

RESOLUCIÓN DE 3-6-2011, DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, SOBRE ACTUACIÓN EN LOS CASOS DE EXTINCIÓN DE CONTRATOS DE TRABAJO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN EN LAS EMPRESAS DE MENOS DE 25 TRABAJADORES (BOE 24-6)

INTRODUCCIÓN

1. El artículo 33.8 del E.T., en su actual redacción, aprobada por Ley 43/2006, de 29-12 dispone: «En las empresas de menos de 25 trabajadores, el FOGASA abonará el **40 %** de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley Concursal».

Como consecuencia de la modificación operada en su momento por la Ley 11/94, de 19-5, en el artículo 52.c) del E.T., se aprobó por esta Secretaría General del FOGASA la Instrucción de 29-6-94 (B.O.E. número 183, de 2-8-1994) a los efectos de dar protección a los trabajadores afectados por esta medida extintiva respecto al **40 %** de la indemnización legal con cargo al organismo, cuando la empresa fuera de menos de 25 trabajadores, haciendo extensivo el artículo 33.8 del E.T. a estas situaciones.

Las posteriores redacciones dadas al citado apartado 8º del artículo 33 confirmaron esta línea de protección a los trabajadores, y a la pequeña y mediana empresa, extendiendo asimismo la cobertura a la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando se trate de una empresa sometida a concurso de acreedores, en cuyo caso el despido colectivo es aprobado por Auto del Juzgado de lo Mercantil, en lugar de la Autoridad Laboral.

2. A su vez, el artículo 53.1 del E.T., en su redacción vigente en el año 1994 exigía para la validez del acuerdo de extinción por causas objetivas entre otros requisitos poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de 20 días por año de servicio, de tal manera que la falta de este requisito suponía la nulidad de la decisión extintiva.

Por este motivo, la Instrucción de esta Secretaría General de 29-6-94 dispuso que el procedimiento de solicitud de prestaciones al FOGASA se iniciaría, en cuanto a los supuestos del artículo 52.c) y 53 del E.T., siempre, a instancia de la empresa o empresario/a.

Posteriormente, el E.T., añadió al artículo 53.1.b) un 2º párrafo que exceptúa la puesta a disposición al trabajador de la indemnización si la causa de la extinción se fundase en la económica prevista en el apartado c) del artículo 52, de tal forma que ya no será causa de nulidad el impago de la indemnización, por lo que el trabajador/a puede conservar su crédito y en consecuencia, ser el beneficiario directo de la prestación prevista en el artículo 33.8 del E.T..

3. Por su parte, la Ley 35/2010, de 17-9, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, establece que el FOGASA abonará a las empresas una parte de la indemnización devengada como consecuencia de la extinción de los contratos indefinidos celebrados a partir del 18-6-2010 por las causas previstas en los artículos 51 o 52 del E.T. y 64 de la Ley concursal. Medida de carácter coyuntural que sirve de transición hacia el **modelo de capitalización individual**, al que alude la Disposición adicional 10ª de la Ley 35/2010, de 17-9 (**PARECE QUE YA NO**). Estableciéndose expresamente que el abono del **40%** de la indemnización legal en las empresas de menos de 25 trabajadores, para los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados con anterioridad al 18-6-2010, se seguirán rigiendo por lo dispuesto en el artículo 33.8 del E.T.. En consecuencia, la prestación del **40%** no será de aplicación a los contratos indefinidos suscritos con posterioridad al 18-6-2010, toda vez, que respecto de los mismos, el FOGASA asume las prestaciones contenidas en la disposición transitoria 3.ª de la Ley 35/2010

4. Junto a los razonamientos anteriores, hay otras cuestiones de índole técnica y jurídica, que aconsejan actualizar la tan citada Instrucción de 29-6-94. Así, se exigía en aquella Instrucción que la empresa aportara al FOGASA junto a su solicitud una serie de documentos, de los que hoy en día el Organismo puede obtener por vía electrónica gracias a los convenios de colaboración con otros órganos de la Administración, como el Ministerio del Interior o la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). La supresión de la obligación de aportar documentos que el propio organismo puede obtener está en línea con las directrices marcadas por la Unión Europea y el propio Gobierno de España de reducción de cargas administrativas a las empresas y ciudadanos, y de simplificación administrativa que se viene impulsando desde las más altas instituciones del Estado y redundará, sin duda, en una mayor agilidad para los interesados.

