



Roj: **STSJ M 15929/2010 - ECLI:ES:TSJM:2010:15929**

Id Cendoj: **28079340012010100884**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2010**

Nº de Recurso: **3234/2010**

Nº de Resolución: **879/2010**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0003234/2010

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.1

MADRID

SENTENCIA: 00879/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 3.234/10

Sentencia número: 879/10

F.

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

-PRESIDENTE-

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilma. Sra. D^a. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a VEINTINUEVE DE OCTUBRE DE DOS MIL DIEZ, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 3.234/10, formalizado por el Sr/a. Letrado/a D^a. BERTA MORENO DOMÍNGUEZ, en nombre y representación de D. Víctor, por el Sr/a. Letrado/a D. JORGE PUENTE FERNÁNDEZ, en nombre y representación de las mercantiles UNICLIMA, S.A. y A.R. UNIMANSUR, S.L. contra la sentencia de fecha DIECISIETE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL NUEVE, dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de MADRID, en sus autos número 932/09, seguidos a instancia de RECURRENTE -DEMANDANTE- frente a RECURRENTE -UNICLIMA, SA Y A.R. UNIMANSUR, SL- y FOGASA, en reclamación de DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- D. Víctor con DNI. NUM000, prestó servicios para la empresa UNICLIMA, S.A. con antigüedad del 9.12.04, ostentando la categoría profesional de oficial de la y salario mensual con prorrata de pagas extras de 1.987,09 euros.

SEGUNDO.- El 7.5.09 recibió carta de despido, del siguiente tenor literal:

"En Madrid a 7 de mayo de 2009.

Muy señor nuestro:

CAUSAS ECONOMICAS y ORGANIZATIVAS ALEGADAS PARA LA EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Nos vemos en la necesidad de ponemos en contacto por vd. para participarle que debido a la adversa situación por la que viene atravesando la empresa derivada del descenso progresivo de las ventas y de la actividad de la misma y la negativa situación económica, así como las tensiones de tesorería que vienen produciéndose por la crisis del sistema financiero, hacen necesarias la adopción de medidas urgentes que permitan intentar su supervivencia presente de cara a mejorar a corto plazo su situación económica y posición en el mercado en tanto se formulan, desarrollan y cristalizan nuevos proyectos de actividad ya que en caso contrario nos veríamos obligado, de no adoptar ninguna medida, a instar urgentemente un proceso concursal, posibilidad que no se descarta.

La adversa situación de la empresa en sus aspectos económicas, causa que se alega como fundamental para la resolución contractual que se le notifica por medio de la presente, se ha precipitado por la solicitud y entrada en situación concursal de la empresa OBRUM, la cual ha supuesto el impago de facturas por trabajos realizados por mas de un millón y medio de euros, que impide hacer frente en este momento al pago de obligaciones y concretamente los salarios posteriores al mes de abril de 2009, al no llegar a la empresa recursos económicos para ello y no obtener de las entidades financieras los aportes necesarios para la continuación de la actividad, lo que supone que el departamento de obras e instalaciones en al que están vdes. adscritos se ve imposibilitado de realizar actuaciones que permitan el mantenimiento de sus puestos de trabajo debido a la falta de financiación por parte de las Entidades Bancarias, así como por el descenso de la producción en el sector.

Para paliar en lo posible esta situación se han efectuado un Plan de Mejora, Racionalización y Viabilidad, entre cuyas medidas, además de la renegociación de la deuda mantenida con Entidades Financieras y la contención y reducción del gastos, acordado la medida de suprimir aquellos puestos de trabajo que en este momento puedan quedar vacíos de contenido intentando así una mejora directa en la situación económica de la empresa y una mejor distribución de sus recursos y el eventual equilibrio del proyecto empresarial.

Considerando "que su puesto de trabajo reúne las características antes descritas y le notificamos la extinción de su contrato de trabajo por causas económicas y de producción al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores y no deseando hacerle soportar las vicisitudes que el mantenimiento de su puesto de trabajo le haría soportar en caso de iniciarse el procedimiento concursal en tanto se nombran administradores y se decide sobre el eventual planteamiento de un expediente de regulación de empleo, sin posibilidad económica de percibir puntualmente sus retribuciones y sin poder acceder al desempleo, se adopta la presente decisión extintiva.

