

## FUERZA MAYOR. INDEMNIZACIÓN A CARGO DEL FGS. ¿TIENE, O NO, EL TOPE DEL TRIPLE DEL SMI?

(Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 16 de julio de 2008,  
rec. núm. 1161/2007) \*

**JESÚS GONZÁLEZ VELASCO**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social  
Magistrado*

**PAZ VIVES USANO**

*Profesora de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social.  
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

### **Extracto:**

**F**UERZA mayor extintiva. ERE. Destrucción total de las instalaciones del centro de trabajo por un incendio. La resolución administrativa exoneró a la empresa demandada del abono de las indemnizaciones que correspondían a los actores, estableciendo la obligación del FGS de su pago, sin perjuicio del derecho de este a resarcirse del empresario. La indemnización de la que responde el FGS tiene el tope del doble (o triple) del SMI diario de cada trabajador. Voto particular.

**Palabras clave:** fuerza mayor, ERE, FGS y responsabilidad parcial.

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 310, enero 2008 y en *Normacef Socio-Laboral* (NSJ027088).

# Sumario

1. El planteamiento del problema.
2. La defensa del tope del doble (desde la Ley 43/2006 es del triple) del SMI.
3. El argumento en defensa de la inexistencia del tope del triple del SMI, cuando pague el FGS alguna parte o toda la indemnización.
4. Una perspectiva, a favor del pago por el FGS de la prestación-indemnización, sin limitaciones adicionales.

## 1. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la empresa demandada ha habido un incendio y los trabajadores vieron extinguidas sus relaciones laborales con la demandada por resolución de la autoridad laboral de fecha 8 de agosto de 2003, fundamentada en razones de fuerza mayor.

La misma resolución exoneró a la empresa demandada del abono de las indemnizaciones que correspondían a los actores, estableciendo la obligación del Fondo de Garantía Salarial (FGS) de su pago, sin perjuicio del derecho de este a resarcirse del empresario. Al día siguiente de ser notificada esta resolución, en fecha 13 de agosto de 2003, los actores y la empresa suscribieron un acuerdo, a razón del cual, «como complemento a las cantidades antes estipuladas y con el fin de paliar la situación social de los trabajadores», se establecía que, en caso de que la empresa demandada no procediera a la recolocación de los trabajadores en el plazo de los tres meses siguientes al cobro de la póliza de seguros, vendría obligada a abonar a cada trabajador una indemnización, calificada de «adicional», de 15 días por año de trabajo con el máximo de 12 mensualidades. En el mes de marzo de 2004, la empresa demandada, en cumplimiento de este acuerdo, procedió a abonar a los actores la indemnización «adicional» establecida en el mencionado acuerdo de 13 de agosto de 2003. Por resolución del FGS de 26 de noviembre de 2003, acordó –en cumplimiento de la resolución de la autoridad laboral de 8 de agosto de 2003– el abono a cada uno de los actores de la correspondiente indemnización equivalente a 20 días de sueldo por año de antigüedad, con el límite de 12 mensualidades, y a razón de un salario diario de 30,08 euros, doble del salario mínimo interprofesional (SMI) correspondiente al año 2003.

El artículo 51.12 del ET en su versión de 10 de marzo de 1980 decía que en el caso de fuerza mayor, la autoridad laboral podrá exonerar o reducir las indemnizaciones que serán satisfechas por el FGS, sin perjuicio del derecho de este a resarcirse del empresario. En cambio, en el artículo 51.12.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) de 24 de marzo de 1995 no se hace referencia expresa al término «exoneración», aunque se acoge su contenido, y se expresa que la autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corres-

ponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el FGS, sin perjuicio del derecho de este a resarcirse del empresario.

Como se ve, en ningún momento se hace referencia a topes del doble o triple (así desde la Ley 43/2006) del SMI.