Por todo ello, contando con los informes legalmente preceptivos, y habiendo intervenido el Consejo Rector del organismo en el ejercicio de la función que le atribuye el artículo 6.1.a) del Real Decreto 505/85, de 6-3, sobre organización y funcionamiento del FOGASA esta Secretaría General del FOGASA, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 21 de la Ley 30/92, de 26-11 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 8.a) y b) del Real Decreto precitado, dicta la siguiente

INSTRUCCIÓN

1. El FOGASA abonará el importe correspondiente al **40 %** de la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en empresas de menos de 25 trabajadores.

El importe de este abono se calculará, de conformidad con el 2º párrafo del artículo 33.8 del E.T., sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2º del propio artículo 33.

2. Procedimiento:

2.1 Interesados en el procedimiento.- Se considera que tienen interés suficiente para promover expediente para el reconocimiento de las prestaciones, además de los previstos en el artículo 20 del Real Decreto 505/85, la empresa o empresario/a que acredite haber llevado a cabo la extinción del contrato de trabajo en la forma prevista en el **artículo 53** del E.T..

2.2 Iniciación del procedimiento.- El procedimiento de solicitud de prestaciones al FOGASA se iniciará a instancia del trabajador, o bien a instancia de la empresa o la administración concursal cuando se haya abonado al trabajador previamente el **100%** de la indemnización prevista en el artículo 53.1.b) del E.T..

2.3 Presentación.- La solicitud se presentará en la Unidad Administrativa del FOGASA competente para la instrucción del expediente, que corresponderá a la de la provincia donde se ubique el centro de trabajo, salvo que la empresa esté sometido a un procedimiento concursal, en cuyo caso la unidad instructora será la correspondiente a la sede social de la empresa o el domicilio del empresario individual. Asimismo, podrá presentarse en cualquiera de las oficinas o registros a los que alude el **artículo 38.4** de la Ley 30/92, de 26-11, en los términos establecidos en dicha norma, o través del registro electrónico del FOGASA (https://www.registro.fogasa.mtin.es/fogasa_cliente/consultaSalarios.do)

o del Registro Electrónico General previsto en el artículo 31 del Real Decreto 1671/2009 (<https://tramita.060.es>)

2.4 Documentación de solicitud.- A los efectos del reconocimiento de las prestaciones derivadas de la aplicación del **artículo 53** del E.T., se deberá acompañar, a la solicitud formulada en modelo oficial, los siguientes documentos:

2.4.1 Con carácter general:

2.4.1.1 Identidad. Documento que acredite la personalidad del solicitante o de aquel que acredite la representación (DNI, NIE o documento equivalente), salvo que haya decidido acogerse a las formalidades de la Orden PRE/3949/2006, de 26-12, por la que se establece la configuración, características, requisitos y procedimientos de acceso al Sistema de Verificación de Datos de Identidad, para no aportar fotocopia del DNI, o se presente la solicitud mediante el registro electrónico, a través de firma electrónica, en los términos de la Orden TIN/2942/2008, de 7-10, que crea un registro electrónico en el FOGASA, y se establecen los criterios generales de tramitación electrónica de determinados procedimientos. La documentación, que se presentara en original acompañada de copia para su compulsión, o fotocopia ya compulsada, será la siguiente:

Documento que acredite la identidad del solicitante: DNI, NIE, o documento equivalente.

Si el interesado actúa mediante representante, deberá aportar documento que acredite su identidad: DNI, NIE o documento equivalente, así como del documento por el que se acredite la representación por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna (poder notarial, documento privado con firma legitimada...), o mediante declaración en comparecencia personal ante funcionario público.

En caso de tratarse de una persona jurídica o un ente sin personalidad jurídica, escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica o entidad de que se trate, además de la documentación justificativa de la capacidad para actuar en su nombre del representante.

Para poder percibir las prestaciones a través del representante, deberá constar claramente en el documento de representación, la facultad del mismo para poder cobrar del FOGASA.

2.4.1.2 Carta de despido. Comunicación por escrito al trabajador por la que se procede a su despido y donde necesariamente debe figurar:

- la identidad del trabajador
- el salario que haya servido para el cálculo de la indemnización a cargo de la empresa
- la fecha de efectos del despido.