Por si fuera de su interés, aún cuando la situación de la empresa es por vd. de sobra conocida, se encuentra a su disposición para su examen copia de la documentación económica que justifica la adopción por causas económicas de la extinción acordada, pudiendo también solicitarla del Registro Mercantil de Madrid en el que se depositan anualmente la cuentas de la Empresa.

CALCULO DE LA INDEMNIZACIÓN QUE LE CORRESPONDE ALEGACION DE LA IMPOSIBILIDAD DE SU PUESTA A DISPOSICION POR LA SITUACIÓN ECONÓMICA DE LA EMPRESA Y DISTRIBUCION DE LA MISMA ENTRE EMPRESA Y FONDO DE GARANTIA SALARIAL POR TRATARSE DE EMPRESA DE MENOS DE 25 TRABAJADORES:



En este sentido el artículo 53 del E.T.), establece que junto con la comunicación de la extinción ha de ponerse a su disposición la cantidad correspondiente a la indemnización devengada por esta causa a razón de 20 días de salario por año de servicio como compensación por la citada extinción, y que para facilitarle su comprensión es la que corresponde según el siguiente detalle:

Antigüedad en N° Días Importe

Indemnización

Empresa Indemnización

09/12/200488,33 5.754,70

Dicha cantidad sería corregida inmediatamente en caso de error de cálculo por parte de la Empresa.

Ahora bien, también el citado artículo establece que, cuando la causa alegada para la extinción fuere económica y el empresario no pudiese como consecuencia de tal situación económica poner a disposición del trabajador la indemnización citada, como es nuestro caso, haciéndolo constar como así se verifica, en la comunicación escrita que se acompaña podrá dejar de hacerlo sin perjuicio del derecho del trabajador a exigir su abono una vez tenga efectividad la presente decisión extintiva: Por ello le hacemos constar que en este momento y por la situación de la empresa no puede ponerse a su disposición el importe de la indemnización devengada por la situación económica de la misma.

Por otra parte le informamos que siendo en este momento la plantilla de nuestra empresa inferior a los 25 trabajadores un 40% de la indemnización puede corresponder directamente a cargo del Fondo de Garantía Salarial, sin esperar a una eventual declaración de insolvencia de la empresa, por lo que, de la antes mencionada a esta empresa sólo le correspondía el pago por el 60% de la misma, pudiendo vd. solicitar la cantidad restante del expresado Fondo sito en Plaza de Santa Bárbara, número 5, 2Q Y 3Q, de Madrid, teléfono 917023700, pudiendo descargar las instrucciones e impresos correspondientes para ello de Web del expresado organismo www.mtin.es/fogasa/prestaciones.htm.

FECHA DE EFECTIVIDAD DE LA EXTINCION. PREAVISO y LICENCIA PARA BUSQUEDA DE TRABAJO:

La decisión extintiva que al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.C del Estatuto de los Trabajadores, en relación en el artículo 51 y 53 de dicho cuerpo legal, con alegación justificativa de causa económica y de producción se le notifica tendrá efectividad a partir del día 07/05/2009, es decir sin concesión del plazo de preaviso previsto en la ley, por lo que, con independencia de la indemnización extintiva, tiene vd. derecho a solicitar la compensación del económica del preaviso incumplido que es de treinta días por el importe económico de los salarios correspondientes.

OTRAS CUESTIONES:

Le rogamos firme el duplicado de la presente para nuestra constancia y archivo, indicándole que de no hacerlo firmarán dos testigos a nuestro ruego a los solos efectos de la constancia de la entrega de la presente notificación de extinción del contrato, la cuantificación de la indemnización devengada y de la que es vd. acreedor y de la imposibilidad actual de su puesta a disposición por la situación de crisis económica y de tesorería por la que atraviesa la empresas.

Frente a la presente decisión podrá vd. actuar de dos formas:

Acatándola y postulando demanda de reclamación de cantidad frente a las cantidades reflejadas en el documento de finiquito que se acompaña:

Accionar frente a ella como si de despido se tratara en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de la recepción de la presente comunicación.

