

# RESPONSABILIDAD DEL FOGASA RESPECTO DE INDEMNIZACIÓN DEBIDA EN VIRTUD DE EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO A QUIENES DISFRUTABAN DE UNA EXCEDENCIA «MIXTA»

[A propósito de la STSJ de Navarra de 16 de febrero de 2010,  
con Voto Particular digno de reflexión] \*

**JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

## **Extracto:**

LA sentencia comentada sirve para mostrar cómo la crisis aguza el ingenio de los juristas a la hora de mezclar cuestiones casi pacíficas en la práctica judicial para obtener un resultado insospechado en Derecho. En el caso, se encadenan una excedencia voluntaria, a la que un acuerdo de empresa incorpora el derecho de reingreso automático, con un pacto alcanzado entre las partes en el periodo de consultas, aprobado por el Juzgado de lo Mercantil, en el cual se reconoce el derecho a la indemnización por despido de los excedentes «mixtos»..., pero a cargo del FOGASA.

**Palabras clave:** excedencia voluntaria «mixta», derecho al reingreso, acuerdos en periodo de consultas, indemnizaciones y responsabilidad del FOGASA.

---

\* El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en *RTSS, Legislación y Jurisprudencia*. CEF, núm. 332 (págs. 151 y ss.) y en *Normacef Sociolaboral*, Colección Jurisprudencia, NSJ036384.

# LIABILITY IN RESPECT OF COMPENSATION DUE FOGASA UNDER CONTROL RECORD OF EMPLOYMENT LEAVE THOSE IN A «MIXED»

[About the STSJ of Navarre, February 16, 2010, with Private Vow worthy of reflection] \*

**JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de León*

## **Abstract:**

**T**HE annotated sentence serves to show how the crisis sharpens the lawyers' wits to mix almost peaceful issues in the courts of justice in order to obtain an unexpected result in law. In this case, a voluntary leave to which an enterprise agreement includes the right to re-entry, appears chained to a redundancy in which has another agreement reached in the consultation period by the company in bankruptcy and worker's representatives recognizing the right to compensations..., but by the FOGASA.

**Keywords:** «mixed» voluntary leave, right to re-entry, agreements in consultation period, compensations and FOGASA responsibility.

---

\* El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en *RTSS, Legislación y Jurisprudencia*. CEF, núm. 332 (págs. 151 y ss.) y en *Normacef Sociolaboral*, Colección Jurisprudencia, NSJ036384.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. El supuesto de hecho en detalle.
- III. Sobre las excedencias voluntarias cuyo régimen legal ha sido alterado por vía convencional.
- IV. Sobre la responsabilidad del FOGASA en estos supuestos.

**NOTA:** El presente comentario se inscribe dentro de Proyecto de Investigación LE007A10-1, financiado por la Junta de Castilla y León, bajo el título «Expedientes de regulación y política de empleo».

## I. INTRODUCCIÓN

Determinadas sentencias ofrecen al jurista, de partida, un menú fáctico tan rico que, sin perjuicio de la trama argumental luego desarrollada, las hace atractivas por sí mismas.

Probablemente uno de los ingredientes más suculentos viene dado por el hecho de que contenga un Voto Particular, en tanto muestra debate y discrepancia de cualificados Magistrados. Ahora bien, su sola presencia no basta, pues el *thema decidendi* también puede ayudar a una lectura más o menos atenta. Sin duda, cuando el elemento de discusión versa sobre la naturaleza de las fuentes de Derecho vuelve a ser, una y otra vez, un elemento clave en la hermenéutica, un lujo del cual nadie puede prescindir y darlo por eternamente conocido. De añadir, además, una transmisión de empresas; problemas económicos graves en la adquirente tres años después (en un momento en el cual la crisis no afectaba aún al sector); trabajadores que solicitan la excedencia voluntaria apenas transcurrido un año desde la transmisión; firma de un acuerdo/pacto de empresa que garantiza la readmisión automática de los excedentes voluntarios que la insten a partir de su solicitud; declaración de insolvencia de la empresa; negociación con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas dentro del expediente mercantil de regulación de empleo, pactando 25 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades a abonar por el FOGASA (con complemento, en lo no cubierto por este, a través de la empresa insolvente); auto del Juzgado de lo Mercantil competente aprobando el acuerdo alcanzado en consultas, no impugnado por el FOGASA, pero con resolución ulterior del mismo que deniega la indemnización; y, en fin, posterior demanda de los trabajadores ante los órganos de la jurisdicción social... Fácil resulta colegir la enjundia de la resolución en presencia.