Pero las menciones al mismo se expresan en el artículo 33.2 de la LET en el que se dispone que en los casos de indemnizaciones por despidos o extinciones de contratos con base en los artículos 50, 51 y 51 de dicha Ley y del artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, y de extinciones de contratos temporales, en los casos en que proceda la indemnización, el FGS responderá de las mismas con los topes de una anualidad, sin que el salario diario base del cálculo supere el triple del SMI, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias y en los casos de despido y extinciones del artículo 50 de la LET, se añade el tope de 30 días de salario por cada año de servicio.

La pregunta consiste en saber si en el caso de fuerza mayor extintiva, la indemnización de la que responde el FGS, a través del abono de la correspondiente prestación, tiene o no el tope del triple del SMI del artículo 33.2 de la LET (insolvencias y concursos), que luego se reitera en el artículo 33.8 de la LET (responsabilidad directa del 40% para supuestos de empresas de menos de 25 trabajadores).

Una respuesta negativa se encuentra en el artículo 51.8 de la LET de 1995, en que se establece que «los trabajadores cuyos contratos se extingan de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo tendrán derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades». Ello resulta así, porque en el mismo no consta el referido tope.

No obstante, se puede llegar a la conclusión contraria si se considera lo que se dice en el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, relativo a la organización y funcionamiento del FGS, donde se afirma la existencia de dicho tope, pues si bien no aparecen en el artículo 2.3, pese a lo cual conviene expresar que en este se dice que, en caso de extinción de contratos por fuerza mayor, el FGS abonará las «indemnizaciones legales» siempre que se haya acordado por la autoridad laboral la exoneración del empresario, sin que de dicha exoneración se hable en la LET de 1995. Pudiera ser que se viera una diferencia terminológica en su artículo 17, donde se expresa que en los supuestos de «indemnizaciones» reconocidas a los trabajadores por extinciones derivadas de fuerza mayor, el FGS abonará las «prestaciones» correspondientes, de modo que se puede interpretar en el sentido de que el empresario responde de indemnizaciones y el FGS de prestaciones, sin que tengan que coincidir, necesariamente. Y es tajante el texto de su artículo 19, en el que consta este tope, cuando se expresa que el FGS abonará «indemnizaciones reconocidas por la extinción de los contratos... por fuerza mayor» y el salario base de cálculo de las indemnizaciones a satisfacer por el FGS será el del trabajador, excepto cuando sea superior al duplo del SMI, en cuyo caso se tomará esta última cifra.

Está así planteado el problema, desde la perspectiva del derecho positivo. Ahora se trata de ver las argumentaciones que cabe expresar en defensa de cada postura.

## 2. LA DEFENSA DEL TOPE DEL DOBLE (DESDE LA LEY 43/2006 ES DEL TRIPLE) DEL SMI

En el artículo 51.12 de la LET, relativo a las extinciones por fuerza mayor no se dice nada del tope del duplo del SMI en el importe de la indemnización, del mismo modo que tampoco se hace mención al mismo cuando se trata del derecho a indemnización por extinciones colectivas (art. 51.8), porque se está tratando de la relación entre el trabajador y el empresario.

En cambio, cuando se toma en consideración la entrada del FGS por insolvencia del empresario (art. 33.2) o por responsabilidad directa (art. 33.8), el tope del triple del SMI se menciona expresamente.

Pues bien, el presente caso, es relativo, sin más, a la existencia o no de tope respecto de la cantidad a abonar por el FGS. Y al FGS, en ningún sitio lo ha liberado el legislador de topes, al modo como se hace en el artículo 51.8 y 51.12 de la LET. **En ausencia de una disposición expresamente liberadora del referido tope del salario regulador, se ha de aplicar el tope de referencia**, según se establece en su normativa específica (art. 33.2 y 33.8 LET y art. 19 del RD 505/1985).

No se trata –en rigor– de indemnización, sino de prestación a cargo del FGS, y es cierto que la LET no obliga al FGS, como responsable directo o subsidiario, a tomar como salario regulador el del trabajador, sino el del referido tope.