En cualquiera de los dos casos desde hoy podrá vd. solicitar las prestaciones por desempleo pues siendo la extinción por causa no imputable al trabajador, legalmente tiene derecho a ellas, sí cumple los demás requisitos exigidos legalmente, por lo que, junto a la presente se le entrega certificado de empresa para el INEM:

Sin otro particular, le saluda atentamente, esperando comprenda la situación que nos obliga a adoptar la presente decisión y agradeciéndole los servicios prestados hasta este momento.

TERCERO.- UNICLIMA, SA se constituyó el 1.1.1980, por D. Andrés , su esposa Dña Antonia y sus tres hijos, siendo su administrador único D. Baldomero . Tiene por objeto social la instalación, conservación o mantenimiento, reparación de calefacciones, climatizaciones, ventilaciones, extracciones, protecciones contra incendios, detecciones de incendios, red de B.L.E., fontanería y gas.



CUARTO.- A. R. Unimansur, SL, se constituyó el 17.3.08 en el mismo domicilio social y con idéntico objeto social por Baldomero, que posee el 1001 y es el administrador único. A partir del 1.1.09, la facturación del servicio de mantenimiento se hizo a favor de dicha empresa.

QUINTO.- Uniclíma obtuvo unos beneficios de 17.447,23 euros, en 2005, pérdidas de 15.099,96 euros en 2006, beneficios de 29.893,07 en el año 2007 y pérdidas de 234.150,52 euros en el 2008. En dicho ejercicio los fondos propios ascienden a -63.141,39 euros, siendo el capital social de 60.200 euros.

SEXTO.- A.R. Unimansur tuvo unas pérdidas en el ejercicio 2008 de 25.471,22 euros, ascendiendo los fondos propios a -22.451,22 euros, siendo el capital social de 3.020 euros.

SEPTIMO.- Uniclíma empleaba a 34 trabajadores a 1.1.09. Desde el 10.3.09 al 7.4.09, causaron baja 20 trabajadores (de los cuales 12 fueron dados de alta en AR Unimansur) 4 causaron baja voluntaria y dos contratados por tiempo determinado causaron baja por finalización de contrato. Entre el 6 y el 8 de mayo, causaron baja 11 trabajadores, 8 de los cuales incluyendo el actor por despido objetivo el 7 de mayo, y otros dos el 8.5.09; asimismo un trabajador con contrato indefinido fue baja voluntaria el 6.5.09.

OCTAVO.- A.R. Unimansur contrató en febrero de 2009, 10 trabajadores, en abril 3 y en junio 1 (12 de ellos causaron baja en Uniclíma y alta en AR Unimansur).

NOVENO.- Por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 24.3.09 se declaró el Concurso Necesario de Obrum Urbanismo y Construcciones S.A., deudora de Uniclíma S.A por importe de 1.507.454,65 euros. El total de deudores en el ejercicio del 2008 ascendió a 2.111.764,68 euros.

DECIMO.- El actor está prestando servicios por cuenta ajena desde el 15.8.09 y percibe un salario de 1.200 euros.

UNDECIMO.- El 22.5.09 interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC, que tuvo lugar sin efecto el 9.6.09.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Víctor contra Uniclíma SA y A.R. Unimansur SL vengo a declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, con derecho a una indemnización de 5.851 euros así como a los salarios equivalentes al periodo de preaviso en la cuantía de 1.987,09 euros, condenando a las empresas demandadas y al FOGASA a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos, y a aquellas solidariamente a abonar al actor el 60W de dicha indemnización así como la cantidad de 1.987,09 euros en concepto de preaviso."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE Y DEMANDADA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha VEINTICINCO DE JUNIO DE DOS MIL DIEZ dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en TRECE DE OCTUBRE DE DOS MIL DIEZ, señalándose el día VEINTISIETE DE OCTUBRE DE DOS MIL DIEZ para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 7 de mayo de 2009 la empresa "Uniclíma, SA" acordó el despido objetivo del Sr. Víctor.

El trabajador impugnó judicialmente esa decisión, pidiendo que su despido se calificara como nulo y, de forma subsidiaria, improcedente, con responsabilidad de la citada empresa y de "Unimansur, SL", alegando que ambas eran integrantes de un único grupo empresarial.

