

especial de trabajo genera un deber de indemnizar al empresario los daños y perjuicios causados por su transgresión (art. 1101 CC [LEG 1889, 27]), sin que el legislador haya optado por fijar un criterio objetivo de determinación de los mismos, exigiendo –a falta de pacto con cláusula penal– que quien pretenda ser indemnizado por tal causa asuma la carga de probar los daños reales, su conexión causal y su valoración. En el supuesto enjuiciado, finalmente, el Tribunal confirma la falta de prueba de los daños y perjuicios sufridos por la empresa a consecuencia del supuesto incumplimiento del pacto de no competencia.

Varios son los motivos que conducen a la desestimación del recurso de suplicación presentado por la empresa y, por tanto, a la confirmación del pronunciamiento recaído en la instancia. Si ya era suficiente afirmar la ineficacia del pacto de no concurrencia post-contrato, pues el empresario no manifestó al tiempo de la extinción la voluntad de exigir su cumplimiento, además se añade, por si aquella causa no fuera bastante, que no se han demostrado los daños y perjuicios causados a la empresa.

§ 6

La responsabilidad subsidiaria del FOGASA en caso de insolvencia del empleador alcanza la indemnización por falta de preaviso derivada del art. 52 c) ET (RCL 1995, 997)

por INMACULADA MARÍN ALONSO Profesora Titular de la Universidad de Sevilla

Sentencia comentada:

📌 Comentario a la STSJ de Cataluña, de 13 de noviembre de 2003 (AS 2004, 215)

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia objeto de comentario se enfrenta desde un punto de vista teórico al análisis de la responsabilidad pecuniaria que ostenta el Fondo de Garantía Salarial ante los supuestos de despido objetivo basado en el art. 52 c) ET (RCL 1995, 997), por un lado, y la que deriva de situaciones de crisis empresarial como la insolvencia, quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores, por otro. De interés resulta la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo respecto a si la responsabilidad del FOGASA alcanza también, en caso de insolvencia, a los despidos objetivos del art. 52.c) ET, es decir, si la responsabilidad del mencionado organismo autónomo se limita por despido objetivo individual a la establecida en el art. 33.8 ET o si, por el contrario, puede además añadirse la del art. 33.1 y 33.2 ET en situación de crisis empresarial⁴. No obstante, las cuestiones principales a analizar en la sentencia objeto de comentario consisten, en primer lugar, en dilucidar si dentro de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA por despido objetivo individual en empresa declarada

4. STS (ud) de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1303).

insolvente se incluye o no la indemnización por falta de preaviso y, en segundo lugar, saber si los pactos realizados entre las partes, y que dan como resultado una indemnización mayor en caso de despido, pueden reclamarse subsidiariamente al FOGASA.

2. ANTECEDENTES JUDICIALES

La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de Barcelona señala como hechos probados los siguientes: que la Sra. C. presta sus servicios como trabajadora para la empresa Suestand, SL. con una antigüedad real desde el 18-12-1995, aunque con una antigüedad pactada en contrato a efectos indemnizatorios desde el 2-1-1986 (no aporta justificación alguna para tal pacto, por lo que no sabemos si obedece o no, por ejemplo, a una subrogación empresarial). La trabajadora es despedida por causas objetivas el 24 de febrero de 1999, sin que la empresa le abonara la indemnización legal a su cargo consistente en 20 días de salario por año de servicio trabajado con un máximo de 12 mensualidades (tampoco se aportan datos sobre la concreta causa alegada para el despido, aunque suponemos que es la «económica» en tanto es la única que, para obviar la nulidad por defecto de forma –y la consiguiente exoneración de responsabilidad del FOGASA–, permite posponer el pago de la indemnización hasta la extinción efectiva del contrato siempre que así se haga constar en la carta de despido) ni le abonara los salarios correspondientes al tiempo de preaviso (requisito de forma que, según el art. 53.4 ET [RCL 1995, 997] no provoca la nulidad del despido objetivo «con independencia de los demás efectos que procedan» frente al empresario).

La trabajadora solicita al FOGASA el abono del 40% de la indemnización que corresponde pagar a ésta por despido objetivo basado en causa económica, técnica, organizativa o de producción en empresas de menos de veinticinco trabajadores (no se especifica el número de trabajadores de la empresa, pero al ser una cuestión no controvertida por el FOGASA suponemos que se cumplen los requisitos del art. 33.8 ET), aportando la trabajadora, tras requerimiento del FOGASA, acreditación de la antigüedad alegada en contrato (2-1-1986) que es la que toma el FOGASA, tras su Resolución de 5-8-1999, para el cálculo de la indemnización, resultando una cuantía de 2.920,56 euros.

