, Juan Antonio Altes Tárrega (2010) valora las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso.

El Fondo de Garantía Salarial también ha sido estudiado en cuantiosas ocasiones, no sólo desde la perspectiva general de su finalidad, concepto y estructura, por autores como Manuel Teba Pinto (1993), Santiago Romero del Bustillo (1993 y 1994), Faustino Cavas Martínez (2000), Bartolomé Ríos Salmerón (2002), Antonio Tapia Hermida (2007) y Remedios Ramón Danglada (2008). Sino también desde la perspectiva del ámbito personal de protección del FOGASA, tema abordado por Emelina Santana Paez (1993), Jose Folguera Crespo (1992), Germán Barreiro González (1992), Odón Marzal Martínez y Jaime Lluís y Navas (1992), Carlos Fernandez Liesa y Miguel Rodríguez-Piñero Royo (1993) Carlos Molero Manglano (1997). Y desde la perspectiva de las prestaciones cubiertas por el FOGASA, que han sido analizadas en numerosas ocasiones por autores como Santiago Romero Bustillo (1993), Jose Joaquin Jiménez Sánchez y Jose Manuel Malpartida Gil (1996) y Bartolomé Ríos Salmerón (2002). Maria Luz García Paredes (2007) analiza la responsabilidad del FOGASA en caso de insolvencia (2007), Cristóbal Molina Navarrete (1997) el abono por parte del FOGASA de las indemnizaciones por despido objetivo por causas económicas en las empresas pequeñas, Remedios Roqueta Buj (1998) las indemnizaciones por despido disciplinario, Daniel Martínez Fons (1998) la cobertura por parte del FOGASA de las prestaciones derivadas de la ejecución de sentencia de despido contra sociedades colectivas, Maria Antonia Castro Argüelles y Joaquin García Murcia (2000), estudian el abono por el FOGASA de las indemnizaciones por despido objetivo, Jesús Gonzalez Velasco y Paz Vives Usano (2008) las indemnizaciones por fuerza mayor a cargo del FOGASA, Jose María Miranda Boto (2010) la validez de las indemnizaciones reconocidas por la jurisdicción social en el marco de un concurso, Daniel Martínez Fons (2010) las prestaciones a cargo del FOGASA en caso de resolución contractual por incumplimiento empresarial de la obligación de pago de salario para el caso de las empresas declaradas en concurso, Francisco Javier Rojas Aragón y Felipe José Cegarra Cervantes (2011) estudian el abono parcial de indemnizaciones por el FOGASA tras la instrucción de 3 de junio de 2011, Juan José Fernández Domínguez (2011) analiza el pago de las indemnizaciones debidas por expedientes de regulación de empleo cuando la persona está en excedencia mixta, Maria Luz García Paredes (2010) analiza la responsabilidad del FOGASA en caso de conciliación judicial con cantidades globales. La posición del FOGASA en el proceso laboral ha sido analizado por Jesús Cruz Villalón (1993) y por Joaquin García Murcia (1995) y en las ejecuciones laborales por Manuel Ramos Torres (1997). La cuestión del título necesario para poder reclamar al FOGASA el pago de las prestaciones lo abordan autores como Francisco Javier Calvo Durán y Juan José Docampodarriba (1994). Por último, la relación entre la insolvencia concursal y el Fondo de Garantía Salarial ha sido tratada por Remedios Roqueta Buj (2010).

3.- MUESTRA Y OPORTUNIDAD

El presente estudio se ha centrado en la relación laboral en los concursos de acreedores, como su propio título indica, ya que con la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal, se introduce por primera vez un derecho concursal laboral, atendiendo su regulación a la protección de las relaciones laborales cuando el empresario entra en concurso, procurando la continuidad de la actividad profesional o empresarial y la conservación de la vigencia de los contratos de trabajo. Estableciéndose con el concurso una unidad de procedimiento. Y eliminándose la gran atomización legislativa existente hasta aquel momento, que concedida una gran cantidad de privilegios regulados en el ordenamiento jurídico privado y que ahora se desaparecen, concediendo una especial protección a los créditos salariales.

A ello se une el hecho de que desde el año 2008 España, haya entrado en una profunda crisis económica, habiendo registrado una contracción del 0,3% en el tercer trimestre de 2008 y habiendo entrado en recesión en el cuarto trimestre del 2008, tras caer un 1,1%. Crisis que se va acrecentando cada día y que pervive hasta nuestros tiempos. Lo cual ha llevado a un fuerte crecimiento del desempleo y a una destrucción masiva de empresas. Lo que dio lugar a que durante el año 2008 un gran número de empresas presentasen expedientes de regulación de empleo (EREs), pudiendo destacar, entre otras, a Bridgestone (2.463 empleos), Burberry (250 empleados), Delphi (800 empleados), Iveco (1.000 empleos), Marina d'Or (214), Nissan (1.500 empleados), Ono (1.300 empleos), Opel, Pirelli (460 empleados), Porcelanas Lladró y Arte y Porcelanas (275 empleados), Renault, Roca (1.900 empleados), Ryanair (800 empleos), Seat, Sony España (275 empleados), Torras Papel (500empleados) TSystems Iberia (550 empleados) y Telefónica Móviles (700 empleos). Siendo el sector de la construcción uno de los más perjudicados por la crisis debido al fin del «boom» inmobiliario y a la posterior caída de las ventas, presentándose en el año 2008 suspensión de pagos por numerosas empresa constructoras entre las que cabe destacar Martinsa-Fadesa con un pasivo de 4.000 millones de euros, la cual fue la mayor suspensión de pagos de la historia de España. También presentaron suspensiones de pagos en ese año constructoras como Hábitat (2.300 millones), SEOP, Grupo Contsa y San José entre otras.

Dicha crisis, que perdura en el año 2012, y que ha ido en aumento durante el período estudiado, que comprende del 2008 al 2011, habiéndose observado un crecimiento en el número de expedientes de regulación de empleo y de concursos, que afecta a gran número de empresas y trabajadores y que se ha ido extendiendo a todos los sectores de actividad, ha demandando un fuerte gasto en prestaciones por parte del Fondo de Garantía Salarial (que cubre salarios e indemnizaciones de los trabajadores), excediéndose el FOGASA desde el año 2009 de las partidas presupuestarias que se le habían asignado en los Presupuestos Generales del Estado, y teniendo que ser aprobadas cada año por el Consejo de ministros partidas presupuestarias extras, unas veces con cargo a su propia tesorería, pero otras con cargo a fondos de la Tesorería General de la Seguridad Social. Lo cual ha sido el factor determinante para que se haya visto la necesidad de introducir importantes reformas legislativas en los últimos años y para que se estudie un nuevo sistema de financiación del Fondo de Garantía Salarial, proponiéndose la creación de un futuro fondo de capitalización (lo cual exige una provisión de dinero que en la actualidad no parece que se pueda alcanzar) y habiéndose incluso hablado en la última reforma laboral de que el gobierno se está planteando aumentar la aportación al FOGASA al 0,6% (lo cual resulta incoherente con las medidas adoptadas por las Leyes de Reforma Laboral aprobadas recientemente para desahogar a las empresas, entre las que podemos destacar La Ley 35/2010, de 17 de septiembre de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado laboral, que encontrándose una tasa de paro próxima al 20% con una destrucción en los dos últimos años de 2 millones de puestos de trabajo, trata de modificar el modelo de mercado laboral. La ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social; La Ley 36/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, motivada por la gran crisis económica que atraviesa España, al describirse en la última encuesta de población activa una tasa de paro del 22,85% en el cuarto trimestre del 2011 y que pretende una reforma del modelo de mercado. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que al observarse un nuevo receso en la economía española y una gran destrucción de empleo en el cuarto trimestre del año 2011, debido a la influencia en España del deterioro de la zona euro, hace que, tras la reunión del ECOFIN del 10 de julio de 2011, se exija a España una reducción del déficit público al 6,3% del PIB en el año 2012, al 4,5% en el 2013 y al 2,8% en el

2014, se adopten nuevas medidas estructurales que influyen, entre otras cuestiones, en las prestaciones del fondo de garantía salarial.). Esta gran crisis económica también ha llevado a que la Ley Concursal 22/2003, pese a ser un gran hito en nuestro derecho de insolvencia, haya demandado reformas que hagan que las empresas puedan solucionar sus crisis económicas de una manera más fácil y barata, introduciendo reformas con el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre y con la Ley 38/2011 simplificando el procedimiento, permitiendo los institutos preconcursales, los acuerdos de financiación, la anticipación de la liquidación y la creación de un Registro Concursal que de mayor transparencia a los concursos, entre otras medidas. Por lo que nos encontramos ante un tema de gran importancia en la actualidad debido a la gran crisis económica y a la constante destrucción de empleo en la que estamos inmersos, siendo constante la declaración de las empresas en concurso o en insolvencia y las reclamaciones de prestaciones al FOGASA en tales casos.

Por ello el horizonte temporal que vamos a estudiar abarca desde el año 2005 hasta el 2011. Y las variables a analizar serán los concursos de acreedores, diferenciando entre concursos, deudores concursados y empresas en concursos, tratando de establecer el sector de actividad más afectado y las comunidades autónomas en las que hay más empresas en concurso. Respecto a las prestaciones del FOGASA, se estudiarán atendiendo al número global de prestaciones, de expedientes, de empresas y de trabajadores para ver su evolución durante los años 2005 a 2011. Se valorarán las prestaciones abonadas por el FOGASA distinguiendo entre las que se abonan en concepto de salarios y las que se abonan en concepto de indemnización; Las partidas extras de gastos que se han generado al FOGASA; las prestaciones del FOGASA por tipo de solicitud (ejecuciones laborales, procedimientos concursales e indemnizaciones de responsabilidad directa); la prestación del Fogasa atendiendo al sector de actividad (que puede ser sector agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca, sector industria extractiva, sector suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado, sector suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación, sector construcción, sector comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos de motor y motocicletas, transporte y almacenamiento, sector hostelería, sector información y comunicaciones, sector actividades financieras y de seguros, sector actividades inmobiliarias, sector actividades profesionales, científicas y técnicas, sector actividades administrativas y servicios auxiliares, sector administración pública y defensa, seguridad social obligatoria, sector actividades sanitarias y de servicios sociales, sector actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento, sector otros servicios, sector sin actividad definida). Y finalmente se ha valorado la evolución de las prestaciones del fogasa atendiendo a las CCAA más afectadas.

Los datos manejados en este estudio se han recogido del Instituto Nacional de Estadística y de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial. Y a partir de los mismos se han realizado una serie de gráficas ilustrativas sobre los aspectos que hemos considerado más importante destacar atendiendo a las variables anteriormente expuestas.

4. LA RELACION LABORAL EN SEDE CONCURSAL

4.1. JURISDICCION COMPETENTE, JUEZ DE LO SOCIAL O JUEZ DEL CONCURSO.

En el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral⁹ (en adelante LPL), y dicha redacción se mantiene en el artículo 2a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre de Reforma de la Jurisdicción social¹⁰, se establece que la Jurisdicción social tiene atribuido el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresario y trabajadores. Si bien, tras la reforma concursal del 2003, y la creación a partir del año 2004 de los Juzgados de lo mercantil, artículo 86 ter LOPJ, se atribuye parte de las materias de las que antes conocía el Juez de lo Social, al Juez del Concurso. Así, en el artículo 8.2 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, se atribuye al Juez de lo mercantil la competencia para conocer de manera exclusiva y excluyente de “las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción del contrato de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores.” Esto lleva a prohibir la admisión a trámite de las demandas interpuestas ante otros Juzgados del orden civil y del orden social de las que deba conocer el Juez del concurso tras la declaración de éste y obliga a acumular ex officio a este procedimiento todas las ejecuciones pendientes existentes contra el deudor, artículos 50 y ss. de la Ley Concursal. Si bien a esto hay que añadir que el artículo 55.1.2º de la Ley Concursal establece que no se detienen las ejecuciones laborales en las que, antes de dicha fecha, ya se hubieran embargado bienes del concursado, siempre que estos no resulten necesarios para continuar la actividad profesional o empresarial del deudor. Lo que si se previó es la necesidad de que los Jueces o Tribunales de los órdenes contencioso-administrativos, social y penal, ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración de concurso, acciones que puedan tener transcendencia para el patrimonio del deudor, procedan a emplazar a la administración concursal y la tengan como parte en estos procesos de defensa de la masa.

Y en el artículo 9 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio se reconoce al Juez del concurso la competencia para conocer de las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. Se establece como condición para que el Juez del concurso pueda conocer de estas cuestiones prejudiciales sociales, que las mismas estén directamente relacionadas con el concurso, y su resolución ha de resultar necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.

Esta delimitación del ámbito competencial del Juez mercantil, ha de completarse con lo establecido en el artículo 64.1 y 10 de la Ley Concursal 22/2003. Así, en el artículo 64.1 se establece que “los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el Juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo”.

⁹ Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. BOE núm. 86 de 11 de abril,

¹⁰ Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, publicada en el BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011.

La modificación operada por la ley 38/2011, de 10 de octubre, entra a regular el supuesto de tramitación pendiente de un expediente de regulación de empleo en el momento de la declaración concursal. En estos casos la autoridad laboral remitirá lo actuado al Juez del Concurso, citando el secretario judicial a la administración concursal, al deudor y a los representantes de los trabajadores a una comparecencia, con objeto de exponer y justificar la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas en sede concursal, conservando su validez las actuaciones practicadas en el expediente anterior. Si ya hubiera recaído resolución, corresponderá a la administración concursal hacer uso de la correspondiente autorización.

Y en el artículo 64.10 de la Ley Concursal 22/ 2003, de 9 de julio se determina que “las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1 b) ET tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el Juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:

Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.

Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores.

Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores.”

4.2. CASOS DE EXTINCIÓN CONTEMPLADOS

Vamos a ceñirnos a los tres casos de extinción en los que resulta competente el juez de lo mercantil, contemplados en el artículo 8.2 de la Ley Concursal. Para los concursos declarados antes del 1 de enero de 2012 será aplicable la Ley 22/2003, de 9 de julio. Y para los concursos declarados después del 1 de enero de 2012 serán aplicables las reformas introducidas por la Ley 38/2011, 10 de octubre.

4.2.1 La acción de extinción del contrato por voluntad del trabajador por incumplimiento por parte del empresario

4.2.1.1. Atendiendo a la regulación que establecía el artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio Ley concursal (para los concurso de acreedores declarados antes del 1 de enero de 2012).

El artículo 49.1.j ET reconoce al trabajador la posibilidad de solicitar la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario en los supuestos contemplados en el artículo 50 ET. “*Serán justas causas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:*

Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad.

La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.

Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.”

Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo y que redunden en menoscabo de su dignidad.

La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.

Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.”

A) Cuando la empresa no ha sido declarada en concurso:

Cuando la empresa no hay sido declarada en concurso, si un trabajador ejerce cualquier acción resolutoria prevista en el artículo 50.1 ET, la jurisdicción competente para conocer esta acción será siempre la social, con independencia de que la misma se haya ejercido con anterioridad o con posterioridad a la solicitud de un expediente de regulación de empleo. Correspondiéndole la indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, establecida en el artículo 56.1 ET, artículo 50.2 ET.

El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero ha modificado los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 56 del Estatuto de los trabajadores, los cuales, puestos en relación con la disposición transitoria 5ª de dicho Real Decreto-Ley establecen que la indemnización a cobrar por los trabadores en estos casos será de 45días de salario por año de servicio hasta el 12 de febrero de 2012, y a partir de dicha fecha la indemnización será de 33 días por año de servicio hasta que se haga efectivo el despido. Y el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

B) Cuando la empresa ha sido declarada en concurso:

Cuando la empresa haya sido declarada en concurso, para determinar que jurisdicción es competente para conocer una acción resolutoria del artículo 50.1 ET ejercitada por el trabajador, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

1.- Si la causa que se alega por parte del trabajador es la del artículo 50.1 a) o c) ET, será siempre competente la jurisdicción social, correspondiéndole la indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades.

2.- Si la causa que se alega por parte del trabajador es la del artículo 50.1 b) ET, habrá que diferenciar:

* Si el número de trabajadores que ejercitan la acción de extinción no alcanza los umbrales del artículo 64.10 de la Ley Concursal, la jurisdicción competente será la jurisdicción social, teniendo derecho a una indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades.

* Si el número de trabajadores que ejercitan la acción de extinción del artículo 50.1 b) ET alcanzan los umbrales numéricos del artículo 64.10 LC, la jurisdicción competente es la jurisdicción concursal.

Sin embargo se plantean ciertas dudas interpretativas sobre cual puede ser la jurisdicción competente en determinados supuestos que se detallan a continuación en

que el número de trabajadores que ejercitan la acción de extinción del artículo 50.1 b) ET excede de los umbrales numéricos del artículo 64.10 LC:

1º.- Si se han ejercitado las acciones individuales antes de la declaración de concurso.