Según puede comprobar el lector, materias muy variadas que requieren una exposición más detallada de los hechos, para, a partir de los mismos, entrar a valorar en Derecho la situación de tan particulares excedentes, y si procede seguir la responsabilidad del FOGASA para indemnizarlos a resultas de lo acordado en el periodo de consultas de un expediente de regulación de empleo.

## II. EL SUPUESTO DE HECHO EN DETALLE

Conforme consta en la relación de hechos probados del Juzgado de lo Social (ciertamente mejorable en su exposición sistemática), procederá destacar que:

- 1.º Los dos trabajadores que actúan como demandantes en la instancia comienzan su prestación de servicios en 1996, uno, y en 1997, el otro.

- 2.º La empresa originaria fue transmitida en noviembre de 2004, operando la subsiguiente sucesión en las relaciones laborales de la adquirente.
- 3.º En mayo de 2005 y febrero de 2007 ambos solicitan la excedencia voluntaria.
- 4.º En diciembre de 2005, un pacto de empresa incluye entre sus cláusulas un precepto en el cual se reconoce el derecho a, tras un año de servicio, poder acceder a la excedencia voluntaria por un periodo mínimo de seis meses y uno máximo de cinco años. Además, hacerlo –según reza su art. 10– «garantizando a su fin el reingreso automático del trabajador que lo solicite».
- 5.º Sin fecha concreta de la declaración de insolvencia, la nueva empresa aparece afectada por un procedimiento concursal, donde se siguen los trámites preceptivos de consultas, en los cuales se alcanza con «la representante de los trabajadores» (sin citar cuál) un pacto estableciendo literalmente: «en cuanto a la indemnización se acuerdan 25 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, esta será asumida por el FOGASA y la diferencia que no pague ese órgano será asumida por la empresa cuando la tesorería lo permita».
- 6.º Al amparo de tal acuerdo, y previo auto del Juzgado de lo Mercantil aceptándolo plenamente, tiene lugar la extinción de los contratos de los trabajadores excedentes, quienes reclaman la indemnización al FOGASA, el cual se la deniega al considerar que, estando en situación de excedencia voluntaria, únicamente mantenían una expectativa o derecho potencial al reingreso y, por tanto, no podían lucrar tal partida derivada del expediente de regulación de empleo extintivo.

### III. SOBRE LAS EXCEDENCIAS VOLUNTARIAS CUYO RÉGIMEN LEGAL HA SIDO ALTERADO POR VÍA CONVENCIONAL

A tenor del artículo 46.6 del ET, la situación de excedencia puede extenderse a otros supuestos colectivamente acordados y distintos de los contemplados por la norma, en cuyo caso será de aplicación el régimen jurídico y los efectos previstos en el convenio o pacto suscrito al efecto.

Con amparo en tal habilitación, no es precisamente infrecuente que los frutos de la negociación entre los interlocutores sociales contemplen ciertas excedencias «especiales»<sup>1</sup> (incluidas aquellas por incompatibilidad,<sup>2</sup> surgidas al calor de la Ley de Incompatibilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas de 1984),<sup>3</sup> o vean la luz otras nuevas en contrato o precisamente en acuerdo alcanzado en expediente de regulación de empleo,<sup>4</sup> que incluyan un derecho incondicionado al reingreso.

<sup>1</sup> SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2004, de Canarias/Las Palmas de 21 de octubre de 2004 o de Castilla y León/Valladolid de 11 abril de 2004.

<sup>2</sup> Calificadas como «híbridas [...] pero válidas legalmente», en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de julio de 2006.

<sup>3</sup> Su planteamiento, recogido ya con anterioridad en PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Madrid: Montecorvo, 1983, págs. 325 y ss.; en su aplicación, SSTSJ de Extremadura de 2 de abril de 2004, de Canarias/Las Palmas de 27 de julio de 2004 o de Castilla-La Mancha de 18 de noviembre de 2004.

<sup>4</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid de 2 de mayo de 2007.