La trabajadora, además, acciona judicialmente contra la empresa por no abonarle el 60% de la indemnización que le correspondía ni la indemnización correspondiente al mes de preaviso, recayendo condena a la empresa de abono de 6.179,99 euros en concepto de indemnización y 989,18 euros en concepto de mes de preaviso en la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de Barcelona de 22 de octubre de 1999, para cuyo cálculo también se tiene en cuenta la antigüedad pactada en contrato. Esta misma sentencia, sin embargo, condena al FOGASA –como responsable subsidiario– al pago de 1522,44 euros para cuyo cálculo se tiene en cuenta la antigüedad real de la trabajadora y no la pactada. Contra esto último se interpone recurso de suplicación ante el TSJ de Cataluña que en sentencia de 19 de abril de 2000 revoca la condena al FOGASA.

La parte actora solicita la ejecución de la sentencia y, tras la declaración de insolvencia de la empresa, solicita al FOGASA el abono de las cantidades reconocidas en sentencia en concepto de indemnización y mes de preaviso. El FOGASA, mediante

la Resolución de 7 de mayo de 2001, deniega el pago en base a que la actora ya ha percibido el 100% de la indemnización correspondiente teniendo en cuenta la antigüedad real en la empresa.

El FOGASA interpone demanda contra la trabajadora solicitando el reintegro de 185.405 ptas. en concepto de diferencia por el importe abonado mediante Resolución de 5-8-1999 y el importe debido percibir atendiendo a la antigüedad real a razón del duplo del SMI. Sobre esta demanda recae nueva Sentencia del JS nº 21 de Barcelona de 9 de julio de 2002 por entender que la antigüedad que debe acogerse para el cálculo de la indemnización es la pactada en el contrato de trabajo.

La parte actora reclama, pues, la indemnización del 60% que asciende a 4.536,58 euros y el mes de preaviso en cuantía de 848,59 euros, sin existir discusión respecto al importe de las cantidades reclamadas.

3. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA Y SUBSIDIARIA DEL FOGASA POR DESPIDO OBJETIVO E INSOLVENCIA DEL EMPLEADOR

Las responsabilidades pecuniarias del FOGASA pueden derivar de distintas circunstancias aunque, dependiendo de las concretas causas que el empresario alegue para extinguir los contratos de trabajo, se puede constituir bien en responsable directo y principal de una parte de la indemnización a abonar al trabajador, bien en responsable subsidiario de la deuda salarial e indemnizatoria que correspondía al empleador –aunque con límites en ambos casos– e, incluso, en responsable directo respecto de una parte y, tras un corto proceso, en subsidiario de la otra. En este último caso se encuentra la sentencia objeto de análisis, por lo que resulta a mi juicio adecuado detenernos brevemente en el alcance de una y otra responsabilidad del FOGASA y, después, centrarnos en la acumulativa.

A) Responsabilidad directa

El FOGASA, en el supuesto de despido objetivo a que se refieren los arts. 51 y 52 c) ET (RCL 1995, 997)² tiene responsabilidad directa en el abono del 40% de la indemnización legal por despido que pueda corresponder conforme a los límites establecidos, siempre que la empresa tenga menos de veinticinco trabajadores. Esta responsabilidad directa y principal es independiente de la situación patrimonial de la empresa y no admite la subrogación posterior del FOGASA en la posición de acreedor frente al empresario. La finalidad de la responsabilidad del FOGASA fijada en el art. 33.8 ET es, pues, obvia: aliviar los costes empresariales por indemnizaciones en pequeñas y medianas empresas cuando la causa es económica, técnica, organizativa o de producción. Para que surja la responsabilidad directa han de seguirse, no obstante, los trámites adecuados, pues si se extinguen todos los contratos de la empresa y el número de trabajadores afectados es superior a cinco, tendrá que instruirse el expediente de regulación de empleo que, de obviarse, liberará al FOGASA del pago de la prestación³; igual sucederá con el incumplimiento de los requisitos forma-

5. La responsabilidad del FOGASA en relación con la indemnización a pagar en caso del art. 52 c) ET (RCL 1995, 997) se estableció en nuestro ordenamiento mediante el artículo único de la Ley 60/1997, de 19 de diciembre (RCL 1997, 3031), sobre cobertura del Fondo de Garantía Salarial, dando la redacción actual al art. 33.2 ET.