El Juzgado de lo Social número 8 de Madrid dictó sentencia el día 17 de noviembre de 2009, estimando la indicada pretensión subsidiaria y la responsabilidad solidaria de las codemandadas.

Tanto el actor como las referidas empresas recurren en suplicación.

SEGUNDO.- Elevadas las actuaciones a la Sala se comprobó que en el recurso formalizado de modo conjunto por "Uniclíma, SA" y "Unimansur, SL" se daban estas dos características: 1ª) Su objeto específico consistía en



pedir la exención de responsabilidad de esta última, al negar que entre ambas existiera grupo de empresas. 2º) Sólo se había efectuado un depósito y una única consignación de la condena, a nombre de "Uniclíma, SA". A la vista de tales circunstancias se dio trámite de alegaciones a las partes procesales, a fin de que pronunciasen sobre las mismas y su incidencia en una eventual inadmisión de recurso.

Por escrito de fecha 15/10/09, ampliado por el de 20/10/10, el letrado de las dos mercantiles de referencia manifestó que la condena por despido objetivo acordada en instancia respecto a "Unimansur, SL" era correcta y que, por tanto, nada podría cuestionar sobre la misma, de forma que la mención de esta empresa en el encabezamiento de los documentos bancarios correspondientes al depósito y la consignación de la condena eran fruto de un error formal y que tal era el trato que debía darle la Sala, de conformidad con el principio de mayor efectividad del recurso de "Unimansur, SL", tanto más cuanto que en su momento el Juzgado dictó providencia teniendo por formalizado en tiempo y forma ese recurso, pronunciamiento que devino firme y ahora no puede ser modificado. Por todo ello acaba pidiendo de la Sala la admisión del recurso referido y sentencia conforme con el suplico del mismo.

Ante tales alegaciones este Tribunal aprecia:

1º) Estando fuera de duda que tanto el depósito como la consignación para recurrir han sido efectuados por "Uniclíma, SA", así como que la otra empresa condenada "Unimansur, SL" niega la existencia de grupo empresarial con la anterior y, por ende, la posibilidad de verse afectada patrimonialmente por el despido del actor, no cabe entender que la garantía de la condena presentada por "Uniclíma, SA" pueda beneficiar a "Unimansur, SL", pues el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el tratamiento procesal que debe aplicarse en tales casos y su respuesta es clara, según vemos en sus autos de fechas 10/12/98 (recurso de queja 1325/98) y 20/11/01 (recurso de queja 1103/2001), el primero de los cuales dice lo siguiente.

"SEGUNDO.- La Sala de suplicación ha dictado auto que tiene por no preparado el recurso de casación por el recurrente omiso del depósito y del aval, que es quien acude ahora ante la Sala formulando esta queja, cuyo argumentación consiste en entender que la solidaridad de la condena supone que el cumplimiento de la obligación por uno de los obligados, aprovecha a los demás y no sería preciso un depósito por cada uno de los recurrentes, por lo que invoca, en favor de su tesis el artículo 24 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), puesto que el recurrente quedaría privado de la tutela judicial efectiva, los 1137 y siguientes del Código Civil en cuanto permiten al acreedor obtener la satisfacción de su crédito de cualquiera de los deudores solidarios, y los 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1144 y 1563), que entiende indebidamente aplicados para tenerlos por incumplidos en este supuesto.

TERCERO.- No han sido cumplidos los artículos 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral por el condenado que ha omitido todo depósito o caución sobre las cantidades a cuyo pago resulta condenado por la sentencia de suplicación, cantidades que han de ser depositadas por quien no goza del beneficio legal de Justicia gratuita, y el auto que declara no tener por preparado el recurso, no infringe estos preceptos, en su aplicación directa y literal.