La Sentencia de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007 (RJ 2007, 5506) estima que a efectos de cómputo de los umbrales numéricos si que se tienen que tener en cuenta esas acciones, pero el Juez Social sigue siendo competente en relación con esas acciones individuales.

2º.- Si se han ejercitado estas acciones individuales con posterioridad a la declaración de concurso pero sin que exista un ERE extintivo colectivo:

- Hay posturas, como la Sentencia del Tribunal Supremo para unificación de doctrina del 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1434) que considera que la acción será individual o colectiva según se supere el umbral numérico o no, si es individual el juez competente será el social y la indemnización será de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades. Y si es colectiva el competente será el Juez del concurso siendo la indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

- Y hay posturas, como la STSJ de Galicia de 7 de febrero de 2007 (AS 207, 2695) que declaran que, cuando se supere el umbral numérico del 64.10, aunque se tramiten por el Juez del concurso, los trabajadores tendrán derecho a una indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades.

3º.- Si se han ejercitado estas acciones individuales del artículo 50 b) ET con posterioridad a la declaración del concurso pero habiéndose planteado un ERE no concluido aún al no haber sido todavía resuelto por el Juez del concurso.

- La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de junio de 2008 (JUR 2008, 212072) considera que tiene derecho a una indemnización de 45 días por año de servicio y al abono de salarios de tramitación hasta la fecha de la extinción colectiva.

- Por el contrario la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 25 de octubre de 2005 (AS 2006, 1049) estima que no cabe ya ejercitar la acción individual.

- Y hay una postura ecléctica mantenida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 de septiembre de 2009 (AS 2009, 2671), que ha rechazado la resolución del contrato a instancias del trabajador, tras la presentación de una demanda de extinción contractual en fechas próximas al inicio del ERE extintivo de la totalidad de los contratos, al ser la efectividad de esta extinción anterior a la fecha de juicio del procedimiento extintivo del artículo 50 ET.

4º.- Declarado el concurso, solicitada la extinción colectiva y estimada por el Juez mercantil.

Ya no cabe interponer demandas individuales, ya que la relación laboral ya está extinguida, siendo competente para resolver el Juez del concurso.

5º.- Cabe la posibilidad de que se llegue a un acuerdo entre la administración concursal y los trabajadores en el seno de las resoluciones contractuales de carácter colectivo. En cuyo caso el Juez de lo mercantil deberá tramitar el procedimiento

establecido en el artículo 64 de la Ley Concursal antes de dictar auto aceptando el acuerdo, recabando el informe de la autoridad laboral sobre el acuerdo alcanzado, el cuál deberá ser emitido en el plazo máximo de 15 días. Período durante el cual dicha autoridad podrá oír a la administración concursal o a los representantes de los trabajadores.

4.2.1.2. La acción de extinción del contrato por voluntad del trabajador por incumplimiento por parte del empresario, atendiendo a la regulación que establecía el artículo 64.10 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre Ley concursal.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, modifica el artículo 64.10 LECO, modificando este planteamiento y considerando como extinción de carácter colectivo cualquiera de las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 ET motivadas por la situación económica o la insolvencia del concursado, desde el momento en que se acuerda la iniciación del expediente previsto en dicho precepto legal, para la extinción de los contratos. Es decir, cualquiera que sea la causa del artículo 50 ET será juez competente el Juez del concurso.

Las demandas resolutorias que interpongan los trabajadores durante la tramitación del concurso, desde que se acuerde la iniciación del expediente previsto en el artículo 64.10 Ley Concursal 38/2011, se les atribuirá el carácter colectivo para la extinción de los contratos. Con la nueva regulación queda del siguiente modo:

1º.- Las demandas presentadas y resueltas antes de la declaración de concurso generan sentencias dotadas de cosa juzgada y deberán tenerse en cuenta por la administración concursal para la determinación de la masa pasiva.

2º.- Las demandas presentadas antes de la declaración del concurso y aún no resueltas por sentencia firme en el orden social cuando se declara el concurso deben continuar tramitándose en los Juzgados de lo Social (SSTSJ Social Galicia de 26 de abril y 5 de octubre de 2005 —LA LEY 92245/2005 y 193298/2005—), sin que puedan computarse a los efectos del art. 64.10 LECO.

3º.- Las demandas posteriores a la declaración del concurso, una vez abierto el expediente del art. 64 LECO, se suspenden hasta la firmeza del auto que pone fin a dicho expediente concursal, debiendo comunicarse a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales; y a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión.

4º.- Los procesos sociales iniciados con posterioridad a la declaración de concurso y en los que se ha dictado sentencia por el Juzgado de lo Social, no plantean dificultad.

En los supuestos del artículo 64.10 Ley Concursal, el Juez de lo Social ha de abstenerse de conocer de la demanda, y en su caso ha de declararse la nulidad de lo actuado conforme al artículo 50.1 de la Ley Concursal. Cabrá la declinatoria en manos de la empresa demandada y de la administración concursal en el juicio oral, artículos 141 Ley de la Jurisdicción Social y artículos 61 y ss LEC, así como el requerimiento de inhibición del juez de lo mercantil, artículo 42 LOPJ. La nulidad por fraude del trabajador o de la empresa se puede decretar de oficio por el Juez en aplicación de lo dispuesto en el artículo 238.1º LOPJ cuando cualquier interesado o el Juez de lo Mercantil informe al Juez de lo Social. La declaración de oficio de la nulidad en materia de despidos colectivos y modificaciones sustanciales está prevista en los artículos 122.2 d) y 138.7 in fine de la Ley de Reforma de la Jurisdicción Social 36/2011, de 10 de octubre. Y en caso de que el despido colectivo se decrete sin su cauce legal, el

artículo 124 de la Ley de Reforma de la Jurisdicción Social permite que el Juez de lo Social decrete su nulidad.

Pero como el Juez del concurso carece de la posibilidad de decretar la nulidad de un proceso social, si es una acción ex artículo 50.1 ET que se admite y sustancia frente al empresario concursado y la administración concursal, pese a tener consideración de expediente de despido colectivo, esta acción puede resolverse por el Juez de lo Social y dictar sentencia, y su firmeza vinculará al Juez del concurso, Artículos 87.3 y 53.1 de la Ley Concursal.

En el supuesto de que el Juez de lo Social se abstenga de conocer de la demanda, los trabajadores activarán el expediente del artículo 64 de la Ley Concursal, pudiendo solicitarlo los trabajadores a través de sus representantes legales, o ellos directamente en caso de ausencia de representantes legales o cuando estos no lo promuevan. También lo puede solicitar el empresario.

4.2.2. Expediente de regulación de empleo extintivo.

Debemos diferenciar:

* **Preconcursal**, se regulará por el artículo 51 ET y por el RD 43/1996, de 19 de enero, siendo competente el Juez de lo Social. Dicho artículo 51 ET fue modificado por el RD Ley 10/2010, de 16 de junio y por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, y con posterioridad ha sido modificado por el Real Decreto Ley 3/ 2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Y el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero¹¹, que aprueba el Reglamento de ejecución de expedientes de regulación de empleo, ha sido sustituido por el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio¹², por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

En la Disposición Transitoria 10ª del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, se establece que los expedientes de regulación de empleo para la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, o para la reducción de jornada que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio.

Y los resueltos por la autoridad laboral y con vigencia en su aplicación en la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-Ley se regirán por la normativa vigente cuando se dictó la resolución del expediente.

* **Concursal**, es decir, posterior a la declaración del concurso, para el caso de los concursos declarados con anterioridad al 1 de enero de 2012, el Juez competente será el Juez del concurso, artículo 86 ter LOPJ, artículo 8 LC y artículo 64.1 LC, y se regulará por el artículo 64 de la Ley Concursal. El artículo 64.6, párrafos segundo y tercero de la Ley Concursal 22/ 2003, de 9 de julio, fue modificado por el artículo 17.12 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre que entró en vigor a partir del 4 de mayo de 2010.

¹¹ Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, publicado en el BOE núm. 44 de 20 de febrero de 1996.

¹² Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, publicado en el BOE núm. 141 de 14 de junio de 2011.

En cuanto al procedimiento, tanto en el caso de expediente de regulación de empleo extintivo después de declarado el concurso, como en el caso de extinción del contrato por el artículo 50.1 b) ET cuando sea competente el Juez del concurso, el procedimiento se regulará por el artículo 64 de la Ley Concursal.

La tramitación de los expedientes de regulación de empleo se producirá una vez declarado el concurso, artículo 64.1 de la Ley Concursal en la redacción dada por el RD-Ley 3/2009, y después de que se haya emitido por parte de la administración concursal el informe al que se refiere el Capítulo I del Título IV de esta Ley (artículos 74 y 75 de la Ley Concursal). Lo cual supone una gran dilación en el tiempo que la empresa según sus circunstancias no puede esperar, por lo que en el artículo 64.3 de la Ley Concursal se regula, como excepción, que se pueda presentar en cualquier momento desde la declaración del concurso.

4.2.3. Extinción de contratos de alta dirección.

Tiene su regulación en el artículo 65 de la Ley Concursal. Las relaciones laborales de alta dirección son las definidas como tales en el Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto¹³, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (RDAD). No estando incluidos ni los directivos con relación laboral común, ni tampoco los administradores que mantengan con el deudor una relación mercantil y no laboral de alta dirección.

Es la administración concursal la que acuerda la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección y no el juez del concurso.

Durante la tramitación del concurso se puede solicitar la suspensión o extinción de los contratos de trabajo del personal de alta dirección, a partir de que se haya nombrado la administración concursal y sus miembros hayan aceptado el cargo, y hasta el cese de dichos cargos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 133.2 de la Ley Concursal. La administración concursal podrá suspender el contrato del alto directivo sin que concurra ninguna causa, basta la declaración del concurso, suspendiéndose así el derecho a remuneración y el deber de trabajar.

Habiéndose suspendido el contrato, el alto directivo puede extinguir su contrato de trabajo, según establece el artículo 65.2 de la Ley Concursal. También puede la administración concursal extinguir el contrato suspendido sin alegar causa por el hecho de haberse declarado el concurso en cualquier momento durante la sustanciación del concurso.

La reforma de Ley 38/2011, de 10 de octubre, introduce en el apartado primero del artículo 65 de la Ley Concursal una remisión específica al incidente concursal en materia laboral con sentencia recurrible en suplicación para impugnar ante el Juez del concurso la decisión de la administración concursal de suspensión o extinción de este tipo de contratos.

¹³ Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, publicado en el BOE núm. 192 de 12 de agosto de 1985.

4.3. CREDITOS LABORALES Y SU CONSIDERACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Los créditos laborales pueden formar parte de los créditos contra la masa y de los créditos concursales.

4.3.1. Créditos contra la masa.

Se enumeran en el artículo 84 de la Ley Concursal. Son créditos prededucibles, pagaderos con carácter previo a los créditos contra el deudor, si bien con una suspensión de la ejecución por tiempo máximo de un año. Se pagan enteros y a su respectivo vencimiento, sin someterse a reducción alguna. El posible convenio al que lleguen los acreedores no les afecta, artículo 154 de la Ley Concursal.

A los créditos contra la masa no les es aplicable el régimen de comunicación y reconocimiento general establecido en los artículos 85 y 22 de la Ley Concursal, los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago se unirán “en relación separada” a la lista de acreedores, artículo 95.4 de la Ley Concursal.

Las acciones relativas al pago o calificación de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por el trámite del incidente concursal (con la excepción del 84.2 punto 5).

De los créditos laborales solo son créditos contra la masa los correspondientes a los salarios de los 30 últimos días anteriores a la declaración de concurso, con el límite del doble del salario mínimo interprofesional. Estos créditos contra la masa se ejecutarán siguiendo las reglas del artículo 154.2 de la Ley Concursal. Pierden el privilegio de la ejecución separada del artículo 32.5 ET y la preferencia que tenían sobre las hipotecas y garantías reales que recogía el artículo 32 ET.

4.3.2. Créditos concursales

En el artículo 89 de la Ley Concursal se realiza una clasificación de los créditos concursales, estableciendo:

- 1. Los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados.*
- 2. Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor. No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley.*
- 3. Se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren clasificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados.”*

Créditos salariales con privilegio especial.

Centrándonos en los créditos salariales el artículo 90 de la Ley Concursal establece que son créditos con privilegio especial¹⁴ entre otros: *Los créditos refaccionarios,*

¹⁴ Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su

sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

Los créditos refaccionarios laborales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario. Respecto de ellos no es necesario ningún requisito de oponibilidad a terceros. Se trata por ello de una garantía sin publicidad con la inseguridad que ello conlleva. No se fija un límite cuantitativo.

Créditos salariales con privilegio general.

Los créditos con privilegio general se enumeran en el artículo 91 de la Ley Concursal incluyendo, entre otros y en primer lugar, a *los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso.*

También figuran con privilegio general los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

Respecto a los créditos por trabajo personal no dependiente mencionados como privilegio general, el artículo 10.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio¹⁵, del Estatuto del Trabajador Autónomo Dependiente, considera a estos trabajadores sujetos a la situación de privilegio general regulada en este apartado.

Dispone el art. 91, en su redacción dada por la Ley 38/2011 que “Son créditos Con privilegio general: Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Igual privilegio ostentarán los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso. :

Debemos resaltar que la Ley 38/2011, ha añadido un segundo punto a este apartado 5 del artículo 91, indicando que también gozan de privilegio general “Los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.”

Dispone el art. 91 en su apartado 7 que son créditos con privilegio general: “Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el

legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores

¹⁵ Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajador Autónomo, publicado en el BOE num. 166 de 12 de julio de 2007

concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados, hasta el 50 % de su importe.” La reforma de octubre de 2011, eleva este privilegio del 25% al 50% del importe.

Con la modificación de los apartados 1, 3, 5 y 6, y la adición del apartado 7 llevada a cabo por la Ley 38/2011, se incorporan con privilegio general los créditos de capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable directo el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral.

Además se matiza que los créditos del trabajo personal no dependiente gozaran de privilegio general si sus titulares son personas naturales, como ya sostiene la doctrina de los Juzgados de lo Mercantil.

Créditos salariales ordinarios.

Se consideran tales, aquellos que no se encuentran clasificados en la ley concursal como privilegiados ni como subordinados. Comprendiendo por tanto las cantidades que excedan de los límites legales de indemnización y de salario

Créditos salariales subordinados.

Se incluyen aquí los créditos comunicados tardíamente, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o entre otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de Las Administraciones Públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza (artículo 92.1º LC). Y los créditos por intereses (artículo 92.3º LC).

La Ley 38/2011, ha modificado los números 1, 3 y 5 del artículo 92:

1. Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas.

3. Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía.

5. Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican.

Los créditos comunicados tardíamente para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas, en lugar de actuación inspectora, no se subordinan. Se incluyen los créditos por recargos.

5. EL FOGASA Y LOS CONCURSOS DE ACREEDORES

5.1. EL FOGASA.

El Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) tiene su origen en la Ley de Relaciones Laborales¹⁶ de 1976. El mismo se crea en un momento de crisis económica tratando de establecerse una aseguradora de los salarios, decidiendo hacerse por parte del Estado con un gran intervencionismo, creando así un órgano público para ello.

En el artículo 33 ET se define el FOGASA como un organismo autónomo dependiente del Ministerio de trabajo y asuntos sociales, actualmente Ministerio de Trabajo y del Interior (a través de la Secretaría General de empleo), con personalidad jurídica y legitimación activa y pasiva para el ejercicio de sus derechos y acciones, cuyo objeto consiste en garantizar a los trabajadores el cobro de los salarios devengados y no percibidos, así como las indemnizaciones debidas, en los casos y cuantías determinados. Es un organismo público que forma parte de la administración del Estado, que aparece regulado por el Real Decreto 505/1985¹⁷.

Esta institución cobra especial relevancia en el marco concursal en el que se centra nuestro trabajo puesto que la nueva redacción del art. 33 de ET dada por ley 60/1997¹⁸ señala que el FOGASA abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario.

Financiación.

La financiación del FOGASA se regula en los artículos 3 RD 505/85 y artículo 33.5 ET. El FOGASA se financia con las cotizaciones efectuadas por los empresarios, tanto públicos como privados, que empleen trabajadores por cuenta ajena, dicha cotización, fijada por el gobierno, corresponde a un 0,2% (hasta el 1 de julio de 2006 era del 0,4%) de la base correspondiente a contingencias profesionales. Se trata de un concepto de recaudación conjunta cuya liquidación y pago coincide con los correspondientes de las cuotas de seguridad social. Así mismo se financia con las cantidades obtenidas por subrogación, circunstancia que se produce en los términos del artículo 33.4 ET, y con las rentas o frutos de su patrimonio¹⁹ o del patrimonio del Estado adscrito al FOGASA y las consignaciones o transferencias que puedan fijarse en los Presupuestos Generales del Estado.