Quien puede lo más, puede lo menos, y si cabe crear excedencias distintas a las reguladas legalmente, también será factible modificar aquel estatuto normativo común. Así ocurre con la excedencia voluntaria, donde el trabajador únicamente conserva, *ministerio legis*, un derecho preferente («potencial»)<sup>5</sup> a reintegrarse en vacante de igual o similar categoría que hubiera o tuviera lugar en la empresa; prerrogativa de reingreso «que no entraña una mera expectativa, sino un derecho completo»,<sup>6</sup> aun cuando potestativo de futuro y sujeto a término, pues ha de ser ejercitado antes de finalizar el plazo establecido,<sup>7</sup> bajo el riesgo de perder aquella prioridad.<sup>8</sup> En consecuencia, y lícitamente, procederá admitir que cuanto «no es en sentido estricto una causa de suspensión»,<sup>9</sup> adquiere tal condición por vía convencional o contractual.<sup>10</sup>

Hasta aquí algo pacífico, o casi,<sup>11</sup> por cuanto lo discutido en todos los supuestos mencionados versaba sobre la solicitud de reincorporación instada por el excedente y denegada por la empresa. Resta credibilidad, por tanto, al argumento vertido en el Voto Particular del pronunciamiento analizado –que quien suscribe califica no solo como digno de reflexión, sino en alguno de sus pasajes verdaderamente brillante–, invocando un pronunciamiento del Tribunal Supremo<sup>12</sup> a partir del cual se dispone, con carácter general, que el empresario no viene obligado por ley a la reserva de plaza a favor del excedente, pudiendo disponer o cambiar el puesto dejado vacante por aquel.

Tal es así, en efecto, de aplicar la norma; pero no cabe olvidar cómo esta otorga un poder regulador a los convenios o acuerdos de empresa para apartarse de cuanto establece, y crear nuevas condiciones al respecto, a las cuales procederá estar respecto a la reserva del puesto de trabajo, que, si así se hubiera pactado, habrá de ser el mismo ostentado con anterioridad. En consecuencia, y salvo modificación colectiva de las condiciones de trabajo –siempre factible–, perfectamente cabe crear esa garantía de estabilidad.

Pero de ahí a poder seguir otras resultas median las oportunas matizaciones. La sentencia analizada considera necesario reproducir doctrina jurisprudencial consolidada respecto al derecho a indemnización del excedente voluntario que pierde su trabajo a causa de un despido colectivo. De

<sup>5</sup> Según lo califica, con acierto, GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «Excedencia voluntaria común y derecho a indemnización derivada de expediente de regulación de empleo», *RL*, t. I, 2001, pág. 2001.

<sup>6</sup> Entendida, sin embargo, como «expectativa sine die» por SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La prórroga de la excedencia voluntaria», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 2, 2004 [recurso electrónico].

<sup>7</sup> Recordando doctrina reiteradamente repetida, STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2006.

<sup>8</sup> SSTS de 23 de abril de 1986 o de 18 de septiembre de 2002 y SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de mayo de 2004 y de 25 de septiembre de 2007.

<sup>9</sup> En expresión textual de la STS de 25 octubre de 2000.

<sup>10</sup> SSTS de 5 de diciembre de 1984 y de 5 de mayo de 1987 o SSTSJ del Principado de Asturias de 12 de julio de 2006 y del País Vasco de 16 de enero de 2007.

<sup>11</sup> Pues en 2009 no faltan autores de gran prestigio que siguen sosteniendo la responsabilidad del FOGASA respecto del excedente voluntario incluido en un expediente de regulación de empleo, bajo el argumento de que «conserva derecho en relación con la empresa, en la que puede obtener el reingreso si a la finalización de la excedencia existe vacante, con lo que la relación jurídica no se ha llegado a extinguir», ROQUETA BUJ, R.: *El Fondo de Garantía Salarial*, Madrid: La Ley, 2009, pág. 243; apoyándose, sin embargo, en pronunciamientos judiciales de hace casi ya 20 años, en concreto (nota 476), SSTCT de 15 de noviembre y de 14 de diciembre de 1988 o de 3 de marzo de 1989 y SSTSJ de Cataluña de 25 de septiembre de 1989 y de 6 de mayo de 1991 o de Madrid de 5 de febrero de 1990.