CUARTO.- Tampoco hay infracción de los arts. 1137 del Código Civil, pues la solidaridad de la obligación actúa cuando es firme, pero no puede invocarse cuando queda «sub iudice» y no es actuada voluntariamente por quien cumple el requisito del depósito o del afianzamiento. El razonamiento es llano: Si el recurso de quien ha depositado o afianzado es estimado, habrán de serle devueltos los depósitos y levantado el aval establecido respecto de él, con lo que quedará la obligación de los restantes obligados, sin depósito ni caución. Sólo mediante su afección conjunta y solidaria a las obligaciones de cada uno de los condenados y recurrentes, podrá un solo depósito o una sola caución, ser útil para cubrir el requisito legal, en relación con cada uno de aquéllos y en tanto en cuanto lo sea. Pero no cuando se limite al deber individualizado, que puede obtener resultado favorable en el recurso, y seguir la suerte prevista en el artículo 226.3 de la misma Ley de Procedimiento Laboral.

QUINTO.- No hay infracción del art. 24 de la Constitución, en cuanto que se aplican preceptos vigentes, que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, han de ser interpretados guardando el debido equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva, en su contenido de propiciar la interposición de recursos legalmente previstos, y el derecho del recurrido a la eficacia final del fallo, si fuera confirmado; ahora bien, como ha sido el órgano judicial quien ha admitido la eficacia del escrito de preparación referido indebidamente a dos recursos, debe estimarse en parte esta queja para revocar el auto así impugnado y declarar: Que la empresa «Tryp, SA» habrá de depositar el importe de la condena o afianzarlo, con autonomía de la otra recurrente, así como efectuar el depósito especial de 50.000 pesetas, a cuyo propósito cuenta con el plazo no consumido en su preparación del recurso de casación".

2º) Frente a tan clara doctrina no cabe invocar que el hecho de que sea "Uniclíma, SA" y no "Unimansur, SL" quien figure como titular del depósito y de la garantía de la condena acordada en instancia debe entenderse



como un simple error formal, pues no hay la menor duda de que las garantías prestadas por una empresa no pueden aplicarse a favor de otra distinta cuya personalidad jurídica es independiente.

3º) El que el Juzgado de lo Social no advirtiera las anteriores precisiones en nada condiciona a este Tribunal, pues es competencia del órgano que debe resolver un recurso la constatación de la concurrencia de los presupuestos que determinan su admisión, conforme a reiterada doctrina constitucional (SSTC 58, 127 y 347, todas ellas de 1993) y jurisprudencial.

4º) No es posible en este caso conceder trámite de subsanación para que "Unimansur, SL" cumpla la garantía de la condena solidaria que se le ha impuesto, no sólo porque esa posibilidad de subsanar sólo existe cuando la consignación o el aval son razonablemente insuficientes (no inexistentes, como es el caso), sino porque, además, en el escrito de alegaciones que este Tribunal dio en su momento, en referencia a la eventual inadmisión del recurso, nada de esto se pidió, ni siquiera con carácter cautelar.

Por todo ello, no podemos considerar como parte recurrente a "Unimansur, SL" y pasamos a examinar los recursos de "Uniclíma, SA" y el Sr. Víctor, empezando por este último.

TERCERO.- El trabajador propone la siguiente revisión de hechos declarados probados:

1ª) Sustituir el séptimo ordinal del relato fáctico por este texto: "Uniclíma empleaba a 34 trabajadores a 1.1.09. Desde el 10.03 a 7.04. 09, causaron baja 20 trabajadores (de los cuales 9, causaron baja con fecha 10/03/2009 en la empresa Uniclíma, S.A. y alta el día 11/03/2009 sin solución de continuidad en la empresa A.R Unimansur. Y 3 causaron baja con fecha 31/03/2009 en la empresa Uniclíma, S.A y alta el día 01/04/2009 en la empresa AR Unimansur sin solución de continuidad) 4 causaron baja voluntaria, 2 contratados por tiempo determinado causaron baja por finalización del contrato, 1 (D. Luis Pedro) código 58 por Jubilación, y 1 (D. Basilio) baja no voluntaria, sin especificar la causa.

Entre el 6 y 8 de mayo causaron baja 11 trabajadores, 8 de los cuales incluyendo al actor,

por despido objetivo el 7 mayo mediante carta de despido del mismo día 7 de mayo de 2009, y otros dos el 08.05.2009 por despido objetivo mediante carta de despido del día 28 de abril de 2009; asimismo un trabajador con contrato indefinido fue baja el 06/05/2009".