Si se está a la diversa terminología del artículo 17.1 Real Decreto 505/1985, se tendrá que considerar que **la indemnización es la del artículo 51.8 de la LET, a la que solo el empresario hace frente, mientras que la prestación a cargo del FGS, que no es indemnización, tendrá sus límites en lo previsto en el artículo 33.2 y 33.8 de la LET. Dicho de otro modo, si abona el empresario por no haber exonerado la autoridad laboral al mismo de pagarla, tendrá que pagarla en su totalidad. Pero si, por resultar insolvente o en concurso o haber sido exonerado en parte o totalmente, la cantidad es a cargo del FGS, este no responde de indemnización, sino de prestación, por lo que tiene el límite del triple del SMI en el salario regulador.**

Para aclarar lo que queda pendiente, **se puede acudir al artículo 19 del Real Decreto 505/1985 relativo a las consecuencias para el FGS de la extinción de contratos por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor.** Pues bien, en tan precisos supuestos la obligación que se impone al FGS se limita a lo que resulte del tope del salario del trabajador, aplicándole el triple del SMI.

Se expresa en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) que se comenta de 16 de julio de 2008, que la diferencia consistente en que el Fondo tenga que anticipar el abono de la cantidad, en vez de pagar tras la declaración de insolvencia o del concurso, es una novedad que no tiene rele-

vancia. Si bien el artículo 33 (pago subsidiario y directo por el FGS) no contempla el supuesto específico del artículo 51.12, ambos de la LET, relativo a la fuerza mayor, ello **no acredita la existencia de un vacío normativo al respecto, sino que hay que acudir a la norma reglamentaria de desarrollo. Y dicha norma es el Real Decreto 505/1985. Por ello, la responsabilidad del Fondo en los casos de fuerza mayor viene determinada por la norma reglamentaria.**

El concepto de «indemnizaciones legales» que van a cargo del FGS, son, no las genéricas, sino las que se han diseñado específicamente para él como instrumento de seguro de salario e indemnizaciones, en su citada normativa específica.

Se expresa que **así se ve que no existe razón, argumento o fundamento que haga de mejor trato a los trabajadores despedidos por fuerza mayor, que a quienes se les extinguen por las restantes causas del artículo 51 de la LET**, a los que el Fondo abonará siempre las indemnizaciones con el límite del triple del SMI de acuerdo con el artículo 33.2 y 33.8 de la LET. **Ni tampoco para distinguir entre aquellos supuestos en que la autoridad laboral ha exonerado al empresario del pago de la indemnización, de los casos en que no lo ha hecho y la empresa viene a ser insolvente. O entre la parte de la indemnización afectada por la exoneración parcial, y la fracción indemnizatoria de pago obligado por el empresario.**

### **3. EL ARGUMENTO EN DEFENSA DE LA INEXISTENCIA DEL TOPE DEL TRIPLE DEL SMI, CUANDO PAGUE EL FGS ALGUNA PARTE O TODA LA INDEMNIZACIÓN**

**Lo dicho hasta aquí es genérico, pues no tiene en cuenta el supuesto mixto, aunque con matices, de la responsabilidad que, no siendo subsidiaria, porque no requiere de declaración de insolvencia o concurso, tampoco es directa, ya que no juega en los casos del 40% en empresas de menos de 25 trabajadores, sino cuando la autoridad laboral decide liberar total o parcialmente del pago de la indemnización, para que sea satisfecha por el FGS, pero participa de caracteres de aquella, porque al igual que en la subsidiaria, el Fondo se subroga en los derechos de los trabajadores para reclamar («resarcirse») del empresario lo abonado a aquellos y, al igual que la directa, no depende de declaración de insolvencia o concurso.**

Se trata de un **supuesto particular, para el que no vale, al menos necesariamente, lo dicho con carácter general**, en lo que no puede incluirse, sin las consideraciones especiales y singularizantes necesarias.