<sup>12</sup> El contenido en la STS de 14 de febrero de 2006.

este modo señala cómo «la situación del excedente voluntario es la de quien en su propio interés se ha separado de la empresa y a quien nuestro Derecho, por tal razón, no le reconoce el derecho a reingresar en la empresa cuando transcurra el periodo de excedencia, sino tan solo la expectativa de poder ser readmitido y solo en el supuesto de que la empresa en el momento de la solicitud tuviera puestos de igual o similar categoría –art. 46 ET–. En esta situación se considera que dicho trabajador en realidad no pierde su puesto de trabajo cuando la empresa extingue las relaciones laborales con sus trabajadores por cualquiera de las causas que justifican el despido colectivo conforme a lo previsto en el artículo 51 del ET, sino aquella expectativa en nada equivalente a un puesto de trabajo, que es lo que el precepto precitado quiere indemnizar».<sup>13</sup>

Añade, a reglón seguido, cómo «al trabajador excedente en una empresa que extingue la relación de trabajo con todos sus empleados no le puede ser reconocida aquella indemnización, porque la finalidad de la indemnización del despido prevista en el artículo 51.8 del ET es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Este daño se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe, o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es solo un derecho de reingreso "expectante", en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes. Es en su caso el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando este se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de esta en la que había prestado servicios inicialmente».

Tan largo –y reconocido– discurso marca las claves de cualquier reflexión ulterior: el excedente voluntario no tiene derecho a ninguna indemnización derivada de un expediente porque no estaba llamado a ser parte de aquel.<sup>14</sup> Sin embargo, y se reproduce el literal, «cuando conserva el derecho a reserva de puesto de trabajo suspensivo» la situación cambia, no importa en virtud de qué título.<sup>15</sup>

A resultas de la mentada habilitación a los convenios para configurar nuevas excedencias, o excedencias «mixtas», si el acuerdo de empresa comprometía al empleador a garantizar el reingreso automático de los excedentes voluntarios, con la correspondiente reserva de puestos de trabajo, a tal procederá estar, pues *pacta sunt servanda*; pero –se anticipa– a cargo de quien lo suscribe, sin posible extensión de sus efectos frente a terceros. Por tal motivo, el empresario estaba obligado a incluir a aquellos en el expediente de regulación de empleo, en tanto no mediaba ya un derecho «expectante», sino uno real y completo al puesto de trabajo que deberá ser indemnizado de resultar eliminado a través de tal vía extintiva.

Por cierto, incluyendo también en el expediente de regulación de empleo a los contratados para ocupar –de manera temporal, cabe suponer– el puesto de trabajo de los excedentes, pues efectiva-

<sup>13</sup> Reproduciendo la STS de 24 junio de 2008, que compendia un amplio elenco del cual forman parte, entre otras, las SSTS de 25 de octubre de 2000, de 26 de octubre y de 13 y 29 de noviembre de 2006 o de 28 y 29 de enero de 2008.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: «Inicio del procedimiento», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., dir.): *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2009, pág. 136.

<sup>15</sup> BOTANA LÓPEZ, J.M.: «Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral», *RMTAS*, núm. 38, 2002, pág. 276.

mente tendrán derecho a la indemnización por la pérdida anticipada del mismo, salvo –nueva *exceptio exceptionis*– sumisión expresa en el contrato a su finalización por concurrencia de este supuesto como condición resolutoria.

No cabe discutir que este pacto de empresa era «válido y aplicable a la relación que vincula a las partes» (con una extensísima relación de jurisprudencia sólida sobre la naturaleza y régimen jurídico de los convenios colectivos estatutarios o extraestatutarios y de los acuerdos de empresa que nada aporta, en tanto no influye en la *ratio decidendi* del asunto, motivo por el cual *superflua argumenta sunt*), ni siquiera bajo el parecer esgrimido en el Voto Particular de que «es reciente (diciembre 2005) y se suscribe, por tanto, en lo que podemos considerar un periodo sospechoso en la inmediatividad anterior al concurso voluntario»: la sospecha no basta, exige acreditarla en juicio previo. Tampoco cabrá cuestionarlo entendiendo que la amortización de puestos de trabajo bien podría ser considerada una condición tácita (en tanto la obligación –sigue afirmando el Magistrado renuente a aceptar el criterio general– «no me parece que sea tajante en cuanto a la posible negativa de la empresa si se hubiese amortizado el puesto de trabajo de los demandantes»); la cuestión a suscitar radicará en elucidar cuál es el ámbito de las condiciones implícitas y no exteriorizadas, concretas y determinadas en su extensión final.