5.2. AMBITO SUBJETIVO DEL FOGASA

Para determinar los beneficiarios de la protección del FOGASA, debemos acudir al mencionado RD 505/1985. En el art. 13 se concreta que son todos los trabajadores vinculados por relación laboral a un empresario, privado o público, ex artículo 1.2. ET (con exclusión del personal al servicio de las Administraciones Públicas) cuando son titulares de un crédito por salarios o indemnizaciones. Se incluyen, por tanto, las relaciones especiales, como los deportistas profesionales (art. 11.b), los

¹⁶ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. BOE número 96 de 21 de abril de 1976

¹⁷ Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. BOE núm. 92/1985, de 17 de abril de 1985

¹⁸ Ley 60/1997, de 19 de diciembre, de modificación del Estatuto de los Trabajadores en materia de cobertura del Fondo de Garantía Salarial

¹⁹ Patrimonio constituido por inversiones financieras que por salirse del estricto campo laboral que se ha tratado de imprimir a este trabajo no se va a analizar aquí.

representantes de comercio (art. 11.c), artistas en espectáculos públicos (art. 12 RD 1435/85²⁰), minusválidos en centros especiales de empleo (DA. 2ª RD. 1368/1985, de 17 de julio²¹), altos directivos (su inicial exclusión concluyó con la sentencia del TJCE. 16 dic. 93, Wagner Miret, y la introducción de la actual DA. 5ª ET²²). Por otro lado, los trabajadores agrícolas están incluidos desde el 1 de enero de 1987, RD 41/1987²³, de 16 de enero y OM de 29 de enero de 1987²⁴.

No están incluidos dentro del ámbito de protección del FOGASA el personal laboral al servicio del hogar familiar. En el art. 1.2 Directiva 80/987/CEE²⁵ se establece que los Estados miembros pueden decidir no dispensar protección a los créditos de determinados trabajadores asalariados. Tal previsión fue aprovechada para excluir del ámbito de aplicación a los empleados domésticos (Anexo B de la citada Directiva) y se plasmó en la DA. RD 1424/1985²⁶. Realmente, se entiende mal esta exclusión, cabe incluso cuestionar su legalidad si se atiende a que el aludido art. 1.2 Directiva 80/987/CEE condiciona tal exclusión a la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores una protección equivalente.

El Convenio nº 173 de la OIT²⁷, que entró en vigor en España el 16/05/1996, ratificado por instrumento de 28 de abril de 1995, establece dos mecanismos de protección de los créditos laborales: 1º) La protección de los créditos por medio de un privilegio, y 2ª) la protección de los créditos por una institución de garantía. Nuestra legislación interna excluye de ambos a los funcionarios públicos y de la segunda al personal laboral de carácter especial al servicio del hogar familiar.

También se niega la condición de beneficiarios a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, así como a los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, pese a que en uno y otro caso se contempla su asimilación a los trabajadores por cuenta ajena, DA. 4ª y art. 97.2.k) LGSS²⁸; dicha exclusión no afecta a un trabajador que además es socio minoritario y consejero delegado, como se recoge en la STS de 14 de octubre de 1998.

²⁰ Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos

²¹ Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, publicada en BOE de 8 de agosto de 1985,

²² Las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los artículos 27.2, 29, 32 y 33 de esta Ley.

²³ Real Decreto 41/1987, de 16 de enero, sobre cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional en 1987

²⁴ Orden Ministerial de 29 de enero de 1987, del BOD Ministerio de Defensa, publicado el 13 de febrero de 1987

²⁵ Directiva 80/987/CEE del Consejo, del 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, publicado en el DOCE de 28 de octubre de 1980.

²⁶ Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. **BOE número 193 de 13/8/1985**

²⁷ Conferencia Internacional del Trabajo; es la institución mundial responsable de la elaboración y supervisión de las Normas Internacionales del Trabajo.

²⁸ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Art. 97.2.k.- Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.

5.3. AMBITO OBJETIVO DEL FOGASA

5.3.1. CONTINGENCIAS PROTEGIDAS.

El FOGASA, de conformidad con los apartados 1 y 2 del art. 33 del ET y el Real Decreto 505/1985, se hace cargo, en los supuestos de insolvencia o concurso de los empresarios, si concurren determinados requisitos y dentro de los límites legales, de los salarios puros y de tramitación adeudados y de las indemnizaciones derivadas de algunos supuestos extintivos del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad subsidiaria del FOGASA no nace hasta que se declara la insolvencia singular o la insolvencia concursal de la empresa.

A) Insolvencia singular

En cuanto a la insolvencia singular, el artículo 33.6 del ET establece que “a los efectos de este artículo se entiende que existe insolvencia del empresario cuando, instada la ejecución en la forma establecida por la Ley de Procedimiento Laboral, no se consiga la satisfacción de los créditos laborales” y la resolución en que conste la declaración de insolvencia será dictada previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial. Por lo tanto, para que se produzca la responsabilidad subsidiaria del FOGASA será necesario que se haya declarado formalmente la insolvencia mediante auto judicial recaído en el proceso en el que se reclamó ante el Juzgado los salarios e indemnización que ahora se solicita al FOGASA, previa audiencia del FOGASA y de la parte actora sobre el señalamiento de bienes del deudor, artículo 274 LPL. Pudiendo el trabajador utilizar dicho auto para reclamar el pago al FOGASA desde su notificación. Por lo tanto la insolvencia puede derivar de la iliquidez transitoria o de la insuficiencia patrimonial de la empresa aún cuando tenga activo patrimonial, ya que el mismo puede encontrarse afecto al sistema de producción. Añadiéndose en el artículo 275 LPL que en caso de que la empresa deudora esté continuando con su actividad y los bienes que pueden ser objeto de embargo sean bienes afectos al proceso productivo de la empresa, el FOGASA puede solicitar que se suspenda la ejecución durante el plazo de 30 días para valorar el efecto que puedan tener, en las relaciones laborales subsistentes, la ejecución de dicho embargo, pudiendo solicitar la declaración de insolvencia a los solos efectos de reconocimiento de prestaciones de garantía salarial si estima que es imposible satisfacer los créditos sin extinguir esos contratos.

Puede así mismo que la empresa tenga tesorería para pagar parte de la deuda, pero no toda, insolvencia parcial. En este caso, para determinar qué deudas son liquidadas con las realización de los bienes embargados estaremos a los artículos 1172 a 1174 del Código Civil²⁹ (en adelante CC), pudiendo reclamar del FOGASA por los créditos que no hayan sido abonados, artículo 33.6 ET.

En los casos de responsabilidad solidaria por subcontratas de obras o servicios (art. 42 ET), cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET), sucesión de empresas (art. 44 ET), grupos de empresas o sociedades irregulares o comunidades de bienes, el FOGASA responderá como responsable subsidiaria cuando se haya declarado la insolvencia de todos los responsable solidarios. Si bien no se puede reclamar al deudor que agote todo tipo de procedimientos contra todos los posibles responsables de la deuda distintos de aquel que aparece como deudor condenado en la sentencia de cuya ejecución se trata y que ha sido declarado insolvente.

²⁹ Código Civil, aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1.889, publicado en el BOE núm 206 de 25 de julio de 1889

En el caso de los socios de las Sociedades Regulares Colectivas (arts. 127 y 237 Código de Comercio³⁰) y de las Sociedades Agrarias de Transformación (art.1 del RD 1776/1981³¹) en que la responsabilidad es subsidiaria, no se exigirá la insolvencia de estos para poder reclamar contra el FOGASA.

B) Insolvencia concursal

Ajustándose a los cambios operados por la Ley 22/2003, los apartados 1 y 2 del artículo 33 del ET en su nueva redacción dada por la Ley 38/2007³², de 16 de noviembre aluden a la insolvencia y al concurso del empresario como las contingencias protegidas por el FOGASA.

El FOGASA ha de ser citado por el Juez como parte en los procedimientos concursales, cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el pago de salarios e indemnizaciones, o no podrá exigírsele dicho abono, artículos 33.3 ET, 184 LC y 23.2 LPL. Y una vez realizado el pago continuará como acreedor en el expediente, artículos 30 y siguientes del RD 505/85.

En relación con las insolvencias transfronterizas, la Ley 38/2007, de 16 de noviembre³³, ha procedido a adaptar la legislación española a las disposiciones de la Directiva 2002/74/CE³⁴, introduciendo los apartados 10 y 11 en el artículo 33 del ET para la protección de los derechos de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia concursal del empresario con centros de trabajo en varios Estados miembros. Así el apartado 10 del artículo 33 del ET establece “El Fondo de Garantía Salarial dispensará la protección regulada en el presente artículo en relación con los créditos impagados de los trabajadores que ejerzan o hayan ejercido habitualmente su trabajo en España, cuando pertenezcan a una empresa con actividad en el territorio de al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, uno de los cuales sea España, cuando concurren, conjuntamente, las circunstancias requeridas en dicha norma”.

5.3.2. EL OBJETO DE LA PROTECCION

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

³⁰ Código de comercio de 1885. Gaceta 16 octubre 1885 a 24 noviembre 1885, núm. 289 a 328

³¹ Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las sociedades agrarias de transformación.

³² Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el R.D.L. 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. BOE núm. 276/2007, de 17 de noviembre de 2007.

³³ Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, publicada en el BOE núm 276 de 17 de noviembre de 2007.

³⁴ Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE de Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, publicado en el DOCE núm L270/10, de 8 de agosto de 2002.

también considera crédito salarial los salarios de tramitación en los casos en que legalmente procedan, artículos 56 y 57 ET. No se incluyen los intereses de demora por las cantidades debidas o la indemnización por falta de preaviso (STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 2000).

Los artículos 56 y 57 han sido modificados por el Real Decreto-Ley 3/ 2012, de 10 de febrero de Reforma Laboral. Desde la entrada en vigor de dicho real decreto-ley no se cobrarán salarios de tramitación a no ser que la empresa opte por la readmisión.

Así mismo, para que el FOGASA se haga cargo de un crédito salarial ante una situación de insolvencia empresarial es requisito indispensable que su existencia y cuantía se encuentren reconocidos en acto de conciliación o en resolución judicial (STS de 17 de enero de 2000). Aquél puede corresponder a la conciliación administrativa ante los servicios de mediación, arbitraje y conciliación de la Administración competente, a la judicial previa a la celebración del juicio (art. 84 LPL), o incluso a la realizada conforme a procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos derivados del art. 83.3 ET. La judicial puede ser una sentencia o un auto. En el caso de los salarios de tramitación se exigía su reconocimiento en resolución judicial, fuera auto o sentencia, no habiendo lugar para los acordados en conciliación, administrativa o judicial (STS de 22 de diciembre de 1998). Este criterio ha sido modificado aplicándose el mismo que para salario ordinario. (STJCE de 12 diciembre de 2002, Rodríguez Caballero contra FOGASA), siempre que resulte de la conciliación judicial, no si ésta es administrativa (STS de 17 de marzo de 2003).

En cuanto a los límites cuantitativos sobre la prestación, la cuantía salarial máxima es la que corresponde al triple del salario mínimo interprofesional diario vigente en el momento de la declaración de insolvencia de la empresa (STS de 30 de octubre de 1992). Incluyéndose en la base diaria de cálculo el prorrateo de las pagas extraordinarias. Multiplicándose el salario diario por el número de días adeudados, sin que el número de días por los que responde el FOGASA pueda exceder de ciento cincuenta, e incluyéndose, para el cómputo de dichos días los efectivamente trabajados, los de descanso computable como de trabajo y los de tramitación, artículo 18 del RD 505/1985.

El FOGASA también responde subsidiariamente de los créditos de naturaleza indemnizatoria (artículo 33.2 ET), no abonados al trabajador que deriven de la extinción del contrato de trabajo en los siguientes supuestos:

1º.- Extinción de los contratos de trabajo por resolución judicial instada por el voluntad del trabajador por haberse producido un incumpliendo grave de sus obligaciones por parte del empresario del artículo 50.1. a), b) y e) ET.

2º.- Despidos colectivos tramitados a través de ERE, artículo 51 ET.

Extinción de los contratos por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de servicios cuando dicha circunstancia haya sido constatada por la autoridad laboral y se tramite el correspondiente expediente de regulación de empleo, artículo 49.1.h) ET. En cuyo caso no será necesaria la declaración de insolvencia para que responderá subsidiariamente el FOGASA.

Despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción debidamente autorizado, artículos 49.1 i) y 51.5 ET.

Despido por extinción de la personalidad jurídica del empresario, artículo 49.1. g) ET.

3º.- Despidos objetivos del artículo 52 ET.

4º.- Despido disciplinario de los artículos 54, 55 y 56 ET.

Despido disciplinario declarado improcedente por no haberse producido la readmisión o haberlo sido de forma irregular, o no haberse producido por haber sobrevenido una situación de insolvencia de la empresa, en los términos del artículo 56 ET.

Despido improcedente por jubilación forzosa del empresario.

Despido por la oposición al reintegro de un trabajador en excedencia o que tenía suspendida su relación laboral.

Extinción irregular de un contrato de duración determinada.

5º.- Extinción colectiva de las relaciones laborales que se produce conforme al artículo 64 de la Ley Concursal, una vez se ha presentado ante el Juez de lo Mercantil la solicitud de declaración de concurso.

6º.- Extinción de contratos temporales o de duración determinada. Incluyendo la indemnización por extinción de los contratos de obra o servicio y eventuales del artículo 49.1 e) ET.

7º.- Extinción del contrato suscrito con una empresa de trabajo temporal del artículo 11.2 Ley de empresas de trabajo temporal³⁵.

Para que responda el FOGASA es necesario que la indemnización se haya reconocido en sentencia, auto, acta de conciliación judicial o resolución emitida por la autoridad laboral que puede autorizar la extinción de las relaciones laborales en los expedientes de regulación de empleo. Admitiéndose, tras el RD Ley 5/2006³⁶, el acta de conciliación judicial. Pero sin que en ningún caso sea posible la conciliación extrajudicial.

En cuanto a la cuantía por la que responderá el FOGASA en el caso de despido nulo, improcedente o extinción del contrato por el artículo 50 ET, la indemnización será de 30 días por año de servicio. Para los supuestos de extinción colectiva y despidos objetivos, la indemnización será de 20 días por año de servicio. Y para las extinciones de contratos temporales o de duración determinada (artículo 49.1.c) ET), la indemnización es de 8 ó 9 días por año de servicio. Y en todos los casos, la cantidad máxima a abonar será una anualidad, sin que el salario diario base del cálculo pueda exceder del triple del SMI, con prorrateo de pagas extraordinarias.

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

³⁵ Ley 14/1994, de 1 de junio, publicada en el BOE núm. 131 de 2 de junio de 1994 y modificada en su artículo 11 por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, publicada en el BOE núm. 227 de 18 de septiembre de 2010.

³⁶ Real Decreto 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, publicado en el BOE núm. 141, de 14 de julio de 2006.

Y en cuanto a la antigüedad a tener en cuenta para el cálculo de las indemnizaciones, se estará a lo que resulte de la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre el período de alta en la empresa, salvo que se pueda acreditar que la antigüedad es mayor que la que consta en el certificado, artículo 19 del RD 505/1985 (STS 30 de junio de 1997).

Así mismo el FOGASA (artículo 33.8 ET) abonará a los trabajadores de empresas con menos de 25 empleados el 40% de la indemnización legal por extinción del artículo 51 ET, 52 ET y 64 LC, siendo la cuantía de la indemnización por la que responde el FOGASA la de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, no pudiendo exceder el salario diario del triple del salario mínimo interprofesional.

Dicha responsabilidad directa del FOGASA opera en los casos de despido por fuerza mayor en los que la autoridad administrativa que permite la resolución de los contratos acuerde expresamente la exoneración del abono de la indemnización al empresario. Y en los casos de extinción del contrato laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En estos casos no es necesario que se reconozca la indemnización por resolución judicial ni acto de conciliación, salvo en el caso del artículo 64 de la Ley Concursal, en el que ha de dictarse necesariamente un auto.

En la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de reforma laboral se introduce una nueva responsabilidad directa para el FOGASA, cuando los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 18 de junio de 2010, y que hayan durado más de un año, se extingan por las causas previstas en los artículos 51 y 52 ET o en el artículo 64 LC, debiendo resarcir al empresario ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año.

El artículo 19 del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, modifica el artículo 33.8 del ET, así como los artículos 49, 50, 51, 52, 53 y 56 han sido modificados por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

El artículo 19 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, modifica el artículo 33 ET regulador de las prestaciones del FOGASA, estableciendo como novedades respecto a la regulación anterior que, para el supuesto de responsabilidad del FOGASA para el pago de salarios, el límite se fija en la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de 120 días. Respecto a la responsabilidad subsidiaria del FOGASA para el pago de las indemnizaciones se mantiene el límite de una anualidad, pero el salario diario base del cálculo no podrá exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Y en cuanto a la responsabilidad directa por el 40% de la indemnización de las empresas de menos de 25 trabajadores el despido ha de ser objetivo, no procediendo en caso de que el despido se considere improcedente.