6. STSJ de Navarra de 27 de junio de 2001 (JUR 2001, 239515).

les que ha de reunir el despido objetivo, ya que su incumplimiento determina la inexistencia de despido objetivo y permitirá al FOGASA liberarse de responsabilidad directa⁴. Ahora bien, el despido objetivo del art. 52 c) ET sólo lleva a la nulidad, tras la oportuna impugnación⁵, por falta de comunicación escrita expresando la causa, y por la no puesta a disposición del trabajador de la liquidación correspondiente a 20 días de salario por año de servicio trabajado con un máximo de doce mensualidades –pudiendo ser la entrega simultánea a la carta de despido o no, en función de que la causa alegada sea técnica, organizativa o de producción, o bien, económica respectivamente–; no obstante, la ausencia del requisito formal de preaviso de 30 días desde la entrega de la comunicación hasta la extinción del contrato, no provoca la nulidad del despido objetivo, sino la mera obligación empresarial de abonar los salarios correspondientes a dicho período «con independencia de los demás efectos que procedan (art. 53.4 ET)».

Las indemnizaciones superiores que pudieran haberse pactado por extinción objetiva en convenio colectivo o contrato individual no incrementarán la responsabilidad directa del FOGASA que se limitará a abonar el 40% de la indemnización legal a razón de 20 días de salario por año de servicio trabajado con un máximo de doce mensualidades: SSTs de 27 de junio de 1992 (RJ 1992, 4684) y de 11 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4194), sin perjuicio de que el exceso pueda reclamarse en plazo al empresario por vía ordinaria⁶, o subsidiariamente al FOGASA tras la declaración de insolvencia empresarial con sometimiento a los topes legales establecidos.

El FOGASA abonará el 40% de la indemnización a los trabajadores previa instancia de éstos⁷, o bien, de oficio tras la apertura del expediente de reconocimiento de prestaciones. No obstante, si la empresa anticipó el abono del 100% de la indemnización a los trabajadores, será el empresario quien tras la correspondiente solicitud al FOGASA reciba de éste el porcentaje indemnizatorio correspondiente con sujeción a los límites legales, es decir, no la totalidad de lo por él abonado en tal concepto, sino únicamente el 40% de la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario tomado como base para el cálculo exceda del duplo del SMI.

B) Responsabilidad subsidiaria del FOGASA

El FOGASA, en caso de insolvencia (quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores) abona tanto prestaciones indemnizatorias como prestaciones por salarios pendientes. Una vez hechas efectivas las prestaciones a los trabajadores, el FOGASA

7. SSTs de 24 de abril de 2002 (RJ 2002, 5679) y de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2003, 1406); también, STSJ de Aragón de 24 de marzo de 2003 (AS 2003, 1684).
8. Cuando el despido objetivo se impugna por el trabajador afectado, las diferencias económicas que puedan existir han de seguirse en la modalidad procesal de los arts. 120 y ss. LPL (RCL 1995, 1144, 1563) y no en el proceso ordinario. Cuando, por el contrario, no se impugna el acto extintivo, el procedimiento adecuado para reclamar la indemnización por extinción de contrato por causas objetivas es el procedimiento ordinario y no el de despido: STSJ de Madrid de 18 de junio de 1998 (AS 1998, 2696) y STSJ de Andalucía de 1 de abril de 2002 (AS 2002, 1851).
9. STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2003 (AS 2003, 3480).
10. Los trabajadores están legitimados para reclamar directamente al FOGASA el abono del 40% de la indemnización correspondiente según SSTs de 27 de junio de 1992 (RJ 1992, 4684) y de 11 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4194); en la doctrina judicial, véase, STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de noviembre de 2002 (AS 2002, 3127).

se subroga en los derechos y obligaciones de éstos frente al empleador⁸. La responsabilidad subsidiaria del FOGASA se sujeta, sin embargo, a los límites establecidos en el art. 33.1 y 33.2 ET (RCL 1995, 997). Veamos brevemente cuál es su alcance según la normativa y los tribunales de justicia.

a) Prestaciones salariales: en este caso, el FOGASA abona los salarios pendientes de pago fijados en sentencia o acto de conciliación judicial o administrativo con el límite máximo de la cantidad resultante de multiplicar el duplo del SMI diario –a la fecha de la declaración de insolvencia⁹– por el número de días pendiente de pago con un máximo de 120 días. Entre los salarios pendientes de pago se incluye cualquier cantidad reconocida como salario en función del art. 26.1 ET (incluye pues las pagas extraordinarias según doctrina unificada del TS de 16 de mayo de 1995 [RJ 1995, 3777]), comprendiendo también los salarios de tramitación que legalmente procedan, aunque éstos, a diferencia de los salarios pendientes de pago, deben ser acordados por la jurisdicción competente en sentencia firme o auto rescisorio (excluyendo los salarios de trámite acordados en conciliación administrativa o judicial: STS de 2 de diciembre de 1998 [RJ 1999, 1014]).

