

BASE DE DATOS [NORMACEF](#)**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

Sentencia 7887/2014, de 28 de noviembre de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 4088/2014

SUMARIO:

Alta dirección. Extinción por desistimiento del empresario. Indemnización por falta de preaviso. Responsabilidad del FOGASA. Recurrente que no es consejero ni administrador de la empresa, sino su Director General y, por tanto, un trabajador por cuenta ajena, alto directivo, con derecho a las prestaciones del FOGASA. Discutiéndose si dentro de la acción protectora de dicho organismo entra o no la indemnización sustitutoria por falta de preaviso, el Tribunal Supremo la excluye tanto en los despidos objetivos como en los contratos de duración determinada de duración superior a un año, por lo que, por aplicación analógica de esta doctrina, se considera que del pago de la misma responde exclusivamente la propia empresa.

PRECEPTOS:

RD 1382/1985 (Alta Dirección), art. 11.1 y 2.

PONENTE:

Don Luis José Escudero Alonso.

Magistrados:

Don ENRIQUE JIMENEZ-ASENJO GOMEZ

Don FELIPE SOLER FERRER

Don LUIS JOSE ESCUDERO ALONSO

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA**

SALA SOCIAL

NIG : 43148 - 44 - 4 - 2013 - 8038403

EPC

Recurso de Suplicación: 4088/2014

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. ENRIQUE JIMÉNEZ ASEENJO GÓMEZ

En Barcelona a 28 de noviembre de 2014

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 7887/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por Eloy frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Tarragona de fecha 17 de abril de 2014 dictada en el procedimiento Demandas n.º 661/2013 y siendo recurrido/a Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 30-7-13 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre FOGASA, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 17-4-14 que contenía el siguiente Fallo:

"Que DESESTIMANDO la demanda en reclamación de cantidad interpuesta por D. Eloy, con D.N.I. n.º NUM000, contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos de la parte actora. "

Segundo.

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO- La actora D. Eloy, prestó servicios para la empresa TAINCO, S.L., con antigüedad desde el 1-4-2009, como Alto Cargo, con la categoría de Director General, percibiendo una retribución total anual de 150.000 euros.

(expediente administrativo, docum. n.º 2 aportado por FGS a su ramo de prueba)

SEGUNDO. El demandante presentó demanda ante el Decanato de los Juzgados de Tarragona el 20-4-2011, impugnando el desistimiento empresarial que como Alto Cargo le notificó la empresa TAINCO, S.L. el día 24-3-2011, solicitando se le abone una indemnización de 300.000 euros y por incumplimiento del preaviso de tres meses la cantidad de 37.499,04 euros. Por Sentencia de este Juzgado de fecha 3-10-2011, autos 339/2011, se estima parcialmente la demanda condenado a dicha empresa a abonarle la suma total de 46.322,22 euros, siendo 8.833,18 euros por la indemnización por desistimiento y 37.499,04 euros por falta de preaviso.

(docum. n.º 2 aportado por FGS a su ramo de prueba)

TERCERO. Por Auto del Juzgado Mercantil n.º 1 de Tarragona de 29-7-2011 se declaró a la empresa TAINCO, S.A. en concurso voluntario.

El demandante interpuso demanda ante dicho Juzgado Mercantil solicitando se le incluyan en la lista de acreedores de la sociedad concursada como titular de un crédito con privilegio general por la cantidad total de 482.664,20 euros. Por Sentencia de 25-4-2012, dado el allanamiento parcial de la demanda, procede estimar la pretensión actora en la cantidad de 8.304,41 euros en un crédito privilegiado general del actor frente a la concursada TAINCO, S.A. y la cuantía de 38.027,37 euros es un crédito ordinario, desestimando el resto de pedimentos.

(expediente administrativo, docum. n.º 3 de FGS)

CUARTO. Iniciado expediente ante el FOGASA, se deniega a D. Eloy, por resolución de 4-4-2013, el derecho a percibir las cantidades solicitadas, ya que los solicitantes eran socios y miembros del Consejo de Administración de la Sociedad motivo de la petición, habiéndose acordado con anterioridad disolver la Sociedad por no convenir a los socios, cesando los componentes del Consejo de Administración y nombrado un liquidador, por lo que no es ninguna de las causas de extinción del contrato de las establecidas en el art. 51 del E.T., sino la disolución de la sociedad, por lo que no procede el abono de la prestación indemnizatoria.

(expediente administrativo)

QUINTO. La parte actora solicita se le abone por FOGASA la suma de 8.833,18 euros por la indemnización por desistimiento y 37.499,04 euros por falta de preaviso. "

Tercero.

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante Eloy, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Por el trabajador demandante en el presente procedimiento, Sr. Eloy, se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que desestimó su pretensión consistente en que por el

demandado Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), se le abonen las prestaciones solicitadas en vía administrativa en concepto de indemnización por extinción de su contrato de trabajo y salarios por falta de preaviso de dicha extinción contractual decidida unilateralmente por la empresa Tainco, S.A., en la que prestaba sus servicios y que actualmente está declarada en concurso voluntario. El presente recurso de suplicación ha sido impugnado por el FOGASA en solicitud de que se confirme la sentencia recurrida, o, en todo caso que únicamente sea condenado al pago de la indemnización.