No obstante, este parecer discrepante ofrece un elemento de interés superior cuando afirma que «el pacto se dice que rige para los años 2005/2007 y la extinción de los contratos de los demandantes se produce el 31 de enero de 2008». Dato temporal de gran importancia, pues el análisis de fuentes que reproduce la sentencia en ningún párrafo aborda si considera –o no, como parecer ser, salvo cláusula en contrario– que la ultraactividad solo acompaña a los convenios colectivos estatutarios bajo las condiciones legalmente previstas, pero no a cuanto califica de forma expresa como «mero» pacto de empresa. Y si no estaba vigente, ¿por qué razón aplicarlo? De poco sirve un discurso tan extenso y conocido sobre la relación convenio-acuerdo de empresa cuando, precisamente a la hora de actuar su esencia, desaparece uno de los elementos fundamentales.

#### IV. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL FOGASA EN ESTOS SUPUESTOS

Recordando el auto del Juzgado de lo Mercantil, este recoge en los hechos declarados probados a cuantos trabajadores componían la plantilla en aquellos momentos, incluyendo a los dos excedentes voluntarios «especiales», y aprueba el pacto alcanzado en periodo de consultas entre «la dirección de la empresa» (*rectius*, la administración concursal, pues la empresa no es parte en las consultas, aun cuando puede –y hasta debería, según propone el Anteproyecto de nueva Ley Concursal– ser oída y hacer propuestas a aquella para, si lo estima procedente, transmitir las a la contraparte)<sup>16</sup> y «la representante» de los trabajadores (sin establecer bajo qué título), a cuyo tenor –sirva el recordatorio y la lamentable redacción–, respecto de todos los empleados afectados –sin distingos–, y «en cuanto a la indemnización, se acuerdan 25 días de salario por año de servicio con un máximo de 12

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Expediente judicial de regulación de empleo en empresas en situación de concurso (II)», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., dir): *Expedientes de regulación de empleo*, cit., págs. 321 a 323, así como, específicamente, las referencias contenidas en las notas 11 a 15.

mensualidades, esta será asumida por el FOGASA y la diferencia que no pague este órgano será asumida por la empresa cuando la tesorería lo permita».

Desde luego, y de nuevo, trátase de un pacto plenamente válido y eficaz; con todo, aquí es donde cobran valor las afirmaciones contenidas en el Voto Particular, de conformidad con las cuales «la clave de la resolución de la cuestión no debe estar en la naturaleza de la excedencia, y del pacto de empresa que garantizaba el reingreso, sino en la naturaleza de la responsabilidad del FOGASA».

No está de más recordar, por tanto, y como han destacado reiteradamente los tribunales, que la finalidad de este organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo (con sus variables denominaciones a lo largo del tiempo, hoy Ministerio de Trabajo e Inmigración) radica en actuar como sistema de financiación pública de los fallidos empresariales, para garantizar el fin social y familiar del salario;<sup>17</sup> teniendo como *ratio* principal el atender a las necesidades perentorias de los empleados que, por razones ajenas a su voluntad, pierdan su trabajo.<sup>18</sup>

Pero este no es el supuesto aquí previsto, en tanto respecto de quienes acceden a la excedencia voluntaria no cabe afirmar que precisen salario alguno, pues o bien –y es lo normal– tendrán otra ocupación (y, según sostiene el Voto Particular, «resultarían injustamente enriquecidos por cobrar unas indemnizaciones cuando no se encuentran en situación real de pérdida de su trabajo y de necesidad ante un desempleo súbito»), o bien su opción obedecerá a otros intereses preferenciales frente al trabajo, por lo cual no deberán ser compensados por ningún daño derivado de la pérdida de su puesto y de los medios de vida que su desempeño les proporcionaba.