b) Prestaciones indemnizatorias por insolvencia (quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores): el FOGASA abonará las indemnizaciones reconocidas en sentencia o resolución administrativa por despido, extinción a instancia del trabajador *ex art.* 50 ET y extinción por causas técnicas, económicas, organizativas o productivas y fuerza mayor. No comprende, conforme al art. 33.2 ET y al art. 14.2 RD 505/1985, de 6 de marzo (RCL 1985, 894, 1212, 1457), sobre organización y funcionamiento del FOGASA, las indemnizaciones pactadas por las partes en conciliación judicial o extrajudicial (SSTs de 14 [RJ 1990, 6118] y 30 de julio de 1990 [RJ 1990, 6493] y de 18 de septiembre de 2000 [RJ 2000, 8298]), tampoco las acordadas entre las partes (STCT 27 de mayo de 1987 [RTCT 1987, 11348])¹⁰, ni, según un sector de la doctrina, la indemnización derivada de la extinción de un contrato de trabajo temporal (8 días por año trabajado *ex art.* 49.1.c) ET) en base a que tal abono no está previsto en el art. 33 ET¹¹. Sobre esto último entiendo, sin embargo, que su claro carácter indemnizatorio permitiría reclamar tal cantidad al FOGASA siempre que reuniera el requisito de venir recogido en sentencia o resolución administrativa.

11. El FOGASA ocupará, pues, el lugar del trabajador frente al empresario conservando el carácter de créditos privilegiados *ex art.* 32 ET (RCL 1995, 997) así como los privilegios que pueda corresponderle por aplicación de la legislación civil y mercantil (art. 30 RD 505/1985, de 6 de marzo [RCL 1985, 894, 1212, 1457], sobre Organización y Funcionamiento del FOGASA). El TS viene entendiendo que en los privilegios del art. 32 ET están comprendidos no sólo los salarios en sentido estricto, sino también los demás beneficios que derivan del contrato de trabajo como son las indemnizaciones por despido (STS de 25 de mayo de 1993 [RJ 1993, 4003]); igualmente ha entendido que los salarios de trámite deben ser considerados verdaderos salarios a efectos de la aplicación de los mencionados privilegios *ex art.* 32 ET (STS de 27 de julio de 1988 [RJ 1988, 6254]). Ahora bien, conforme al art. 33.4 ET «si dichos créditos concurren con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes».
12. STS de 4 de junio de 1991 (RJ 1991, 5128).
13. ROQUETA BUJ. R.: *Los beneficiarios de las prestaciones del FOGASA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 262; igualmente, sobre la sentencia o auto que declare extinguida la relación laboral y fije la indemnización correspondiente como los únicos títulos necesarios para tener derecho a la prestación del FOGASA, véase, GARCÍA MURCIA, J.: *El Fondo de Garantía Salarial*, Instituto de estudios laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, pág. 263; LUJÁN ALCARÁZ, J.: «Despido y Fondo de Garantía Salarial», en *Estudios sobre el despido*, AA VV, Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo, Madrid, 1996, pág. 403.
14. ROSAT ASEDA SALA FRANCO, T.: *La relación laboral. El salario*, Tirant on line, 2003, pág. 16.

El salario que sirve como base de cálculo de las indemnizaciones a satisfacer por el FOGASA es el que acredite percibir el trabajador, siempre que no exceda del doble del SMI. A los solos efectos del cálculo de las prestaciones, los años de servicio serán los que resulten de la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social relativa al período de alta en la empresa deudora, salvo que el trabajador acredite un período superior de vigencia de la relación laboral (art. 19 RD 505/1985).

Ha de aclararse que las indemnizaciones que puedan fijarse por resolución administrativa son las resultantes de expedientes de regulación de empleo, comprendiendo las indemnizaciones que en cuantía superior a la legal se hayan establecido por convenio colectivo o pacto individual. Tales prestaciones, no obstante, se someten a los siguientes límites: 1) el máximo a abonar será de una anualidad; 2) el salario base para el cálculo es el realmente percibido por el trabajador sin que en ningún caso exceda del duplo del SMI (para el despido disciplinario o extinción de contratos basado en el art. 50 ET, el importe de la indemnización se calcula sobre la base de veinticinco días por año de servicio con los límites anteriores).