5.4. LA INTERVENCION DEL FOGASA EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

En el artículo 184.1 de la Ley Concursal se establece que “el Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su

responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores”, por lo que el FOGASA deberá ser citado como parte en el procedimiento concursal en los siguientes supuestos:

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

2º.- Cuando los trabajadores hayan comunicado a la administración concursal, de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley Concursal, alguno de los créditos anteriores.

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

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

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

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

Atendiendo a lo establecido en los artículos 33.3 ET y 16.1 Decreto 505/1985, el juez, de oficio, o a instancia de parte, debe citar como parte al FOGASA, desde que tenga conocimiento de la existencia de créditos salariales o indemnizatorios que estén incluidos dentro del ámbito de protección del FOGASA. En este sentido distinguimos:

Concursos voluntarios, el deudor en el mismo escrito de solicitud de la declaración de concurso podrá instar que se cite al FOGASA, y el juez al declarar el concurso deberá citar como parte al FOGASA desde ese momento. Y si no fuera así, los trabajadores como acreedores podrán solicitar al juez que lo cite. Lo cual ha de hacerse antes de que transcurra el plazo para impugnar las listas definitivas elaboradas por los administradores concursales y de la celebración de la junta de acreedores para la aprobación del convenio, ya que si no ya estarían fijados y graduados los créditos y la manera de satisfacerlos, y por lo tanto su presencia ya sería inútil.

Concursos necesarios, cuando sean nombrados los administradores, elaboren la lista de acreedores y se la trasladen al juez, el juez de oficio o a instancia de los administradores citará al FOGASA. Si el concurso hubiera sido instado por los trabajadores, desde ese momento ya existe la obligación de citar al FOGASA. La falta de esta citación determinará la nulidad de actuaciones, así como la imposibilidad de que los trabajadores puedan cobrar las prestaciones de garantía salarial, artículo 33.3 ET.

El FOGASA intervendrá como parte en los procesos declarativos previstos en los artículos 8.2º y 64 de la Ley Concursal y en los incidentes concursales interpuestos contra las decisiones extintivas de los contratos del personal de alta dirección que se adopten por la administración concursal y en las fases centrales del concurso.

En dichos procesos declarativos, tendrán iguales facultades procesales que las partes, salvo las de disposición de aquellos de los que no sea titular. Puede hacer en ellos todo tipo de alegaciones (como las relativas a la naturaleza laboral de los créditos o a las cuantías de los mismos), proponer y practicar pruebas, puede recurrir en suplicación, así como presentar el resto de recursos previstos en la LPL o por medio del incidente concursal en materia laboral previsto en el artículo 195 de la Ley Concursal. Estos procesos producirán un efecto preclusivo para el FOGASA respecto de todo lo que pueda oponer para la defensa de sus intereses en el mismo, ya que en los procesos posteriores en los que aparezca como demandado directo no podrá alegar ni oponer lo que no alegó ni opuso ante el Juez del concurso.

El FOGASA también podrá intervenir en las fases centrales del concurso, oponiéndose al concurso pese al allanamiento del deudor o a la no formulación por el mismo de oposición dentro de plazo, o formular oposición con los mismo o distintos argumentos utilizados por el deudor, comparecer al acto de la vista previsto en el artículo 18.2 de la Ley Concursal con todos los medios de prueba que pueda practicar, observar si los créditos laborales están anotados y debidamente calificados, impugnar el inventario y la lista de acreedores. Al ser parte, tiene los mismo derecho y facultades que el resto de acreedores aunque aún no hay pagado, y por lo tanto aún no sea titular de ningún crédito contra el concursado.

5.6. LA REGULACION DE UN FUTURO FONDO DE CAPITALIZACION

Para terminar nuestra comunicación debemos hacer mención a los cambios normativos inmediatos que se avecinan sobre la institución del FOGASA. En la Ley 35/2010³⁷, en su disposición final segunda se efectúa un mandato al Gobierno para que inicie los trámites para la regulación legal de un Fondo de capitalización que asuma la nueva obligación del FOGASA a partir de un determinado momento.

Dicha regulación ha de hacerse por Ley, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Antes del 19 de junio de 2011 el Gobierno ha de haber aprobado el proyecto de Ley, concediendo otro plazo a las Cortes que finaliza el 31 de diciembre de 2011, ya que a partir del 1 de enero de 2012 el Fondo deberá estar operativo.

Como líneas básicas para la regulación del futuro Fondo de capitalización podemos destacar:

- Garantizar a los trabajadores el percibo de unas cantidades.
- Dichas cantidades se determinarán por número de días por año de servicio sin cuantificar el referido número.
- Las cantidades deberán ser objeto de capitalización, sin que se marque la forma de capitalización, será un modelo de capitalización individualizada.
- La financiación del fondo no puede suponer un incremento de cotizaciones empresariales.

³⁷ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE nº 227 de 18 de septiembre.

-Las causas que dan lugar al abono de las cantidades acumuladas en el Fondo por cada trabajador son: despido, movilidad geográfica, desarrollo de actividades de formación y jubilación.

-Los días de salario aportados al Fondo reducirán en número equivalente las indemnizaciones que deba abonar el empresario en caso de despido.

Se ha constatado que este Fondo de Capitalización será inviable porque, según un informe elaborado por seis expertos nombrados por el Gobierno, su implantación exigiría recaudar 7.500 millones de euros anuales, lo cual supondría incrementar en tres puntos las cotizaciones empresariales. Pese a todo el Gobierno insiste en llevar adelante el proyecto habiendo encomendado durante el semestre de 2013 un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de Ley en los términos establecidos en la Disposición Adicional que se deroga. Es decir, un Fondo de Capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar que no suponga un incremento de las cotizaciones empresariales.

Según se establece en la Disposición Transitoria 7ª de la Ley 35/2010, una vez finalizado el proceso de negociaciones, o como tarde el 31 de diciembre de 2013 el Gobierno debe haber adoptado la decisión sobre si se constituye y entra en funcionamiento o no este Fondo de Capitalización.

La Ley 35/2010 dispuso que el FOGASA asumiera parte de las indemnizaciones extintivas de la siguiente forma:

-En contratos indefinidos ordinarios o de fomento de la contratación indefinida.

-En contratos celebrados a partir del 18 de junio de 2010.

-Extinciones por despido colectivo, objetivo o concursal, salvo que el despido se declare improcedente.

-Se resarce a la empresa ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año.

-El abono sólo procede si el contrato ha durado más de un año.

-La carta de despido debe hacer constar el salario día a efectos indemnizatorios.

-Las indemnizaciones se calcularán sin los topes del artículo 33.8 ET.

-El FOGASA seguirá abonando el 40% de la indemnización en las empresas de menos de 25 trabajadores, conforme al artículo 33.8 ET.

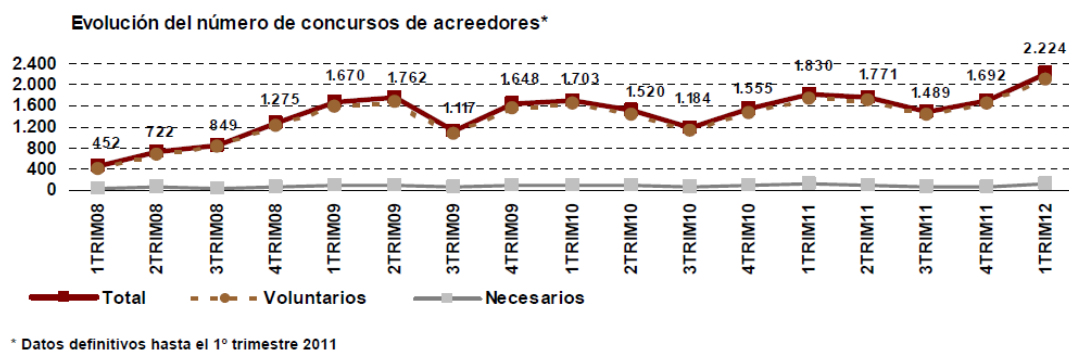
- Si bien, el resarcimiento se mantendrá hasta el 31 de diciembre de 2013.

6.- ANÁLISIS EMPÍRICO

En este apartado se ha procedido a realizar un análisis de los concursos que se han generado en el período comprendido entre el año 2005 y 2011, y de las prestaciones que han tendido que ser abonadas por el Fondo de garantía Salarial en estos mismos años, para así comprobar la importancia que ha tenido la crisis económica en España en cuanto a destrucción de empleo y sus efectos en el gasto público y en el mercado laboral, los cuales han sido determinantes para que se lleven a cabo una serie de importantes reformas legislativas y financieras en nuestro país en los últimos años.

6.1.- EVOLUCIÓN

Para poder apreciar la dimensión del problema económico que enmarca a todos los aspectos que vamos a ver a continuación veamos, en primer lugar, en la figura 1 la evolución trimestral de concursos desde el primer trimestre del año 2008 hasta el primer trimestre del año 2012.



fuelle: INE

Figura 1. Evolución gráfica de los concursos en España.

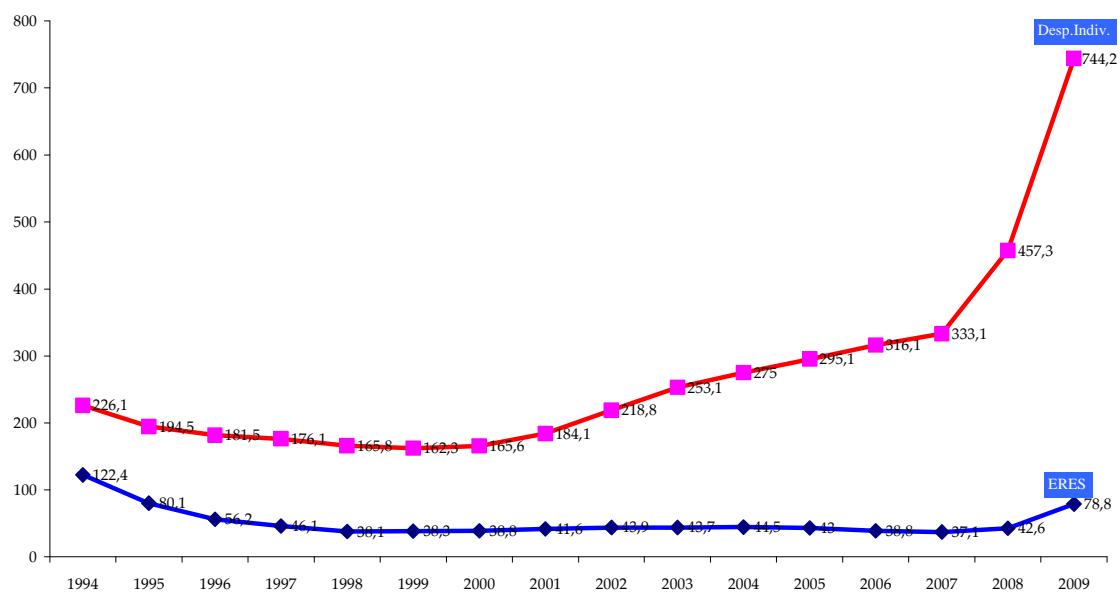
A continuación podemos apreciar la evolución de los ERES y el sacrificio económico que los mismos han supuesto al FOGASA en el cuadro 1 y figuras 2 y 3

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
ERES	122,4	80,1	56,2	46,1	38,1	38,3	38,8	41,6	43,9	43,7	44,5	43	38,8	37,1	42,6	78,8
Despidos	226,1	194,5	181,5	176,1	165,8	162,3	165,6	184,1	218,8	253,1	275	295,1	316,1	333,1	457,3	744,2

fuelle: INE

Cuadro 1. Evolución de ERES y despidos en España

EVOLUCIÓN ERES Y DESPIDOS INDIVIDUALES (miles)



fuente: INE

Figura 2. Evolución gráfica de ERES y despidos en España.



Figura 3. Evolución gráfica de las prestaciones abonadas por el FOGASA en España

6.2 ANALISIS SEGMENTADO

6.2.1 CONCURSOS

En este apartado se ha procedido a analizar los concursos desde el año 2005 hasta la actualidad. Se ha elegido dicho período de tiempo para poder valorar si efectivamente hay un antes y un después de la crisis respecto a número de concursos, de deudores concursados y de empresas en concurso. Tratando de determinar cuales han sido los sectores de actividad más afectados. Y las Comunidades Autónomas en las que ha sido mayor el número de concursos.

En la figura 4 y el cuadro 2 que se muestran a continuación queda reflejado claramente cuál ha sido la evolución de los concursos en este período de tiempo comprendido entre el año 2005 y el 2011.

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
VOLUNTARIOS	869	840	1007	3090	5880	5650	6476
NECESARIOS	132	128	140	208	317	312	387
TOTALES	1.001	968	1.147	3298	6.197	5962	6.863

Cuadro 2. Tabla de datos de los deudores concursados en España

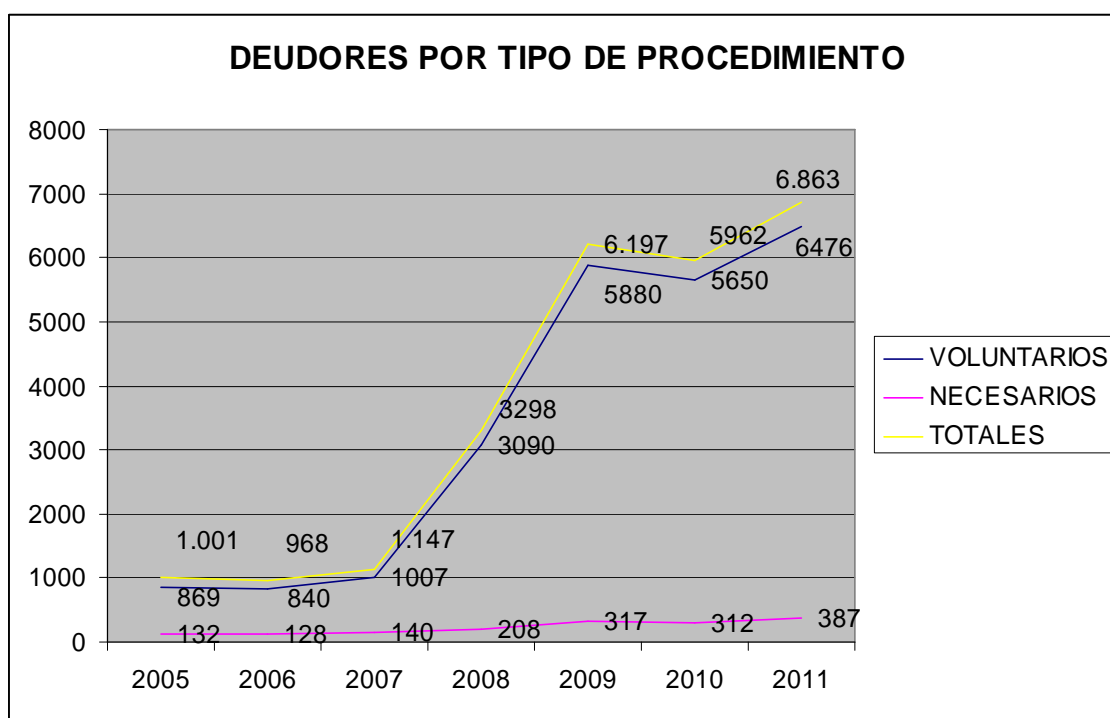


Figura 4. Evolución gráfica de los deudores concursados en España

En dicho gráfico de evolución observamos que desde el año 2008, momento en que España entra en crisis económica, se produce un aumento considerable en el número de **deudores en concurso**. Así, en el año 2008 se produce un aumento del 288% con respecto al año anterior, ascendiendo el número de concursos de 1.1.47 que eran en 2007

a 3.298 en el año 2008. Y esta tendencia a aumentar se repetirá en el año 2009, aumentando un 188% en el año 2009, con 6.197 concursos. En el año 2010 bajará mínimamente, siendo el número de concursos de 5.962, coincidiendo con unos pocos trimestres en los que la economía parece que empieza a remontar. Pero volverá a alzarse la cifra en el año 2011, ya que a finales de dicho año se acrecienta nuevamente la recesión económica, describiéndose en una encuesta de población activa realizada a finales del año 2011 que en esos momentos la cifra de paro se sitúa en 5.273.600 personas, con un incremento de 295.300 personas en el cuarto trimestre del año 2011 y de 577.000 respecto al cuarto trimestre del año 2010, alcanzando la cifra de paro el 22,85%. Por lo que se desprende claramente que la gráfica de evolución de los concursos coincide con los ciclos de la economía.