Igualmente figurará en dicha carta la fecha de alta en la empresa o en la empresa inicial, de producirse la subrogación del artículo 44 del E.T.. Si bien su falta podrá suplirse aportando documentación adicional que acredite dichos datos.

2.4.2 Documentación específica: Junto a esta documentación, se aportará:

2.4.2.a) Cuando la solicitud la efectúe el trabajador: Alternativamente, declaración personal del trabajador, manifestando expresamente y bajo su responsabilidad que no ha interpuesto reclamación frente a la decisión extintiva del empresario o, en caso de haberlo impugnado, copia testimoniada de la resolución firme que acredite la terminación del proceso administrativo o judicial seguido frente a dicha extinción, confirmando la procedencia del despido objetivo.

2.4.2.b) Cuando la solicitud la realice la empresa o la administración concursal, por haber abonado el 100% de la indemnización al trabajador: Documento que acredite que el trabajador ha percibido el 100% de la indemnización recogida en la letra b) del citado artículo 53.1 del E.T., calculada a razón de veinte días por año de servicio, prorrateando los periodos inferiores por meses completos: documento bancario o contable que acredite la transferencia o el cargo realizado, o documento equivalente.

2.4.2.c) Resolución de ERE o Auto del Juzgado Mercantil. Cuando se trate de un despido colectivo conforme a los artículos 51 del E.T. o 64 de la Ley 22/2003, Concursal, se aportará la Resolución de la autoridad laboral que autorice la extinción de los contratos o el Auto dictado por el Juez de lo Mercantil referida a esa extinción colectiva. En ambos casos con diligencia de firmeza

2.5 Ordenación e instrucción. Recibida la solicitud el expediente se impulsará de oficio en todos sus trámites.

2.5.1 Si la solicitud se formulase por los trabajadores y no apareciese suscrita también por la empresa y, en su caso, por el órgano competente del concurso, el FOGASA dará traslado de la misma, dentro del plazo máximo de 10 días, a contar desde la fecha de la presentación de la solicitud, a la empresa y al juzgado donde se tramite el procedimiento concursal, a fin de que manifiesten lo procedente. A la inversa se dará traslado al trabajador cuando el solicitante sea la empresa o la administración concursal.

Transcurridos 10 días sin recibirse contestación, se presumirá su conformidad con el contenido íntegro de la solicitud, continuándose la instrucción del expediente.

2.5.2 El FOGASA recabará de la TGSS, las fechas de alta y baja del trabajador en la empresa, así como sus bases de cotización a la Seguridad Social. Asimismo, podrá recabar de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria la información necesaria a fin de contrastar los datos referidos a la retribución de los trabajadores.

De existir discrepancias entre los datos extraídos de la TGSS y los que figuran en la carta de despido, se conferirá un trámite de audiencia a los interesados, por diez días, en los términos del artículo 84 de la Ley 30/92, de 26-11, a los efectos de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, salvo que el interesado al formular la solicitud, o en un momento posterior, haya acreditado documentalmente los motivos de la discrepancia con los datos de la TGSS a través de sentencia firme, acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, nomina/s o documento similar que recoja el salario diario del trabajador, y las fechas de alta y baja en la empresa. De no admitirse las alegaciones efectuadas, o de no aportarse documentación justificativa suficiente, se resolverá el expediente administrativo en virtud de los datos obtenidos de la información obrante en poder de la Administración.

En ningún caso podrá reconocerse a favor de la empresa una indemnización por importe diario superior al utilizado por esta en el cálculo de la indemnización abonada al trabajador despedido.

3. De producirse la indebida percepción de este tipo de prestaciones, el FOGASA reclamará administrativamente su devolución, y, en caso de no efectuarse su el reintegro, ejercerá las oportunas acciones judiciales.

4. En la aplicación de la presente instrucción, se estará a lo dispuesto, con carácter general, en el Real Decreto 505/85, de 6-3, en la Ley 30/92, de 26-11, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la disposición transitoria 3ª de la Ley 35/2010, de 17-9.

5. Quedan sin efecto cuantas instrucciones o circulares de igual o inferior rango se opongan al contenido de la presente, y en particular la Instrucción de 29-6-94.

6. La presente instrucción se aplicará a partir del 25-6, día siguiente al de su publicación en el BOE.