Por ello, se ha de dar el pleno y total significado al artículo 51.12 de la LET, en el sentido de que **si la Ley permite que la autoridad laboral acuerde que la «totalidad» o «una parte» de la indemnización que corresponda a los trabajadores «sea satisfecha» por el FGS, no se debe reducir su contenido a algo menos de la «totalidad» o de la correspondiente «parte», ya que si se hiciera así, vendrían a ser perjudicados los trabajadores sin apoyo legal alguno para ello.**

**Y se incumpliría lo acordado en el acto administrativo de la autoridad laboral, por una interpretación infundada del FGS.**

#### **4. UNA PERSPECTIVA, A FAVOR DEL PAGO POR EL FGS DE LA PRESTACIÓN-INDEMNIZACIÓN, SIN LIMITACIONES ADICIONALES**

El peligro de las diversidades de trato por las diferenciaciones semánticas del legislador, es manifiesto, pero en el presente caso aquella diferenciación es imposible de obtener por causa de las meras denominaciones, porque, **si bien es cierto que en el artículo 17 del Real Decreto 505/1985 se distingue entre indemnización a cargo del empresario y prestación por cuenta del FGS**, no es menos cierto que en el propio **Real Decreto 505/1985**, cuando se expresan las consecuencias del supuesto de extinción por fuerza mayor, se habla (art. 2.3) de la **obligación del FGS de abonar las «indemnizaciones legales»**, si se ha exonerado al empresario, con lo que se remite el tema a la consideración de cuáles sean esas indemnizaciones legales. La misma indiferenciación se observa en el **artículo 19 del Real Decreto 505/1985, donde se habla indistintamente de la obligación del FGS de abonar «indemnizaciones»** (art. 19.1.1 y 2) o de **«prestaciones a que se refiere este artículo»** (art. 19.1.3).

No hay posible interpretación del concepto «indemnizaciones legales» a las que deba hacer frente el FGS, que no sea la que se lee en el artículo 51.8 y 51.12 de la LET.

Constituye una manifiesta adición **no ajustada al artículo 51, ni al 33 de la LET, expresar que en orden a concretar cuál sea el derecho de los trabajadores y la obligación del FGS, se ha de acudir a la norma reglamentaria de desarrollo, esto es, al Real Decreto 505/1985. Y carece de fundamento legal afirmar que la responsabilidad del Fondo en los casos de fuerza mayor viene determinada por la norma reglamentaria.**

La Ley (art. 51.8 y 51.12 LET) concreta el importe del derecho a la indemnización en los casos de extinciones debidas a fuerza mayor, a cargo del empresario, y de la posible traslación de la responsabilidad, total o parcial, por esta deuda, al FGS, si así lo acuerda la autoridad laboral, no de algo menos de lo que la autoridad laboral exonera, **por lo que no existe laguna legal, aunque otra cosa sea decir que no existe norma que exprese que el FGS puede aplicar en estos casos el tope del triple del SMI al salario regulador, lo que es algo bien distinto. Por ello, el FGS no tiene más remedio que hacerse cargo de la totalidad de la responsabilidad exonerada, cumplirla y resarcirse en lo posible, después, con cargo al empresario.**

**No existe posibilidad de interpretación «buena» del artículo 19.1.2 del Real Decreto 505/1985, en lo que se refiere al inciso: «excepto cuando sea superior al duplo (o triple) del SMI, en cuyo caso, se tomará esta última cifra», porque es *contra legem*, y, por ello mismo, contrario al principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), que necesita e impone la sujeción de la potestad reglamentaria a las leyes (art. 97 CE). Y ello porque las leyes se interpretan y desa-**

rollan, se complementan y adquieren mejor sentido a través de los reglamentos, pero solo si estos no son *contra legem*. **La colaboración reglamentaria, tan necesaria en el sistema normativo, no permite la derogación total o parcial de la norma a desarrollar.**

Por ello, los **jueces y tribunales no pueden aplicar los reglamentos ilegales (art. 6 LOPJ), al margen de lo que proceda por la impugnación directa del referido inciso del artículo 19.1.2 del Real Decreto 505/1985.**

Ya se ve que el resultado que compartimos no es tanto el de la STS de 16 de julio de 2008, sino el de su voto particular, con los matices expresados.