Se observa así mismo que, en todos los años estudiados el número de concursos voluntarios, es decir, solicitados por el propio deudor, es mayor que el de concursos necesarios, solicitados por el acreedor. Si bien, en los años anteriores a la crisis el porcentaje de concursos necesarios era en torno al 12-13%, y desde la crisis económica del 2008 el porcentaje de concursos necesarios es del 5-6%, es decir, menor.

Respecto a dichos deudores concursales, centrándonos en los que son **empresas que han entrado en concurso** en este período temporal comprendido entre el 2005 y el 2011, en la figura 5 y el cuadro 3 se muestra claramente como era similar en los años 2005 a 2007 y desde el comienzo de la crisis económica del 2008 se produce un aumento considerable, pasando de 1.033 empresa en el año 2007 a 2.894 en el año 2008 (un 280% más), continuando el ascenso en el 2009 (un 179%), con 5.175 empresas, bajando mínimamente en el año 2010 con 4.990 empresas, y ascendiendo nuevamente en el año 2011, con 5.910 empresas.

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
EMPRESAS	927	916	1033	2894	5175	4990	5910

Cuadro 3. Tabla de datos de los deudores concursados en España

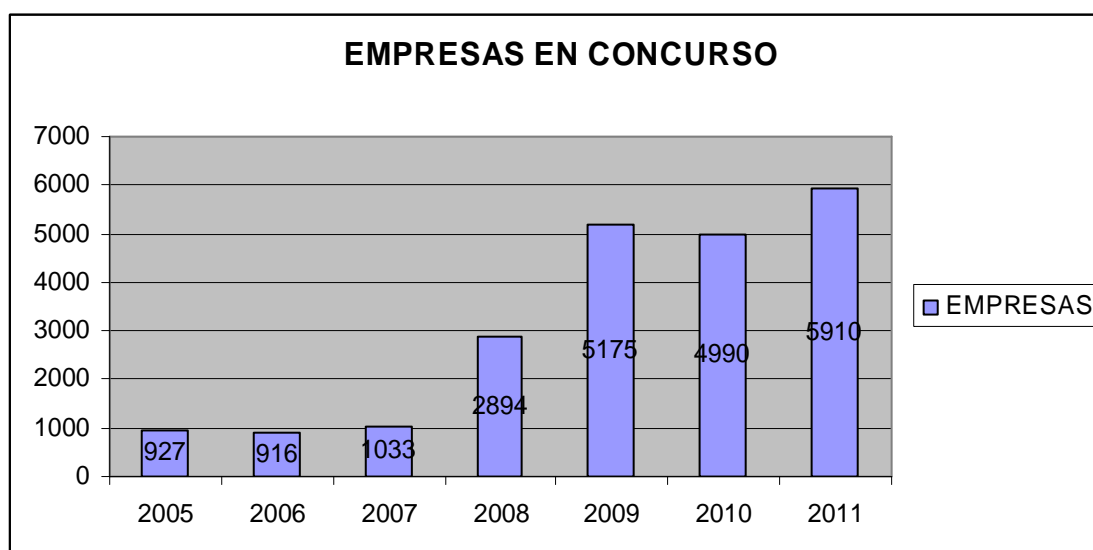


Figura 5. Evolución gráfica de las empresas en concurso en España

Es interesante destacar respecto a las mismas que, como se observa en el cuadro 4 y la figura 6 el sector que ha resultado más afectado por los concursos. Para ello hemos distinguido los siguientes **sectores de actividad**: agricultura y pesca; industria y energía; construcción; comercio; transporte y almacenamiento; hostelería; información y comunicaciones; inmobiliarias, financieras y seguros; actividades profesionales y técnicas; actividades administrativas y servicios auxiliares; resto de servicios y sin clasificar. Analizando los años 2005 a 2011, en todos ellos observamos que los tres sectores más afectados todos los años, antes y después de la crisis económica, han sido construcción, industria y energía y comercio. Si bien antes de la crisis económica del 2008 el sector más afectado era industria y energía, luego comercio y luego construcción. Y desde el año 2008 construcción ocupa el primer lugar. Y el aumento de las empresas en concurso en estos tres sectores ha crecido considerablemente desde el año 2008. Analizando más detalladamente el sector construcción, en el año 2005 tenía 159 empresas, en el año 2006 fueron 185 empresas y en el año 2007 fueron 256 empresas las que estaban en concurso. Y desde el año 2008 las cifras son de 1064 empresas (lo cual supone un aumento del 416%), 1.733 empresa en el año 2009, 1599 empresa en el año 2010 y 1914 empresa en el año 2011. En el sector industria y energía se pasa de 324 empresas en concurso en el año 2007 a 664 en el año 2008, 1245 empresas en el año 2009, 1013 en el año 2010 y 1125 empresas en el año 2011. Y en el sector comercio, el tercero más castigado por el crisis, observamos un incremento del 218% en el 2008 con respecto al 2007, presentándose 204 empresas en concurso en el año 2007, 444 empresas en concurso en el año 2008, 891 empresas en el año 2009, 816 en el año 2010 y 1049 empresas en el año 2011. En el sector inmobiliario, financiero y de seguros, de contar con 15 empresas en concurso en el año 2006 y 30 empresas en el año 2007, pasa a 130 empresas en el año 2008, es decir, experimenta un incremento del 433%.

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Agricultura y pesca	9	10	21	38	47	53	64
Industria y energía	329	297	324	664	1245	1013	1125
Construcción	159	185	256	1064	1733	1599	1914
Comercio	185	192	204	444	891	816	1049
Transporte y almacenamiento	43	34	31	99	195	243	265
Hostelería	35	35	30	69	104	165	188
Información y comunicaciones	20	22	24	42	72	86	100
Inmobiliarias financieras y seguros	29	15	30	130	135	171	189
Actividades profesionales y técnicas	37	33	31	118	185	219	263
Actividades administrativas y servicios auxiliares	32	32	29	72	152	162	192
Resto de servicios	31	39	41	84	137	177	189
Sin clasificar	18	22	12	70	279	286	372

Cuadro 4. Tabla de datos de las empresas en concurso en España por actividad

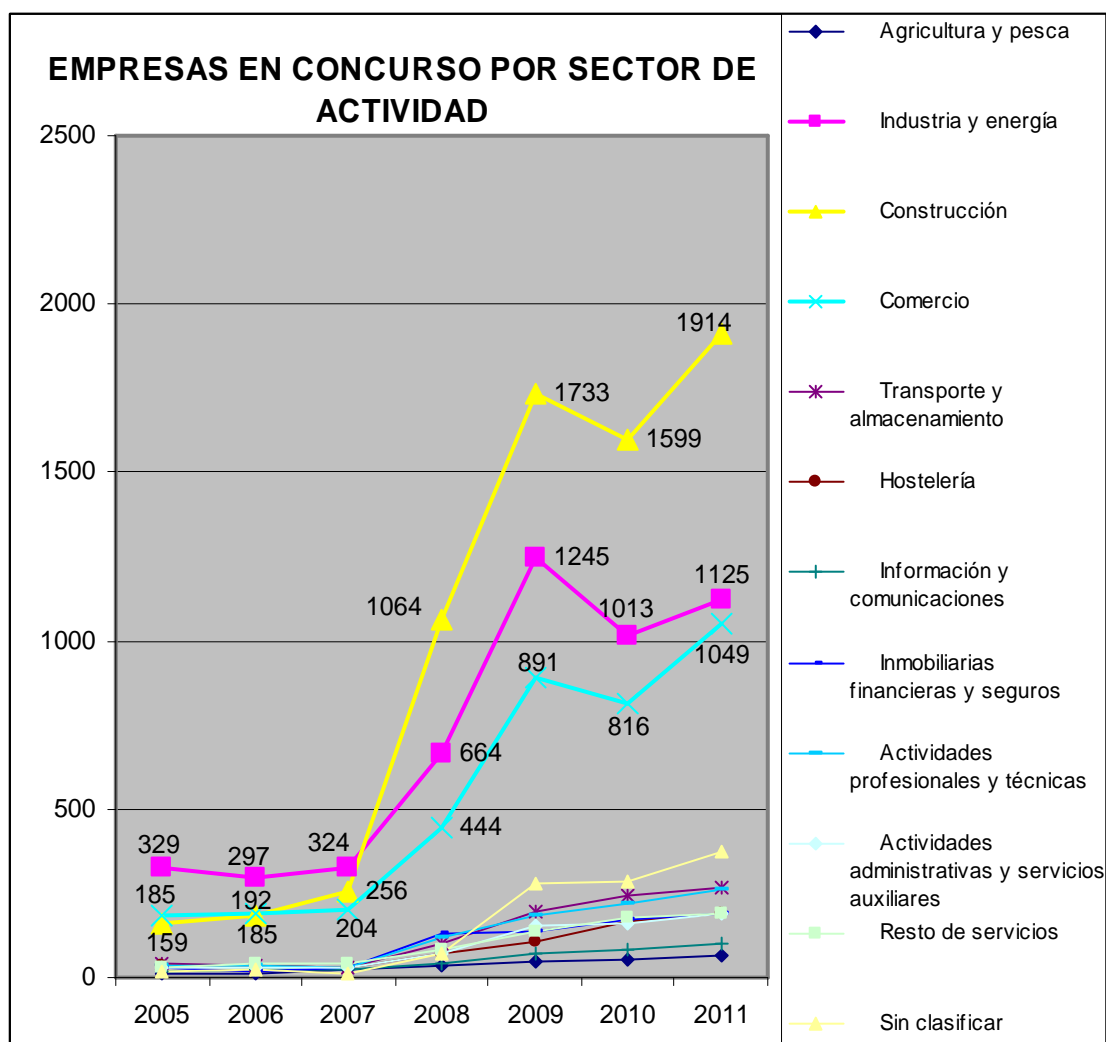


Figura 6. Evolución gráfica de las empresas en concurso por sector de actividad

Es interesante destacar respecto a las mismas que el sector que ha resultado más afectado por los concursos. Para ello hemos distinguido los siguientes sectores de actividad: agricultura y pesca; industria y energía; construcción; comercio; transporte y almacenamiento; hostelería; información y comunicaciones; inmobiliarias, financieras y seguros; actividades profesionales y técnicas; actividades administrativas y servicios auxiliares; resto de servicios y sin clasificar. Analizando los años 2005 a 2011, en todos ellos observamos que los tres sectores más afectados todos los años, antes y después de la crisis económica, han sido construcción, industria y energía y comercio. Si bien antes de la crisis económica del 2008 el sector más afectado era industria y energía, luego comercio y luego construcción. Y desde el año 2008 construcción ocupa el primer lugar. Y el aumento de las empresas en concurso en estos tres sectores ha crecido considerablemente desde el año 2008. Analizando más detalladamente el sector construcción, en el año 2005 tenía 159 empresas, en el año 2006 fueron 185 empresas y en el año 2007 fueron 256 empresas las que estaban en concurso. Y desde el año 2008 las cifras son de 1064 empresas (lo cual supone un aumento del 416%), 1.733 empresa en el año 2009, 1599 empresa en el año 2010 y 1914 empresa en el año 2011. En el sector industria y energía se pasa de 324 empresas en concurso en el año 2007 a 664 en el año 2008, 1245 empresas en el año 2009, 1013 en el año 2010 y 1125 empresas en el año 2011. Y en el sector comercio, el tercero más castigado por el crisis, observamos un incremento del 218% en el 2008 con respecto al 2007, presentándose 204 empresas en concurso en el año 2007, 444

empresas en concurso en el año 2008, 891 empresas en el año 2009, 816 en el año 2010 y 1049 empresas en el año 2011. En el sector inmobiliarias, financieras y de seguros, de contar con 15 empresas en concurso en el año 2006 y 30 empresas en el año 2007, pasa a 130 empresas en el año 2008, es decir, experimenta un incremento del 433%.

6.2.2. PRESTACIONES DEL FOGASA

En el presente análisis valoraremos el aumento considerable que han experimentado las prestaciones del FOGASA desde que comienza la crisis económica y se empieza a destruir empleo masivamente.

En el período de tiempo analizado, 2005 a 2011, los **expedientes tramitados** para el pago de prestaciones del FOGASA han aumentado de 36.779 en el año 2005 a 155.255 en el año 2011, observándose su máximo despegue en el año 2009, año en el que ascienden de golpe un 194% (pasando de 48.792 expedientes en 2008 a 94.644 en 2009). Lo mismo sucede respecto a las **empresas afectadas** por prestaciones del FOGASA que ascienden de 19.499 empresas en 2005 a 80.926 en el año 2011, observando un cambio notorio desde el año 2009. Y ello resulta paralelo respecto a los **trabajadores afectados**, que en 2005 eran 68.557 y en el año 2011 son 252.159 trabajadores. Cifras que se reflejan en el cuadro 5 que se recoge a continuación.

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
EXPEDIENTES	36779,00	38881,00	39032,00	48792,00	94644,00	135.577,00	155255,00
EMPRESAS	19499,00	20418,00	20498,00	25637,00	52681,00	71.866,00	80926,00
TRABAJADORES	68557,00	75087,00	73447,00	90320,00	174177,00	232.722,00	252159,00
PRESTACIONES	232024946,21	312060342,57	380515856,50	434015589,55	833758573,53	833758573,53	1499982502,42

Cuadro 5. Tabla de expedientes, empresas, trabajadores y prestaciones del FOGASA

La evolución de las prestaciones abonadas por el FOGASA del 2005 al 2011 la hemos representado gráficamente en la figura 7.

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
PRESTACIONES	232024946,21	312060342,57	380515856,50	434015589,55	833758573,53	1.287.000.755,53	1499982502,42
SALARIOS	97081559,79	123238018,53	147484310,28	160054945,18	278583908,54	448.021.670,63	519671890,41
INDEMNIZACIONES	134943386,42	188822324,04	233031546,22	273961544,37	555174664,99	838.979.084,90	980310612,01

Cuadro 6. Tabla de datos de las prestaciones abonadas por el FOGASA

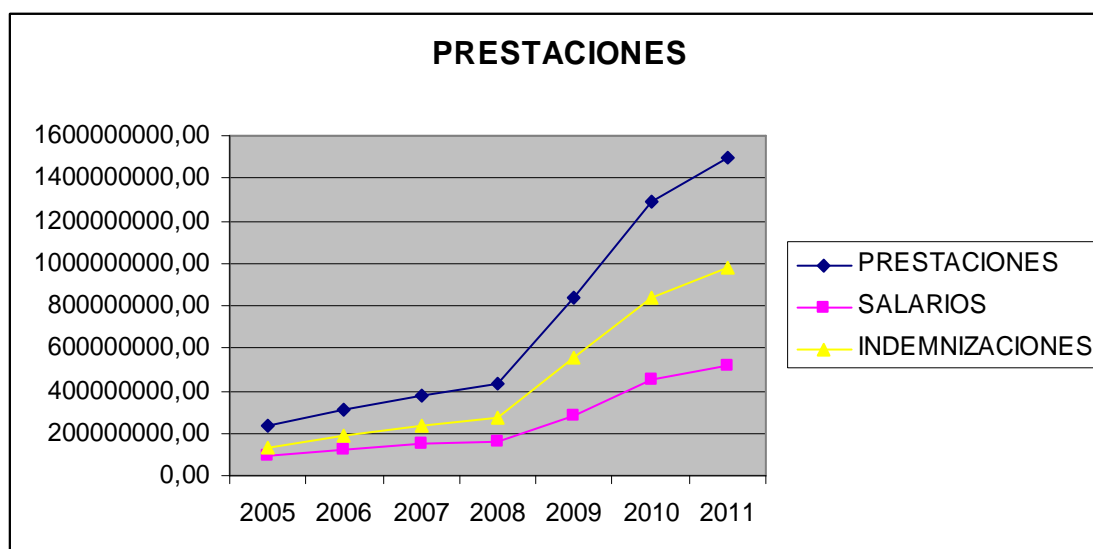


Figura 7. Evolución gráfica de las prestaciones abonadas por el FOGASA

En la figura 7 y en el cuadro 6 se representan las **prestaciones abonadas** por el FOGASA durante el período de tiempo estudiado, del 2005 al 2011, diferenciándose entre salarios e indemnizaciones, ya que son las dos clases de prestaciones de los trabajadores que se cubren por parte del FOGASA. Observamos como la tendencia es claramente ascendente en todo el período analizado, pero que a raíz de la crisis económica del año 2008 se produce un alzamiento muy marcado. Así, de los 380.515.856,50 euros que se pagan en el año 2007, en el año 2008 se pagan 434.015.589,55 euros. Y desde el año 2009 las cantidades ascienden desmesuradamente, pagándose en el año 2009 la cantidad de 833.758.573,53 euros (un 192%), en el 2010 las prestaciones abonadas son 1.287.000.755,53 (un 159% más) y en el año 2011 las prestaciones abonadas por el FOGASA alcanzan la cifra de 1.499.982.502,42 euros. Y en todos los años estudiados las prestaciones abonadas en concepto de indemnización van a ser mayor que las abonadas por salarios, en torno a un 60% o algo más de lo abonado.