Si contrastamos este texto con el original de sentencia, podemos comprobar que la única diferencia relevante entre ambos se refiere a que entre el 10 de marzo y el 7 de abril de 2009 un trabajador (Sr. Basilio) causó baja por causa desconocida. Tal dato es irrelevante, y, por ello, la revisión se desestima.

2ª) Sustituir el octavo hecho declarado probado por este texto: "A.R. Unimansur contrato en marzo de 2009, 10 trabajadores, en abril 3 y en junio 1 (12 de ellos causaron baja en Uniclíma y alta en A.R. UNIMANSUR)".

Tampoco es relevante la modificación, pues el original de sentencia ya recoge las altas y bajas de las dos empresas codemandadas.

CUARTO.- Por parte de "Uniclíma, SA" se interesa:

1º) La revisión del quinto hecho declarado probado, de forma que se le añadan los dos párrafos siguientes: "Al finalizar el ejercicio 2008, la empresa tenía unas deudas a corto plazo por importe de 799.969,42 euros, siendo el importe adeudado a acreedores comerciales y otras cuentas a pagar, 1. 703.621,87 euros - cuenta de resultados de 2008, doc. 6 de la demandada, folio 121-.

Uniclíma, SA, deposita sus cuentas en el Registro Mercantil de Madrid folios 83,84 y 85 del ramo de prueba documental de la propia actora-, realizando su propia contabilidad -documentos 6 al 10 y 23 del ramo de prueba de esta parte, folios 121 al 178 y del 248 al 289-, efectuando las declaraciones fiscales con respecto al Impuesto de Sociedades que obran al folio 120 y seguidos sin numerar".

La modificación descansa en los folios de autos 121 a 178 y 248 a 289 (carta de despido, autodeclaración de impuesto de sociedades, cuentas de pérdidas y ganancias, libro mayor de contabilidad, etc...), en los que no se hace la menor especificación del punto concreto que contendría los datos a los que se refiere la revisión, que, por lo mismo, se desestima.

2º) La adición de otros dos párrafos al sexto hecho declarado probado, precisando que "A.R. Unimansur, SL establece sus propias relaciones contractuales y mercantiles con sus clientes -contratos a los folios 449 al 462- y proveedores folios 368 y 369-, facturando directamente por sus servicios facturas a los folios 340 al 366-, contabilizando y documentando contable y mercantilmente su actividad - cuentas existentes a los folios 306 al 317 y 369 al 448-, efectuando las declaraciones fiscales con respecto al Impuesto de Sociedades que obran a los folios 291 al 305".



En este caso la razón de no admitir tal modificación proviene de su carácter intrascendente, puesto que plantea un tema únicamente vinculado a la exención de responsabilidad de "Unimansur, SL", sobre la que ya hemos dicho que no cabe admitir su recurso. Adicionalmente, los datos que refiere dicha adición no dejan de corresponder a la realidad formal de esa empresa, cuya posición, en orden a la atribución de responsabilidad en este litigio, necesariamente habría de relativizarse en función de cuanto recogen los hechos declarados probados 4º, 7º y 9º.

QUINTO.- Invoca el Sr. Víctor la aplicación de los artículos 51 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 6.4 del Código Civil y 124 de la Ley de Procedimiento Laboral, manteniendo que las extinciones contractuales operadas por "Uniclisma, SA" han afectado, en un período de 90 días, a 10 trabajadores, lo cual conlleva la aplicación del primero de los preceptos indicados, dada la dimensión de esa empresa, determinando la necesaria tramitación del correspondiente expediente de regulación de empleo colectivo y su correlativa aprobación de la autoridad laboral, de manera que, incumplidos tales trámites, su despido sería nulo.

"Unimansur, SL" se opone a ese planteamiento, defendiendo que para calificar el despido del actor los únicos despidos que han de tomarse en consideración son los producidos el 7 de mayo de 2009, no los posteriores y que, si sumados todos ellos se alcanzase el umbral que indica el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, la eventual nulidad, de alguno de esos despidos sólo podría afectar a aquel que la empresa efectuase a partir de los 10 primeros, lo cual deja fuera del cómputo la extinción contractual del actor.