Segundo.

Como único motivo de recurso, formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, por el trabajador recurrente se denuncia la infracción, por no aplicación, del artículo 33, apartados 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 11.2 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, alegando al respecto su condición de trabajador de alta dirección con derecho a percibir las prestaciones del FOGASA.

Al objeto de resolver el presente recurso de suplicación esta Sala parte del contenido de los incombados hechos declarados probados de la sentencia recurrida, que se dan aquí por reproducidos íntegramente a todos los efectos al constar ya en los antecedentes de hecho de esta resolución, y en particular de su hecho segundo en que se hace referente a la sentencia del mismo Juzgado de lo Social de fecha 3 de octubre de 2011, autos 339/2011, en que se condenaba a la empresa Tainco, S.L., a abonarle la suma total de 46.322,22 euros, siendo 8.333,18 en concepto de la indemnización por desistimiento empresarial y 37.499,04 euros por falta de preaviso.

Dejado sentado lo anteriormente expuesto, la primera cuestión a resolver en el presente recurso es la de si el recurrente, de acuerdo con la sentencia referenciada del Juzgado de lo Social de instancia, estaba incluido en el Régimen General de la Seguridad Social de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97.2.a) de la Ley General de la Seguridad Social, como un trabajador por cuenta ajena, en este caso con una relación laboral de carácter especial de alta dirección regulada en el Real Decreto 1382/1985, de 2 de agosto, o era un asimilado a trabajador por cuenta ajena del apartado k) de dicho artículo 97.2 de la LGSS, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, ya que en este último supuesto su recurso tendría que ser desestimado sin más, al no tener derecho a la prestación solicitada.

A este respecto, dicho artículo 97.2.k) de la LGSS, redactado conforme a lo dispuesto en el artículo 34.2 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, establece lo siguiente: "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 funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma".

Pues bien, del contenido de la sentencia recurrida y de la del propio Juzgado de fecha 3/11/2011 que es firme y de la que proviene la causa de pedir, se desprende claramente que el recurrente no era ni consejero ni administrador de la empresa para la que trabajaba sino su Director General y, por tanto, era un trabajador por cuenta ajena, alto directivo, con derecho a las prestaciones del FOGASA, habiendo quedado obsoleta en este sentido, la falta de derecho de los trabajadores de alta dirección a las prestaciones del FOGASA, la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas 13/06/1991, 13/07/1991 y 30/12/1991, siendo una cuestión distinta, tal como se desprende de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida y de la resolución del FOGASA combatida en el presente procedimiento, si dentro de la acción protectora de dicho Organismo entra o no la indemnización sustitutoria por falta de preaviso, no teniendo dudas la Sala que sí entra la indemnización por desistimiento, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del RD 1382/1985 es una "Extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario", es decir, algo equivalente a un despido de un trabajador con una relación laboral común sujeta al ET, que en la sentencia recurrida ha quedado fijada en la cantidad 8.833,18 euros, equivalente a siete días de salario por año de servicio, la mínima legal en estos supuestos, sin que le afecte al tope de la garantía salarial por despido que en el año 2011 era de 27.258,20 euros.

Por último, con respecto a la indemnización por falta de preaviso de tres meses que la sentencia de instancia fija en la cantidad de 37.499,04 euros, dicha indemnización que también está regulada en el artículo 11 del RD 1382/1985, "Extinción del contrato por voluntad del empresario", que en su apartado 2.º dispone: "En los supuestos de incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del periodo incumplido", la Sala entiende que a pesar de que está incluida dentro de las indemnizaciones por lo que se podría agregar a la señalada en el párrafo anterior, eso sí aplicando el límite legal ya referido, la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por todas, en sus sentencias de fechas 2 y 10 de febrero de 2010, excluye de la acción protectora del FOGASA las compensaciones económicas establecidas por falta de preaviso tanto en los despidos objetivos como en los contratos de duración determinada de duración superior a un año, al no responder a la prestación de un trabajo efectivamente realizado, razón por la que la Sala aplicando analógicamente esta doctrina, desestima la petición

del trabajador en concepto de abono del preaviso incumplido por la empresa de cuyo pago responde exclusivamente la propia empresa.

Por todo lo anteriormente expuesto procede que, previa la estimación parcial del presente recurso de suplicación, se revoque la sentencia recurrida en los términos que se dirán en la parte dispositiva de esta resolución.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes, y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador Don Eloy contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de los de Tarragona en fecha 17 de abril de 2014, recaída en el procedimiento 661/2013, seguido en virtud de demanda formulada por el recurrente contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), en solicitud de prestaciones, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida condenándole a abone al recurrente la cantidad 8.833,18 euros. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, n.º 47, N.º 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N.º 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.