El considerable aumento de abono de prestaciones por parte del FOGASA que se ha experimentado desde el año 2008 ha llevado a que el FOGASA haya tenido que gastar por encima de las partidas que se le habían asignado en los presupuestos generales del estado, teniendo que ser aprobadas cada año por el Consejo de Ministros partidas presupuestarias extras, unas veces con cargo a su propia tesorería, pero otras con cargos a fondos de la Tesorería General de la Seguridad Social, como se puede observar en el cuadro 7

Presupuesto y gasto de Fogasa			
	2011	2010	2009
Fondos iniciales (mill. eur.)	1.400	900	550
Crédito extra (mill. eur.)	100	400	348
Gasto ene-oct. (mill. eur.)	1.267,7	1.046,8	653,8

Fuente: M. Trabajo (www.latiza.es)

Cuadro 7. Partidas presupuestarias extras de autorizadas al FOGASA

Las causas por las que se ha solicitado el abono de las prestaciones por parte del FOGASA vienen influenciadas por dos variables, en primer lugar por la ya reiterada crisis económica en la que se sumerge España desde comienzos del 2008 y también por la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003, que sustituye las quiebras y las suspensiones de pagos por los concursos. Por ello en este apartado se van a analizar las **prestaciones que se han abonado por el FOGASA diferenciando según el tipo de solicitud de la misma**, representado en la figura 8 y en la figura 8. Así podemos distinguir tres grandes apartados a los que se hace referencia en el gráfico: 1) Las ejecuciones laborales, que engloba los supuestos de insolvencia provisional o definitiva y los de insolvencia técnica; 2) Los procedimientos concursales, que engloba las suspensiones de pagos, las quiebras y los concursos; y 3) Las indemnizaciones por responsabilidad directa, en el que quedan comprendidas las derivadas del artículo 52 c) ET con pago al trabajador, las derivadas del artículo 51 ET con pago al trabajador, las derivadas del artículo 52 c) ET con pago a la empresa, las derivadas del artículo 51 ET con pago a la empresa, las de fuerza mayor con exoneración, las del artículo 64 Ley Concursal con pago al trabajador, las del artículo 64 Ley Concursal con pago a la empresa y los procedimientos transnacionales. Se recogen en el Cuadro 8 y la figura 8.

	año 2005	año 2006	año 2007	año 2008	año 2009	año 2010	año 2011
ejcc laborales	165536063,4	195594978,7	225380768	215.089.343,43	275.258.782,83	509.738.719,47	608.571.359,27
insolv deft/prov	165.359.345,30	193.963.191,52	223.469.233,89	212.484.127,84	263.206.750,91	495.724.227,86	
insolv tecnica	176.718,14	1.631.787,21	1.911.534,13	2.605.215,59	12.052.031,92	14.014.491,61	
proc.concursal	31.778.392,91	73.864.426,86	98.813.559,87	142.497.964,09	360.877.219,69	513.525.078,41	598.114.070,11
susp pagos	11.612.466,15	3.680.086,15	368.340,35	196.754,90	2.168.894,00	895.352,04	
quiebra	10.540.240,05	11.833.335,67	1.739.791,07	1.546.805,53	1.816.556,77	52.189,74	
concurso	9.625.686,71	58.351.005,04	96.705.428,45	140.754.403,66	356.891.768,92	512.577.536,63	
indem resp directa	34.710.489,86	42.600.936,98	56.321.528,61	76.428.282,03	197.622.571,01	263.736.957,41	293.297.073,04
52c ET trabj	11.623.164,36	13.682.194,25	17.417.434,31	27.579.807,08	85.835.001,46	123.992.953,06	
51ET trabj	10.402.072,88	11.615.191,00	12.501.132,43	14.744.775,67	27.720.525,62	30.428.785,56	
52cET empresa	10.459.004,30	13.267.697,09	15.905.062,18	21.715.292,43	60.043.360,23	74.801.282,30	
51 ET empresa	2.159.680,57	3.469.787,37	3.904.790,83	3.811.606,88	4.164.969,78	5.434.891,24	
otros concursos	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0	
Fuerza Mayor							
exon	66.567,75	5.291,56	407.541,28	626.171,03	61.007,78	61.203,08	
64LC trabj	0,00	560.775,71	6.111.279,37	7.799.174,96	19.669.590,11	28.548.025,91	
64LCempresa	0,00	0,00	74.288,21	151.453,98	22.371,33	113.666,44	
proc. Transnac	0,00	0,00	0,00	0,00	105.744,70	356.150,06	

Cuadro 8. Tabla de datos de las prestaciones abonadas por FOGASA por tipo de solicitud

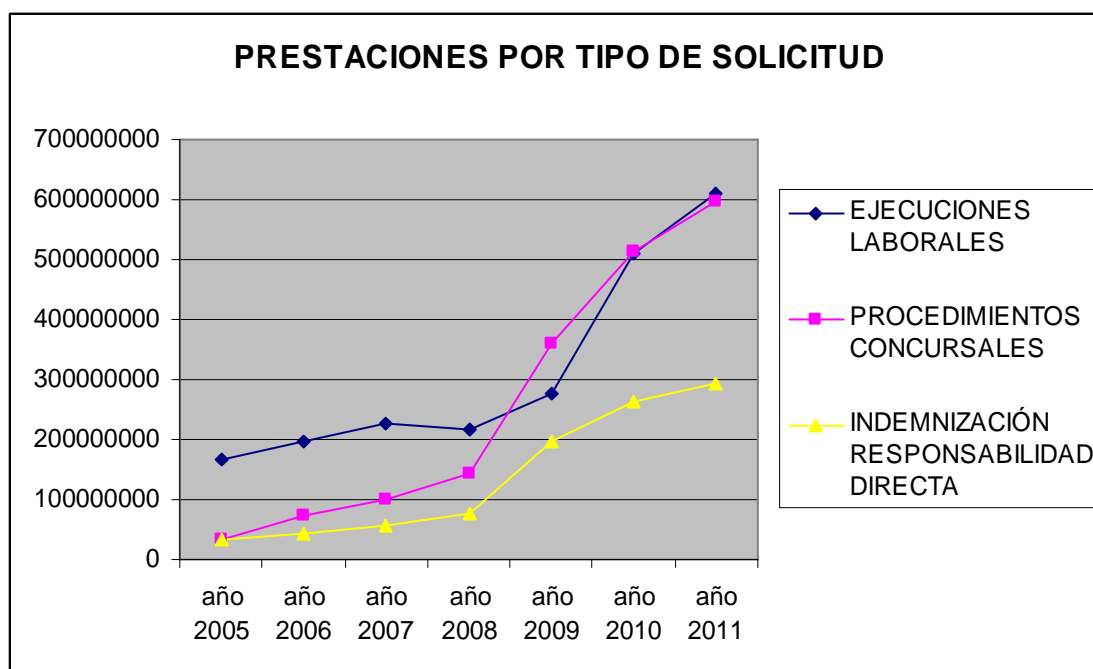


Figura 8. Evolución gráfica de las prestaciones abonadas por el FOGASA en España

Valorando la evolución que se ha producido en estos 7 años estudiados, observamos que la causa más frecuente en los años 2005 a 2008 van a ser las ejecuciones laborales, y dentro de ellas las insolvencias provisionales o definitivas de las empresas, estando lejos de ellas las cifras de las prestaciones solicitadas por procedimientos concursales. Así en el año 2005 las prestaciones que paga el FOGASA por procedimientos tramitados por ejecuciones laborales alcanzan la cifra de 165.536.063,44 euros, de los cuales 165.359.345,30 euros son por insolvencia provisional o definitiva de la empresa, mientras que las prestaciones por procedimientos concursales alcanzan a 31.778.392,91 euros. Y las prestaciones por pago directo son 34.710.489,86 euros. En los años 2006, 2007 y 2008 observamos algo parecido, la mayoría de las prestaciones del FOGASA tienen como causa las ejecuciones laborales, (195.594.978,71 en el 2006; 225.380.768 en el 2007 y 215.089.343,43 en el 2008) y la mayoría por insolvencia provisional o definitiva, y por procedimientos concursales se pagan menos prestaciones (en el 2006 se pagan 73.864.426,86 euros; en el 2007 se pagan 98.813.559,87 euros y en el 2008 se pagan 142.497.964,09 euros), si bien ya observamos que se va produciendo un aumento considerable de los concursos y una disminución importante de las quiebras y las suspensiones de pagos, lo cual es consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 22/2003 Concursal, evolución creciente y continua, observándose en el año 2008 el pago de 140.754 euros por concursos, mientras que el pago de prestaciones por quiebras en ese año es de 1.546.805,53 euros y el de suspensiones de pagos de 196.754,90 euros. Aumentando en estos 3 años además las prestaciones abonadas por procedimientos concursales con respecto a las abonadas por responsabilidad directa (que en el 2006 son 42.600.936,98 euros, en el 2007 son 56.321.528,61 euros y en el 2008 son 76.428.282,03 euros). En los años 2009 y 2010 el panorama va a cambiar, teniendo la mayoría de las prestaciones pagadas por el FOGASA por causa los procedimientos concursales (360.877.219,69 en el 2009 y 513.525.078,41 en el 2010), si bien las prestaciones por ejecuciones laborales no distan mucho de las cifras de las anteriores (275.258.782,83 euros en el 2009 y 495.724.227,86 euros en el año 2010). Dentro de las ejecuciones laborales la causa más frecuente es la insolvencia provisional o definitiva. Y entre los procedimientos concursales la causa más frecuente con gran diferencia son los concursos, continuando la tendencia referida

anteriormente. Así en el año 2009 356.891.768,92 euros en concepto de prestaciones son por concurso, 2.168.894 euros por quiebras y 1.816.556,77 por suspensión de pagos. Y en el año 2010 las prestaciones por concursos ascienden a 512.577.563,63 euros, por suspensión de pagos 895.352,04 euros y por quiebras 52.189,74 euros. En el año 2010 curiosamente la causa más frecuente de pago de prestaciones del FOGASA vuelven a ser las ejecuciones laborales (pagándose 608.571.359 euros), pero los procedimientos concursales no distan mucho de esa cifra (598.114.070,11 euros), estando más distantes las prestaciones por responsabilidad directa (293.297.073,04 euros).

Estimamos también interesante el valorar cuál ha sido el **sector de actividad** en el que se han tenido que aportar más prestaciones por parte del Fondo de Garantía Salarial. Para ello hemos diferenciado en primer lugar los siguientes sectores de actividad: 1) agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca; 2) industrias extractivas; 3) industrias manufactureras; 4) suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado; 5) suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación; 6) Construcción; 7) Comercio; 8) transporte y almacenamiento; 9) Hostelería; 10) Información y comunicaciones; 11) actividades financieras y de seguros; 12) actividades inmobiliarias; 13) Actividades profesionales, cinéticas y técnicas; 14) actividades administrativas y servicios auxiliares; 15) administración pública y defensa, seguridad social obligatoria; 16) educación; 17) actividades sanitarias recreativas y de entretenimiento; 18) otros servicios y 19) sin actividad definida. Representándose su importancia y evolución en el cuadro 9 y la figura 9.

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
AGRICULTURA,GANADERIA,CAZA,SILVICULTURA Y PESCA	2.474.556	4.499.858	3.095.861	5.761.491	15.904.789	14.713.022	17.980.908
INDUSTRIAS EXTRACTIVAS	2.552.109	5.709.403	2.870.870	3.655.302	12.268.312	13.392.318	8.282.179
INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	91.221.271	120.605.770	142.115.022	150.589.380	278.982.431	409.572.715	405.482.734
SUMINISTRO DE ENERGIA ELECTRICA, GAS, VAPOR Y AIRE ACONDICIONADO	233.173	451.731	229.955	2.747.355	5.668.978	10.492.339	15.343.104
SUMINISTRO DE AGUA, ACTIVIDADES DE SANEAMIENTO, GESTION DE RESIDUOS Y DESCONTAMINACION	0	0	0	728.101	1.754.471	2.882.559	4.853.184
CONSTRUCCION	25.516.405	29.690.212	39.413.933	75.405.823	199.904.185	323.966.493	360.984.751
COMERCIO AL POR MAYOR Y AL POR MENOR, REPARACION DE VEHICULOS DE MOTOR Y MOTOCICLETAS	16.219.722	23.585.488	26.525.433	31.692.336	68.616.230	107.414.592	155.295.180
TRANSPORTE Y ALMACENAMIENTO	6.650.210	5.865.078	9.605.735	9.616.606	40.511.079	43.521.607	55.570.479
HOSTELERIA	6.334.270	8.010.330	9.858.617	9.962.804	16.354.375	32.188.402	54.381.124
INFORMACION Y COMUNICACIONES	0	0	0	1.400.442	7.829.469	12.405.506	15.139.237
ACTIVIDADES FINANCIERAS Y DE SEGUROS	604.381	363.784	609.576	797.319	3.184.229	2.619.426	3.917.547
ACTIVIDADES INMOBILIARIAS	5.800.343	3.389.590	3.170.385.08	6.985.979	13.382.415	17.424.596	14.813.687
ACTIVIDADES PROFESIONALES CIENTIFICAS Y TECNICAS	0	0	0	860.343	6.402.668	11.526.475	18.011.075
ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS Y SERVICIOS AUXILIARES	0	0	0	1.693.202	7.667.230	14.269.822	18.921.353
ADMINISTRACION PUBLICA Y DEFENSA, SEGURIDAD SOCIAL OBLIGATORIA	24.343	46.734	7.819	4.960.769	664.464	1.309.069	683.608
EDUCACION	1.740.523	1.688.427	2.094.478	1.267.995	2.782.490	3.481.994	3.721.123
ACTIVIDADES SANITARIAS Y DE SERVICIOS SOCIALES	62.416.480	101.792.769	134.486.159	82.841.735	5.758.942	15.992.677	16.446.342
ACTIVIDADES ARTISTICAS RECREATIVAS Y DE ENTRETENIMIENTO	0	0	0	1.092.678	3.899.722	5.429.806	8.059.564
OTROS SERVICIOS	656.544	60.307	67.110	30.080.652	124.060.345	220.220.115	312.383.921
SIN ACTIVIDAD DEFINIDA	9.580.617	6.300.861	6.364.902	11.875.275	18.161.750	24.177.223	9.711.402

Cuadro 9. Tabla de datos de las prestaciones del FOGASA por sector de actividad

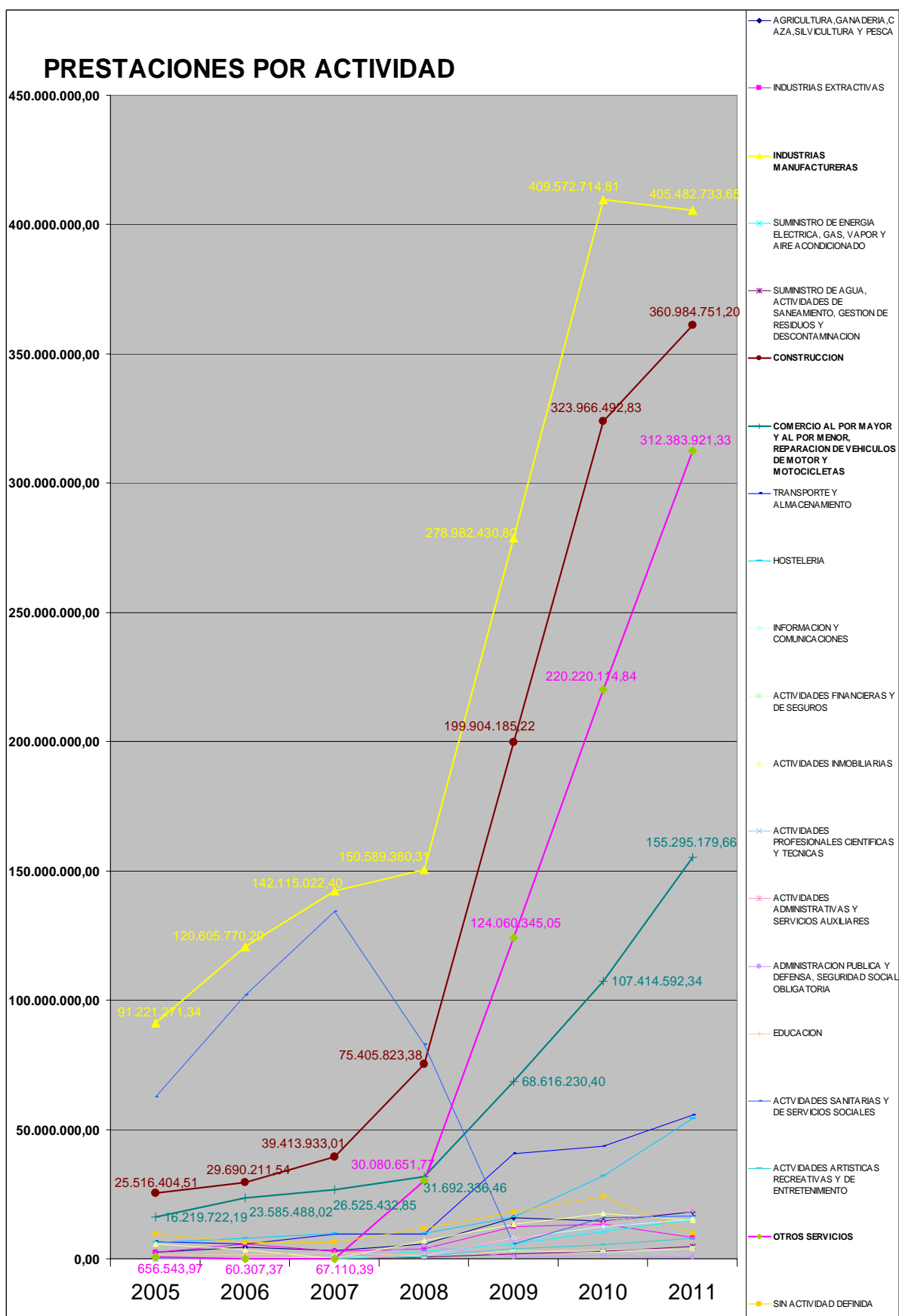


Figura 9. Evolución gráfica de las prestaciones del FOGASA por sector de actividad