No lo entiende así este Tribunal, quien aprecia que la postura del Sr. Víctor es conforme a derecho. El artículo 51. 1 a) del Estatuto de los Trabajadores dispone que se entiende por despido colectivo, a los efectos de esa ley, la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de 90 días, la extinción afecte al menos a diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

Éste es el caso. No hay duda de que "Uniclisma, SA" tiene una plantilla de menos de cien trabajadores, así como de que en un período de 90 días ha procedido al despido de diez trabajadores, de los cuales ocho el día 7 de mayo y dos el día siguiente (hecho declarado probado 7º). Todos ellos han de ser considerados de modo conjunto a efectos de aplicar el referido precepto, pues el cómputo de los 90 días indicados puede hacerse bien hacia atrás bien hacia delante en el tiempo, ya que la ley nada dice en contra y, por otra parte, no entenderlo así llevaría en casos como el presente a un fraude de ley que quedaría impune.

SEXTO.- Ciertamente, es claro que "Uniclisma, SA" pretende eludir la aplicación del artículo 51.1 a) del Estatuto de los Trabajadores y la forma elegida es escalar los despidos objetivos de sus trabajadores, con el fin de lograr que, si alguno de los afectados impugna su extinción, ninguno de ellos pueda invocar esa norma, pues, a criterio de aquélla, "sólo podrían considerarse nulas las extinciones realizadas con posterioridad a la del actor y que superaran el umbral de diez trabajadores", cuando la realidad es que la ley no dice que sólo a partir del undécimo trabajador despedido se pueda pedir la nulidad de su extinción contractual, sino que lo que dice es que se declarará la nulidad de la extinción contractual si no se ha seguido el trámite del despido colectivo, derivada de despido colectivo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores si no se hubiera obtenido la previa autorización administrativa en los supuestos en que esté legalmente prevista, y precisamente el legislador prevé la necesidad de tal autorización cuando el despido afecta a diez trabajadores en una empresa de menos de cien.

No hay, por tanto, duda de la nulidad que reclama el actor, tanto más cuanto que no se comprende por qué los despidos del día 8 de mayo podrían declararse nulos, según la sentencia de instancia, pero no así los del día 7, cuando es manifiesto que entre esas dos fechas no ha existido ninguna circunstancia relevante que permita justificar ese diferente trato legal.

En suma, el primer motivo de suplicación del Sr. Víctor se estima, lo cual deja inoperantes los posteriores, ya que lo planteado en ellos es que, de entender que estamos ante un despido objetivo del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, tampoco se ha respetado el régimen jurídico establecido a efecto. Ahora bien, puesto que acabamos de decir que el régimen aplicable es el del despido colectivo, no procede que examinemos una figura jurídica distinta.

SÉPTIMO.- La declaración de nulidad del despido del Sr. Víctor conlleva el derecho de éste al percibo de salarios de tramitación (art. 55.6 ET), desde que el despido tuvo lugar hasta que se produzca su readmisión laboral. De esos salarios deberán descontarse los percibidos durante el tiempo de realización de otra actividad profesional, de manera que el importe de dichos salarios será el siguiente: de ser superior el abonado por la empresa que acordó el despido declarado nulo, ésta seguirá abonado la diferencia entre ese salario que estaba a su cargo y el abonado por la nueva empleadora, tal como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 10 octubre 2007 (RCUD núm. 372/2007). En el supuesto de no constar el salario pagado por esta nueva empresa, el descuento será equivalente al salario mínimo interprofesional.



De conformidad con este criterio, puesto que consta que el salario abonado por "Uniclíma SA" al actor era de 198709 euros mensuales (66'23 diarios) y que éste se incorporó a otra empresa desde el 15/8/09 (HDP décimo), a cambio de un salario de 1200 euros mensuales (40 diarios), procede que "Uniclíma SA" le abone salarios de tramitación calculados según importe diario de 6623 euros desde 8 de mayo de 2009 hasta 14 de agosto de 2009, y de 2323 euros diarios desde 15 de agosto de 2009 hasta que se produzca la reincorporación laboral en su plantilla, a menos que durante ese periodo el trabajador hubiese dejado de prestar servicios o se hubiera incorporado a otra empresa distinta, pues en el primer caso debería volver a percibir el indicado salario de 66'23 euros diarios, y en el segundo el importe de los salarios de tramitación deberían determinarse en función del salario abonado por esa nueva empresa.