C) Responsabilidad directa del FOGASA por extinción de contrato en virtud del art. 52 c) ET y posterior responsabilidad subsidiaria del FOGASA derivada del mismo supuesto cuando en ejecución de sentencia el empleador se declara insolvente.

El derecho del trabajador a recibir directamente del FOGASA el 40% de la indemnización legal en caso de despido objetivo individual y, aunque sometido a límites, el 60% restante de forma subsidiaria por el mismo concepto es una doctrina ya asentada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina¹⁵. En este supuesto el FOGASA abona, como responsabilidad propia y sin posibilidad de repetir posteriormente contra el empresario, el 40% de la indemnización legal, y no el posible exceso pactado en convenio colectivo o contrato de trabajo. Dicho exceso podrá, en su caso, reclamarlo el trabajador en vía ordinaria al empresario o bien, incluso, reclamarlo posteriormente al FOGASA como responsable subsidiario cuando se produzca la situación de insolvencia empresarial reconocida judicialmente aunque, en este caso, sometido también a los topes legales establecidos (una anualidad sin que el salario diario tomado como base para el cálculo exceda del duplo del SMI).

La responsabilidad subsidiaria del FOGASA en los supuestos del art. 52 c) ET surge, tras el reconocimiento judicial –en sentencia o auto– de la insolvencia empresarial en fase de ejecución, respecto del 60% de la indemnización restante y no del 100% pues, en tal caso, se estaría indemnizando al trabajador doblemente por los mismos hechos. Recuérdese, además, que si tras la declaración de insolvencia, el empresario adeudara salarios al trabajador, el FOGASA también vendría obligado a abonar subsidiariamente los salarios pendientes de pago fijados en sentencia o acto de conciliación judicial o administrativa con el límite máximo de la cantidad resultante de multiplicar el duplo del SMI diario a la fecha de la declaración de insolvencia por el número de días pendiente de pago con un máximo de 120 días.

15. STS (ud) de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1303) y 26 de enero de 1998 (RJ 1998, 1065).

4. LA NOVEDAD DE LA STSJ DE CATALUÑA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2003: LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL FOGASA POR INSOLVENCIA EMPRESARIAL ALCANZA LA INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PREAVISO DEL ART. 52 C) ET

La relevancia de la sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2003 (AS 2004, 215) no consiste tanto en aplicar la doctrina del TS respecto a la acumulación de responsabilidades por un mismo supuesto de hecho, como en entender que el FOGASA también es responsable subsidiario del pago correspondiente a la falta de preaviso en los supuestos de despidos objetivos basados en el art. 52 c) ET (RCL 1995, 997). A tal efecto, considera que dicho pago tiene carácter indemnizatorio y que, por ello, ha de incluirse en el art. 33.2 ET, a la vez que se cumple lo prevenido en el citado precepto en tanto la indemnización por falta de preaviso viene fijada en sentencia (la del Juzgado de lo Social nº 17 de Barcelona de 22 de octubre de 1999 y Sentencia del Juzgado de lo Social nº 21 de Barcelona de 9 de julio de 2002). La responsabilidad del FOGASA no puede exceder, sin embargo, de los límites establecidos para los conceptos indemnizatorios en el art. 33.2 ET, sin que del relato de los hechos aportados por la STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2003 tengamos datos suficientes para valorar si se cumple tal límite en la condena fijada al FOGASA y sin que, por último, se discutan en cuanto al importe reclamado las cantidades señaladas por la sentencia recurrida.

También reviste interés, por otro lado, la fecha tomada en consideración para computar la antigüedad de la trabajadora en la empresa, ya que la real y la pactada en contrato de trabajo no son coincidentes. No obstante, el art. 19 del RD 505/1985 (RCL 1985, 894, 1212, 1457), señala en relación con las pretensiones indemnizatorias que «los años de servicio serán los que resulten de la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social relativa al período de alta en la empresa deudora», **salvo que el trabajador acredite un período superior de vigencia de la relación laboral**. En la sentencia que se comenta no se aportan datos respecto a la causa justificativa de la diferencia de fechas –v. gr. subrogación empresarial–, pero resulta claro que la trabajadora acredita debidamente la mayor antigüedad en tanto el propio FOGASA, mediante Resolución de 5 de agosto de 1999, reconoció para el cálculo de la indemnización directa la antigüedad reconocida en contrato de trabajo.

§ 7

Indemnización de daños y perjuicios por enfermedad profesional, solidaridad de las empresas integrantes del grupo y naturaleza de la responsabilidad por MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ Universidad de Sevilla

Sentencia comentada:

Comentario a la Sentencia del TSJ Andalucía/Granada, de 18 de noviembre de 2003 (AS 2004, 217)