En dicho gráfico podemos observar como el sector al que se destinan mayor número de prestaciones por parte del FOGASA es el sector industrias manufactureras en los 7 años de evolución estudiados, abonándose en el año 2005 la cantidad de 91.221 euros (el 39% del total de las prestaciones abonadas ese año). En el año 2006 unos 120.605.770,20 euros (el 39% del total abonado por FOGASA), en el año 2007 se abonan 142.115.022,40 euros (el 37% de las prestaciones totales abonadas), en el año 2008 asciende la cifra a 150.589.380,31 euros (el 35%), en el año 2009 unos 278.982.430,80 euros (el 33%), en el año 2010 se le abonan 409.572.714,81 euros (el 32%) y en el año 2011 unos 405.482.733,65 euros (el 27% del total). Por lo que una vez más se observa la influencia de la crisis económica a partir del año 2009.

El segundo sector que más prestaciones a cobrado del FOGASA en este período temporal del 2005 al 2011 ha sido el sector construcción, pasando de percibir 25.516.404,51 euros en el 2005, a cobrar 360.984.751,20 euros en el año 2011, empezando ha aumentar el gasto de manera más marcada desde el año 2008 por ser un sector muy castigado por la crisis económica.

Y el tercer sector más afectado ha sido durante los años 2005 al 2008 el sector de actividades sanitarias y de servicios sociales, que en 2005 cobraba 62.416.479,53 euros (el 27% del total de lo abonado), y en el año 2008 percibe 82.841.734,72 euros (el 19% del total abonado). Sin embargo desde el año 2009 al 2011 el tercer sector más afectado es el de otros servicios, que de cobrar prestaciones del FOGASA por valor de 656.543,97 euros en el año 2005, en el año 2012 cobra 312.383.921,33 euros (un 21% del total)

6.3. ANALISIS POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

En el presente apartado analizaremos cuales han sido las comunidades autónomas más afectadas por los concursos y que por lo tanto han requerido percibir mayor número de aportaciones por parte del FOGASA.

6.3.1. CONCURSOS

En el presente apartado se ha buscado analizar cuales son las Comunidades Autónomas o Ciudades Autónomas (Ceuta y Melilla), que más concursos han tramitado, para así poder comprobar si también son las que más prestaciones han tenido que recibir del Fondo de Garantía Salarial. Pudiendo determinar así las Comunidades Autónomas más castigadas por la crisis económica iniciada en el año 2008 y que perdura en nuestros días. Dicha proporcionalidad queda reflejada en el cuadro 10 y la figura 10 que se expone a continuación.

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Andalucía	78	65	89	357	507	519	630
Aragón	32	39	26	80	168	179	200
Asturias, Principado de	34	38	34	49	76	75	63
Balears, Illes	37	47	40	129	160	141	252
Canarias	37	29	16	60	121	163	168
Cantabria	6	10	6	19	63	23	57
Castilla y León	46	36	54	121	221	226	237
Castilla - La Mancha	25	12	26	109	149	161	232
Cataluña	192	206	258	705	1287	1203	1288
Comunitat Valenciana	121	119	163	387	770	692	883
Extremadura	9	7	11	26	61	44	74
Galicia	43	50	51	171	274	295	410
Madrid, Comunidad de	105	110	112	332	712	700	727

Murcia, Región de	28	29	23	85	186	155	188
Navarra, Comunidad Foral de	20	19	12	42	62	77	80
País Vasco	100	92	104	196	309	305	381
Rioja, La	13	8	8	24	41	28	37
Ceuta	1	0	0	1	3	3	1
Melilla	0	0	0	1	5	1	2

Cuadro 10. Tabla de datos de la evolución de los concursos en España por CCAA

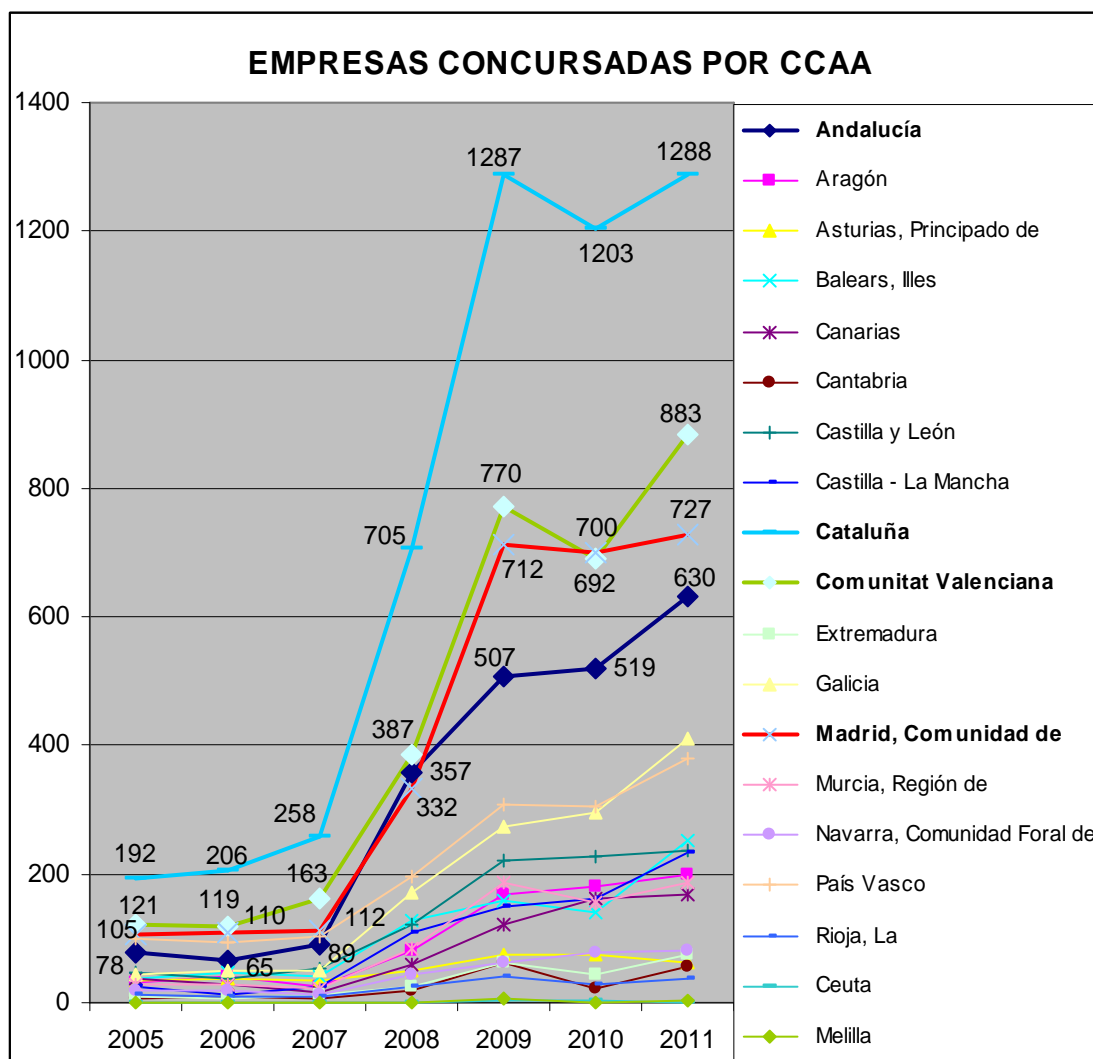


Figura 10. Evolución gráfica de los concursos en España por CCAA

Como se observa en el gráfico 10 y en el cuadro 10, la Comunidad Autónoma que más empresas en concurso tiene durante los siete años de evolución estudiados es Cataluña, que presenta 192 empresas en concurso en el año 2005, 206 en el años 2006, 258 en el año 2007, 705 empresas en el año 2008, 1287 empresas en el año 2009, 1203 empresas en concurso en el año 2010 y 1288 empresas en el año 2011 (el 22% del total de empresas en concurso).

La segunda Comunidad Autónoma que más empresas en concurso presenta durante los 5 años es la Comunidad Valenciana, que pasa de tener 121 empresas en concurso en el año 2005, a 119 empresas en el año 2006, 163 empresas en el año 2007, 387

empresas en el año 2008, 770 empresas en el año 2009, 692 empresas en el año 2010 y 883 empresas en el año 2011 (el 15% del total de empresas en concurso).

Le sigue en tercer lugar Madrid, que en el año 2005 presentaba 105 empresas en concurso, en el año 2008 da un gran salto a 332 empresas, y desde el 2009 tiene 712 empresas, 700 empresas y finalmente 727 empresas en 2011 (el 12% de total de empresas en concurso).

Y la cuarta posición la ocupa Andalucía, que parte de tener 78 empresas en concurso en el año 2005, subir hasta las 705 empresas en el año 2008 y mantener 507 empresas en 2009 y 519 empresas en 2010, para alcanzar la cifra de 630 empresas en concurso en el año 2011 (el 11% del total).

En cuanto a las tasas de incremento interanual, observamos así que desde el año 2008 han aumentado considerablemente las empresas en concurso, destacando unos índices de ascenso con respecto al año anterior del 401% en Andalucía, del 296% en Madrid, del 273% en Cataluña y del 237 % en la Comunidad Valenciana. Por lo que queda claramente constatado en el gráfico el comienzo de la crisis económica española en el año 2008, produciéndose un importante incremento de las empresas en concurso.

6.3.2. PRESTACIONES DEL FOGASA

Analizadas las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas (Ceuta y Melilla) en las que hay más empresas en concurso, vamos a valorar ahora las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas en las que más prestaciones abona el FOGASA. Lo cual se refleja en el cuadro 11 y la figura 11.

TOTALES	AÑO 2005	AÑO 2006	AÑO 2007	AÑO 2008	AÑO 2009	AÑO 2010	AÑO 2011
ANDALUCIA	16.333.202,87	24.549.390,41	26.783.001,88	32.005.109,90	76.805.701,67	132.702.933,70	149.204.806,94
ARAGON	6.176.213,61	8.814.945,99	12.937.584,57	10.992.143,75	30.332.389,03	52.363.631,64	47.048.128,68
ASTURIAS	3.941.001,19	6.235.930,44	6.463.109,17	8.652.929,55	19.837.908,14	26.492.302,70	27.820.993,20
BALEARES	2.727.166,68	3.885.425,15	5.293.813,57	5.182.586,39	32.761.395,55	17.101.263,81	25.275.953,91
CANARIAS	7.273.394,47	8.216.830,94	11.117.722,98	12.573.978,77	17.327.106,27	29.807.817,35	57.943.689,46
CANTABRIA	2.362.917,84	3.075.578,62	3.785.362,08	3.727.043,07	9.787.597,65	16.503.258,39	14.777.696,10
CASTILLA- LA CASTILLA-LEON	9.678.169,47	10.782.124,63	11.871.376,03	14.430.968,92	45.775.959,48	47.414.980,37	54.062.243,30
CATALUÑA C.	63.807.397,62	89.408.138,44	105.759.420,61	128.170.650,26	169.989.793,92	274.815.344,01	359.048.078,21
VALENCIANA	46.289.992,98	63.517.599,82	76.213.243,19	88.524.158,58	128.393.945,93	261.641.974,38	191.433.886,18
EXTREMADURA	2.227.172,33	2.892.208,50	3.519.785,46	3.217.394,18	7.944.871,99	15.768.860,30	17.741.725,43
GALICIA	11.087.079,33	15.506.145,82	10.698.780,24	16.423.467,49	34.964.252,61	51.542.065,17	75.040.928,85
MADRID	21.991.107,91	29.606.895,51	35.440.856,48	36.338.161,09	72.098.434,38	128.642.819,86	201.108.263,27
MURCIA	2.579.891,23	5.066.602,21	8.274.674,06	8.114.241,58	26.233.751,89	31.128.965,57	49.882.521,84
NAVARRA	4.279.750,19	5.267.224,44	5.273.384,32	4.946.945,75	16.123.307,25	21.671.730,90	29.196.994,90
PAIS VASCO	20.696.276,31	20.084.109,87	39.467.268,00	39.920.037,14	89.251.832,21	108.020.752,11	129.039.988,57
LA RIOJA	856.391,72	2.403.783,13	1.829.478,01	2.253.301,50	6.901.904,32	10.883.043,05	9.493.504,61
CEUTA-MELILLA	317.999,95	194.234,31	231.486,88	400.220,36	575.594,90	963.528,95	710.777,61
TOTAL	232.024.946,21	312.060.342,57	380.515.856,50	434.015.589,55	833.758.573,53	1.287.000.755,53	1.499.982.502,42

Cuadro 11. Tabla de datos de las prestaciones abonadas por el FOGASA por CCAA

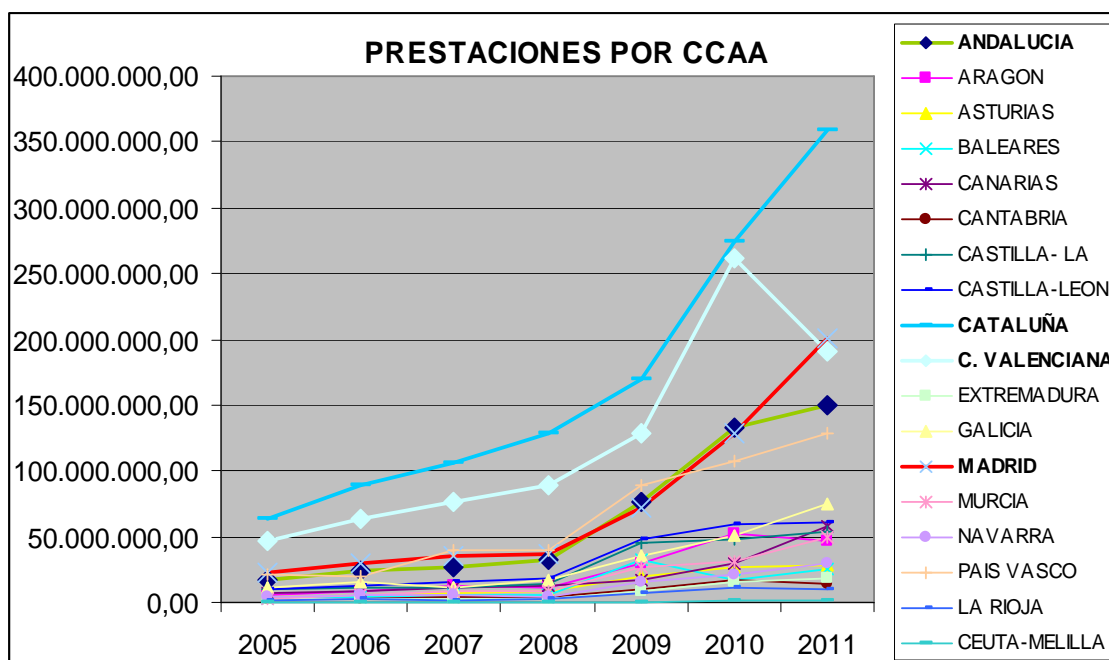


Figura 11. Evolución gráfica de las prestaciones abonadas por el FOGASA por CCAA

Del presente análisis se desprende que la Comunidad Autónoma que más prestaciones cobra del FOGASA es Cataluña, al igual que era la Comunidad que más empresas en concurso tenía. Percibiendo del FOGASA en el año 2005 la cantidad de 63.807.397,62 euros, en el año 2006 cobra 89.408.138,44 euros, en el año 2007 unos 105.759.420,61 euros, en el año 2008 percibe 128.170.650,26 euros, en el año 2009 la cantidad de 169.989.793,92 euros, y en el año 2011 las percepciones son de 359.048.078,21 euros.