OCTAVO.- Esto hace que sólo quede pendiente de respuesta la cuestión de fondo que plantea "Uniclíma, SA" quien se limita a pedir la exención de responsabilidad de "Unimansur, SL".

No es posible procesalmente que una empresa pueda pedir la exención de responsabilidad de otra distinta a ella misma, lo cual supone la desestimación de su recurso.

Pero es que, además, si, en hipótesis, se hubiese considerado su petición, no hubiera prosperado, pues los hechos son contundentes: las dos empresas codemandadas comparten objeto social y administrador único, siendo éste el dueño único del capital social de "Unimansur, SL". Además, la expresión "la facturación del servicio de mantenimiento se hizo a favor de dicha empresa", contenida en el cuarto hecho declarado probado, queda explicada en el tercer fundamento de derecho de la sentencia impugnada, donde se refiere "cierta confusión de patrocínios, habida cuenta que se hizo facturación del servicio de mantenimiento de trabajadores de Uniclíma, a favor de AR Unimansur", lo cual, manifiestamente, evidencia la confusión patrimonial propia del grupo de empresa a efectos laborales de declaración de responsabilidad solidaria, sin que sea atendible en absoluto la explicación de ese hecho que trata de ofrecer la empresa "Uniclíma, SA" en su recurso, al decir que "el hecho de que la facturación de un servicio pase a otra empresa supone el cese o traspaso de una unidad productiva autónoma", ya que una cesión de esta clase se caracteriza por el traspaso a la empresa cesionante de la totalidad de elementos productivos requeridos para su ejecución, no la simple confusión de una parte de los ingresos generados por una empresa, que se desvían hacia otra, una vez que aquélla ha entrado en crisis, acompañándose ese desvío de ingresos con una reducción de plantilla, materializada en el cese de 10 de los 34 trabajadores de "Uniclíma, SA" y su inmediata incorporación a "Unimansur SL" entre el 10 de marzo y el 20 de abril de 2009, lo cual es más que significativo de la forma de actuación conjunta de ambas empresas.

Así pues, la responsabilidad solidaria declarada en instancia es conforme a derecho y el recurso que ahora comentamos se desestima.

NOVENO.- Pierde por ello la empresa recurrente el depósito y la garantía prestadas para recurrir, a los que se dará el destino que corresponda cuando la presente sentencia sea firme.

Además, debe proceder al abono de los honorarios de la letrada que procedió a impugnar su recurso, los cuales se cuantifican en 300 euros.

DÉCIMO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina en los términos previstos en el artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Víctor, inadmitimos el interpuesto por "Unimansur SL" y desestimamos el interpuesto por "Uniclíma, SA", declarando la nulidad del despido del citado trabajador efectuado el 7 de mayo de 2009, condenando a "Uniclíma, SA" a proceder a su readmisión inmediata. Condenamos solidariamente a "Uniclíma, SA" y "Unimansur, SL" al abono de salarios de tramitación desde el día siguiente al despido hasta el 14/8/09 a razón de 66'23 euros diarios y de 2323 euros diarios desde 15 de agosto de 2009 hasta que se produzca la reincorporación laboral, a menos que durante ese periodo el trabajador hubiese dejado de prestar servicios en la empresa donde se incorporó en esta última fecha o se hubiera incorporado a otra distinta, pues en el primer caso debería volver a percibir el indicado salario de 66'23 euros diarios, y en el segundo el importe de los salarios de tramitación deberían determinarse en función del salario abonado por esa nueva empresa, procediendo, por otra parte, el descuento correspondiente al período que el trabajador hubiese podido percibir prestaciones de seguridad social incompatibles con el salario. Acordamos la pérdida del depósito y la garantía prestados para recurrir por "Uniclíma, SA" y el abono de las costas causadas por su recurso.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.



Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la ley procesal laboral. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del depósito de 300 euros conforme al art. 227.2 L.P.L. y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000035 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español Crédito, sucursal número 1026, sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010 de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el,por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.