Por encima –incluso– de tal argumento finalista, preciso será atender al dato de que la responsabilidad del FOGASA es de carácter legal. En cuanto tal, procederá seguir dos consecuencias: en primer lugar, no puede ser objeto de interpretación extensiva, sino limitada solo y exclusivamente a las deudas determinadas en la norma,<sup>19</sup> sin margen alguno para poder equipararlas en su totalidad a las asumidas contractual o convencionalmente por el deudor principal;<sup>20</sup> en segundo término, y a resultas de lo anterior, tal responsabilidad no puede quedar afectada por pactos o acuerdos alcanzados por terceros, pues constituyen *res inter alios acta*.

Así lo han declarado los tribunales en dos ejemplos clave. De un lado, si en el periodo de consultas hubieran sido pactadas indemnizaciones superiores a las legales, el FOGASA únicamente responderá de las contempladas en la norma, y no de las superiores –o exceso– que libremente

<sup>17</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *El Fondo de Garantía Salarial*, Madrid (IELSS), 1983, págs. 22 y 23.

<sup>18</sup> STS de 16 de julio de 2008. En la doctrina científica, RAMOS TORRES, M.: *El Fondo de Garantía Salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*, Granada: Comares, 2000, pág. 44.

<sup>19</sup> STS de 22 de octubre de 2002. En su versión anterior a la Ley 43/2006, cabría dudar de tal afirmación, pues el artículo 33 apartados 2 y 8 no incluía las extinciones previstas en el artículo 64 del CC, aun cuando sí fue adaptado el artículo 208.1.1 a) del TRLGSS. En todo caso, la jurisprudencia y la doctrina siempre entendieron que no cabría poner en cuestión tal responsabilidad del FOGASA, considerándolo un mero error técnico o un descuido del legislador, a quien se le pudo olvidar (incongruencia manda) la reforma del precepto estatutario. Baste remitir, al efecto, a CRUZ VILLALÓN, J.: «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», *RL*, núms. 23-24, 2003, págs. 141 y 142.

<sup>20</sup> STS de 22 de abril de 2004.

hubieran acordado las partes sin su intervención.<sup>21</sup> De otro –y aún más claro–, cuando por vía convencional se establezcan indemnizaciones por conceptos distintos a los legales, tampoco cabrá esa extensión, conforme ocurre –de manera paradigmática– con la indemnización por fin de obra, «ni aun tras la modificación del artículo 49 del ET, dado el tenor del artículo 33 del ET que no la contempla y el techo del Convenio [de la OIT] 173, que no la incluye. Para que dicha obligación alcance al FOGASA será preciso que el legislador español, asumiendo voluntariamente lo que en la actualidad no sea más que una propuesta de la Recomendación [núm. 180 de la OIT], decida incorporarla al artículo 33. Mientras esta extensión legal no se produzca y la indemnización por fin de obra solo aparezca regulada en convenio colectivo, que limita su eficacia normativa a las partes incluidas en su ámbito de aplicación (art. 82.1 y 2 ET), y no obliga a un organismo autónomo como el Fondo, ajeno a las relaciones laborales que aquel regula, el trabajador solo tendrá derecho a percibirla de su empleador».<sup>22</sup>

En este caso, el FOGASA hubo de ser traído –y no ha quedado noticia alguna al respecto– al procedimiento concursal (art. 184.1 CC) y debió manifestar ante el Juzgado de lo Mercantil su desacuerdo con tal cláusula alcanzada sin su participación. Si así no lo hizo, eso no significa su aquiescencia tácita a asumir cuanto no le corresponde –conforme insinúa la sentencia–, y lícitamente podrá hacer valer su oposición ante los órganos judiciales, sobre los que pesa el *iura novit curia*, incluida la doctrina jurisprudencial existente en la materia para, según opina quien suscribe, lícitamente denegar una indemnización no nacida de la ley, sino de la extensión al respecto contenida en un acuerdo de empresa.

<sup>21</sup> Entre muchísimas, SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 1 de octubre de 1991 y de 14 de enero de 1996, del País Vasco de 21 de marzo de 1995, de Cataluña de 9 de mayo de 1995, de Aragón de 11 de diciembre de 1996 o de la Comunidad Valenciana de 23 de febrero de 1999.

<sup>22</sup> SSTS de 31 de octubre y de 26 de diciembre de 2001 y de 11 de marzo de 2002.