La segunda comunidad que más prestaciones del FOGASA percibe durante esos mismos siete años es la Comunidad Valenciana, que en el 2005 percibe 46.289.992,98 euros, en el 2006 cobra 63.517.599,82 euros, en el 2007 son 76.213.243,19 euros, en el 2008 percibe 88.524.158,58 euros, en el 2009 la cantidad de 128.393.945,93 euros, en el 2010 unos 261.641.947,38 euros y en el 2011 la prestaciones que percibe del FOGASA ascienden a 191.433.866,18 euros.

Le seguirá la Comunidad de Madrid, que de percibir 21.991.107,91 euros en el año 2005 y 36.338.161,09 en el año 2008, desde el año 2009 experimenta un considerable incremento que asciende a 72.098.434,38 euros en el año 2009, a 128.642.819,86 euros en el año 2010 y 201.108.263,27 en el año 2011.

En los años 2006, 2008, 2009, 2010 y 2011 ocupará el tercer puesto Andalucía, que partiendo de 24.549.390,41 euros percibidos del FOGASA en el año 2006, llegará a percibir en el año 2011 la cifra de 149.204.806,94 millones de euros del FOGASA.

El País Vasco será quien ocupará el tercer lugar en los años 2005 (percibiendo 20.696.276,31 euros) y 2007 (en el que recibe del FOGASA 39.467.268 euros).

Por lo que observamos que desde el año 2008 se produce un considerable aumento del abono de las prestaciones por parte del FOGASA. Y que las mismas Comunidades Autónomas que tienen más empresas en concurso son lógicamente las que reciben más prestaciones del FOGASA.

7.- CONCLUSIONES

Del trabajo desarrollado extraemos las siguientes conclusiones:

1.- La vocación de universalidad del proceso concursal ha llevado a que se considere más conveniente que sea el Juez del concurso quien conozca y decida los expedientes de regulación de empleo tras la declaración del concurso, en vez de que lo haga la autoridad laboral, que es lo que venía sucediendo hasta ahora en los procesos de quiebra o suspensión de pagos.

No obstante esta competencia jurisdiccional, en segunda instancia, el conocimiento y enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción social, al preverse que la decisión de los Jueces de lo mercantil en esta materia será recurrible en suplicación ante los órganos jurisdiccionales del orden social, artículo 64.8 de la Ley Concursal.

En cuanto a la extinción laboral hemos contemplado las tres en las que resulta competente el juez de lo mercantil, contemplados en el artículo 8.2 de la ley concursal:

A) Extinción del contrato por voluntad del trabajador por incumplimiento por parte del empresario.¹

B) Expediente de regulación de empleo extintivo

C) Extinción de contratos de alta dirección

2.- Los créditos salariales pueden integrar tanto los créditos contra la masa como los créditos concursales, comprendiéndose dentro de estos últimos los privilegiados, ordinarios y subordinados. Siendo su calificación importante para determinar el orden de cobro, el nombramiento de administrador-acreedor, el derecho de voto y la vinculación del Convenio.

3.- El FOGASA deberá ser citado como parte del proceso concursal cuando de dicho proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores.

4.- Según la disposición final de la Ley 35/2010, el gobierno debe iniciar de forma inmediata los trámites necesarios para regular un Fondo de capitalización que asuma la nueva obligación del FOGASA.

5.- Del estudio empírico realizado podemos concluir que la entrada en vigor de la Ley 22/2003 Concursal ha influido en cuanto al tipo de procedimiento por el que se solicitan las prestaciones del FOGASA aumentando desde el año 2008 el número de concursos y disminuyendo progresivamente el de quiebras y suspensiones de pagos Y si bien hasta el año 2007 se acudía más a las ejecuciones laborales, desde el año 2008 predominan los procedimientos concursales estando prácticamente equiparados en cifras en el año 2011.

6.- Lo que más se ha constatado en el estudio empírico realizado es la verdadera existencia de la crisis económica iniciada en España en el año 2008, observándose un aumento considerable de los concursos y de las prestaciones que ha tenido que ir abonando el FOGASA en concepto de salarios y de indemnizaciones desde dicha fecha, siendo mayor la cuantía abonada en concepto de indemnizaciones que en concepto de salarios. Lo cual constata la gran destrucción de empleo que se ha

producido en este período de tiempo y la insolvencia o la falta de liquidez de las empresas. Siendo más abundantes los concursos voluntarios que los necesarios.

7.- El sector más afectado por la crisis económica del 2008 ha sido el sector construcción, seguido del sector industria y energía y el sector comercio.

8.- Y las Comunidades Autónomas que han presentado mayor número de empresas concursadas y que por lo tanto han tenido que recibir más prestaciones del Fondo de Garantía Salarial han sido, por este orden, Cataluña, Comunidad Valenciana, Madrid y Andalucía.

9.- Este aumento considerable del gasto por parte del FOGASA ha llevado a que en Consejo de Ministros se hayan tenido que habilitar partidas presupuestarias extras desde el año 2009 y a que se plantee por parte del Gobierno a raíz de ello un cambio en la estructura y en la forma de financiación del Fondo de Garantía Salarial, hablándose de un futuro fondo de capitalización cuya puesta en práctica queda aún en duda por la escasez de recursos con que se cuenta. Acordándose la reducción en la cuantía de las prestaciones que ha cubrir el FOGASA y discutiéndose si se aumenta la tasa de recaudación a un 0,6% en las nóminas.

10. Ello también ha llevado a que el Gobierno adopte profundas reformas legislativas al haber quedado en tela de juicio el modelo de mercado español existente hasta ese momento.

BIBLIOGRAFIA

ALBIOL MONTESINOS, I. (1989): «Las prestaciones del FOGASA: criterios normativos y jurisprudenciales (I)», *Actualidad Laboral*, núm. 38. Madrid

- (1993): «El Fondo de Garantía Salarial», en *Estudio sobre el salario*, Acarl, Madrid.

ALTÉS TÁRREGA, JUAN ANTONIO (2010), «Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12. Madrid.

ALVAREZ DE LA ROSA, M. (1993): «Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección», *Relaciones Laborales*, núm. 23., Madrid.

ARRIETA IDIAKEZ, FRANCISCO JAVIER (2010), «Relaciones laborales en empresas concursadas», *Revista Vasca de Administración Pública*. Núm. 87-88. Guipúzcoa.

CANTOS ABERASTURI, E. (2000): «El fondo de Garantía Salarial, Régimen jurídico de las prestaciones y su intervención en el procedimiento laboral.». *Monografías laborales* nº 10 Editorial CISS PRAXIS. Valencia.

CASANELLAS BASSOLS, RAIMON (2006), «La actuación de la administración concursal ante el personal de alta dirección», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. núm. 4. Madrid.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO (2000) «El Fondo de Garantía Salarial (artículo 33) », Civitas. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. núm. 34. Madrid.

COSTA REYES, ANTONIO (2005), «El tratamiento concursal del personal de alta dirección», Temas Laborales. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*.núm. 80. Madrid.

CRUZ VILLALÓN, J. (1993): «El Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral», *Relaciones Laborales*., núm. 11, Madrid

ELORZA GUERRERO, FERNANDO, «Efectos de la Reforma Concursal sobre la protección de los créditos laborales de los trabajadores», Civitas. *Revista española de derecho del trabajo*. Núm. 129. Navarra.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JUAN JOSÉ (2011), «Responsabilidad del FOGASA respecto de indemnización debida en virtud de expediente de regulación de empleo a quienes disfrutaban de una excedencia mixta». Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social*. Núm. 339. Madrid.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ROBERTO (2006), «La transformación de acciones individuales en extinciones colectivas: el funcionamiento en la práctica judicial del derecho reconocido en el artículo 50.1b) del ET dentro del concurso. Estudios financieros». *Revista de trabajo y seguridad social*. núm. 284. Madrid.

GARCÍA MARQUEZ, J.M. (1992): «Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial», *Estudios Trivium Laboral*, Madrid.

GARCÍA MURCIA, J. (1985): «La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial», en *Comentarios a la nueva Legislación Laboral*, Madrid.

- (1986): «El reparto de competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo: el caso del Fondo de Garantía Salarial. Comentario de urgencia al Auto del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1986», *Relaciones Laborales* núm. 12, Madrid

- (1990): «Responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial y aplicación en el tiempo de las normas laborales», *Relaciones Laborales* núm. 14. Madrid.

- (1993): «El fondo de garantía salarial». Colección: Estudios e Investigaciones. *Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Servicios de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid.

- (1995): «Sobre la posición del Fondo de Garantía salarial en el proceso laboral», en Civitas. *Revista Española de derecho del Trabajo*. Núm.74. Navarra.

- (2006): «El Fondo de Garantía Salarial ante las situaciones de insolvencia empresarial», en *Comentario Sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, Granada.

GARCIA PAREDES, MARÍA LUZ (2007) «Fondo de Garantía Salarial: responsabilidad en caso de insolvencia», *Actualidad Laboral*. Núm. 1. Madrid.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO (2003). «Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal», Justicia Laboral. *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Núm. 15. Valladolid.

GIL SUAREZ, L. (1983), «Los créditos laborales y los procesos concursales». Civitas. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 13. Navarra.

GONZALEZ PASCUAL, JULIAN; LOPEZ SERRANO, MARTA (2011). «La relación laboral en los concursos de acreedores». *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*. Septiembre 2011.

- (2012). «La relación laboral en los concursos de acreedores». *Revista de Economía. Información Comercial Española*. Núm. 866, mayo-junio 2012. Madrid.

GONZALEZ PILLADO, E. (1996): «La intervención del Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral», *Aranzadi Social*, tomo IV. Pamplona

GONZÁLEZ VELASCO, JESÚS; VIVES USANO, PAZ (2008), «Fuerza mayor, indemnización a cargo del FOGASA, ¿tiene o no el tope del triple del SMI? », Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios. Casos Prácticos. Recursos Humanos*. Núm. 310. Madrid.

HERRERA CUEVAS, EDORTA, J.E. (2005), «Medidas del nuevo Derecho laboral concursal sobre personal de alta dirección», *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*. Núm. 2. Madrid.

- (2008) «Aspectos laborales del concurso de acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Núm. 8. Madrid.

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, (2005): «Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución socialmente inteligente de las reestructuraciones de empresas», *Relaciones Laborales* nº 6/2005. Madrid.

LABORDA FERRER, RICARDO (2010) «Aspectos laborales del concurso de acreedores, especial referencia a la extinción colectiva de los contratos de trabajo», *Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios. Casos Prácticos. Recursos Humanos*. Núm. 322. Madrid.

LANTARON BARQUIN, DAVID (1994). «El privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, notas para un estudio». *Revista de trabajo y seguridad social*. Núm. 14. Madrid.

LLOMPAR BENNASSAR, M. (2007): «El salario: concepto, estructura y cuantía». *La Ley*, Madrid.

MANRIQUE LÓPEZ, FERNANDO (1995). «Aspectos laborales de los procedimientos concursales». *Boletín de Estudios Económicos*. Núm. 50. Vizcaya.

MARTÍNEZ FONS, DANIEL (2010), «Las prestaciones a cargo del Fondo de Garantía Salarial en caso de resoluciones contractuales por incumplimiento empresarial de la obligación de pago de salario, para el caso de las empresas declaradas en concurso», *Aranzadi Social*. Núm. 12. Navarra.

MARTINEZ MORENO, C. (1994): «*La extinción del contrato de alta dirección*». Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

MATORRAL DIAZ-CANEJA, ANA (2004), «La incidencia de la Reforma concursal en el ámbito laboral», ICADE. *Revista de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Núm. 61. Madrid.

MIRANDA BOTO, JOSE MARÍA (2010), «Extensión de la garantía del FOGASA: validez de las indemnizaciones reconocidas por la jurisdicción social en el marco de un concurso». *Aranzadi Social*. Núm. 2. Navarra.

MOLERO MANGLANO, CARLOS (1997), «Alta dirección: una revolución jurisprudencial». Relaciones Laborales. *Revista Crítica de teoría y práctica*. Núm. 13. Madrid.

MOLERO MARAÑÓN, MARÍA LUISA (2006), «Sobre la delimitación de competencias entre los Juzgados de lo Mercantil y los Juzgados de lo Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

MOLINER TAMBORERO, G. (1981): «El fondo de Garantía salarial y su problemática jurídica», *Revista del Trabajo*, nº 63-64. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Madrid.

MONEREO PEREZ, J.L. «Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso» en *Relaciones Laborales*, nº 15, Sección Doctrina. Madrid.

MONTOYA MEDINA, D. (2009): «La determinación de las indemnizaciones por la extinción concursal de los contratos de trabajo y de alta dirección: interrogantes», *Actualidad Laboral*, nº 2, sección Estudios, Quincena del 15 al 31. Madrid.

ORDEIG FOS, J. M^a «De la intervención y llamada a juicio del Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral», *La nueva Ley de Procedimiento Laboral* (Real Decreto-Legislativo 521/1990, de 27 de abril), tomo VIII, vol. 1º, Madrid.

ORELLANA CANO, NURIA (2011) «Aspectos laborales del concurso de acreedores». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Núm. 14. Madrid.

ORTEGA PRIETO, E. y ORTEGA FIGUERAL, E. (2010): «La Reforma Laboral 2010: Comentarios prácticos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral». *La Ley*, Madrid.

PALOMO BALDA, E. (2005): «Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial». *Colección de Cuadernos de Derecho Judicial*, - CGPJ XXI- 2005. Madrid.

RAMÓN DANGLADA, REMEDIOS (2008) «El Fondo de Garantía Salarial como seguro de salarios. Un modelo económico de comportamiento: Eficacia vs riesgo moral», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Núm. 71. Madrid.

RAMOS TORRES, M. (2000): «El Fondo de Garantía Salarial: Configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo», *Editorial Comares*, Granada.

RÍOS SALMERON, BARTOLOMÉ (2002) «Garantías del Salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 38. Madrid.

- (2003). «Privilegios de los créditos laborales en situaciones concursales», *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*. Núm. 23-24. Madrid.

RIOS SALMERON, B. Y SEMPERE NAVARRO, A.V. (2004): «*La Ley Concursal y los aspectos sociales*», *Laborum*, Murcia.

RIOS SALMERON, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2004): «El procedimiento concursal y los contratos de trabajo», en *Derecho Constitucional y Paraconcursal*, núm. 1/04.

ROCHA, MANUEL DE LA (2004). «El régimen de los créditos laborales en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho Social*. Núm. 25. Madrid.

ROMERO BUSTILLO, SANTIAGO (1993), «El Fondo de Garantía Salarial: ámbito de aplicación, determinación y límite de las prestaciones de garantía, prescripción y caducidad». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 8. Madrid.

- (1994): «El fondo de garantía salarial: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núm. 2. Madrid.

ROQUETAS BUJ, R. (1997): «*Las prestaciones del FOGASA*». Tirant lo Blanch, Valencia.

- (1998): «Las prestaciones indemnizatorias por despido disciplinario a cargo del FOGASA», *Actualidad Laboral* núm. 24. Madrid.

- (2010) «La insolvencia concursal y el Fondo de Garantía Salarial», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Núm 12. Madrid.

ROJAS ARAGÓN, FRANCISCO JAVIER; CEGARRA CERVANTES, FELIPE JOSÉ (2011), «Abono parcial de indemnizaciones por el FOGASA tras la instrucción de 3 de junio de 2011». *Aranzadi Social*. Núm. 5. Navarra.

RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, M.S. (2005): «La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso». *Actualidad Laboral*, nº 17, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 de octubre. Madrid.

TAPIA HERMIDA, ANTONIO (2007), «Insolvencia empresarial, institución nacional de garantía (FOGASA) y crédito salarial». Estudios Financieros. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Casos Prácticos. Comentarios. Recursos Humanos*. Núm. 286. Madrid.

- (2011), «Concurso de acreedores, socios (accionistas) y trabajadores (salario, indemnizaciones y prestaciones sociales)», Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social*. Núm. 345. Madrid.

VAL DE TENA, A.L. (2005): «Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios», *Relaciones Laborales*, nº 23, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 de diciembre. Madrid.

VELA TORRES, PEDRO (1992). «Problemática de los créditos salariales en los procedimientos concursales». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 2. Madrid.

VIGUERA RUBIO, J.M. (2004): «Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección», en *Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica*. 14/2004. Madrid.

