

Roj: **STS 1499/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1499**Id Cendoj: **28079140012013100188**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/03/2013**Nº de Recurso: **958/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ GAL 1334/2012,**
STS 1499/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Iván , representado y defendido por el Letrado Sr. Besteiro López, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 17 de febrero de 2012, en el recurso de suplicación nº 5015/11 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 2 de junio de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol , en los autos nº 94/11, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa AUTOESCUELA XISTRAL, S.L. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida la empresa AUTOESCUELA XISTRAL, S.L., representada por la Procuradora Sra. Gilsánz Madroño y defendida por Letrado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Aurelio Desdentado Bonete** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 17 de febrero de 2012 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de La Coruña, en los autos nº 94/11, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa AUTOESCUELA XISTRAL, S.L. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es del tenor literal siguiente: "Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Iván contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, de fecha 2/6/2011, en autos nº 94/11, instados por el recurrente frente a la empresa AUTOESCUELA XISTRAL, S.L. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, confirmamos la resolución de instancia. Ha de darse a los depósitos y consignaciones, si hubiera, el destino legal correspondiente".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 2 de junio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- D. Iván , con D.N.I. nº NUM000 , ha venido prestando servicios para la empresa AUTOESCUELA XISTRAL, S.L., desde el día 1/10/1989, con la categoría profesional de profesor y con un salario mensual prorrateado de 1515,18 €. ---2º.- El día 15/12/10 recibe de su empleadora un burofax comunicándole que se procede a su despido pro causas objetivas con efectos del día 31/12/10, cuyo contenido se tiene por reproducido y en el que se indicaba expresamente que la cantidad que se ponía a su disposición constituía el 60% de la indemnización, cubriendo el 40% restante el FOGASA. ---3º.- La empresa puso a disposición del actor, en las oficinas de la empresa, un cheque nominativo por la cantidad de 10.787,33 €, datado a 15/12/10 y correspondiente al 60% de la indemnización calculada por la empresa. El cheque fue recogido por el Sr. Iván el 4/1/11. ---4º.- En el ejercicio 2006, la empresa sufrió unas pérdidas de 6.467€; en



2007, unas de 9.864; en 2008, de 3.446€; en 2009, de 21.603€; y en 2010, de 18.442€. En el ejercicio 2008, la empresa experimentó una caída en la cifra de negocios del 26%; en el 2009, del 46%; y en el 2010, en la misma proporción. El coste de personal en 2010 asciende a 30.374€, de los cuales el trabajador despedido supone 23.926€. Los socios trabajadores no han percibido ninguna remuneración el ejercicio 2010. —5º.- El trabajador demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o representante sindical. —6º.- Presentada la papeleta de conciliación el 17/1/11, se celebró el preceptivo acto ante el SMAC el 2/2/11, con el resultado de intentado sin efecto".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que debo desestimar la demanda presentada por D. Iván contra la empresa AUTOESCUELA XISTRAL, S.L. y contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y absolverlas de todos los pedimentos deducidos en su contra".

TERCERO.- El Letrado Sr. Besteiro López, en representación de D. Iván, mediante escrito de 11 de abril de 2012, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de octubre de 2010. SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 21 de junio de 2012 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 26 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se suscita en el presente recurso consiste en determinar, a efectos de la calificación del despido, si el abono por parte de la empresa del 60% de la indemnización prevista en el apartado b) del art. 53 del Estatuto de los Trabajadores, remitiendo al Fondo de Garantía Salarial para el cobro del 40% restante, cumple la exigencia establecida en el precepto citado o debe determinar la calificación del despido como improcedente, de conformidad con lo previsto en el párrafo 4 del número 4 del artículo citado.

La sentencia recurrida ha considerado correcta la actuación de la empresa, respecto a la que no se discute que tenga una plantilla de menos de veinticinco trabajadores, por lo que ha confirmado la procedencia del despido declarada en la instancia; pronunciamiento contra el que recurre el actor, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la misma Sala de lo Social de Galicia el 28 de octubre de 2010, que en supuesto sustancialmente igual -despido objetivo en empresa de menos de veinticinco trabajadores con puesta a disposición del 60% de la indemnización- apreció la improcedencia declaró la nulidad del despido, por entender, con cita de nuestra sentencia de 1 de julio de 2010, que no existe puesta a disposición si una parte de la indemnización no se hace efectiva, sino que simplemente se remite al trabajador a su abono por el FOGASA.

Hay que aclarar que no se cuestiona que el 40% de la indemnización que quedaría a cargo del Fondo de Garantía Salarial esté dentro del límite del párrafo segundo del número 1 del art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, cuestión que tampoco se suscita en la sentencia de contraste.

SEGUNDO.- Existe, por tanto, la contradicción que se alega, por lo que debe examinarse el motivo único del recurso que denuncia la infracción del art. 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, argumentado en la línea de la sentencia de contraste que la expresión puesta a disposición implica que el importe de la indemnización se haga efectivo de forma completa.

El motivo no puede estimarse, porque, como señala con acierto el Ministerio Fiscal, el art. art. 53.1.b) del ET ha de ponerse en relación con el art. 33.8 del mismo texto legal. Por ello, si bien es cierto que el precepto cuya infracción se denuncia establece que el empresario de "poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio", este precepto ha de ponerse en relación con el art. 33.8 del mismo texto legal, que la redacción vigente en el momento en que se produjo el despido -la de la Ley 43/2006-, que "en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". De esta forma, en el supuesto regulada en esta norma el FOGASA se convierte en responsable directo del pago de la indemnización, por lo que la obligación de puesta a disposición se refiere a únicamente al importe que corre a cargo del empresario, sino que el empresario tenga el deber de anticipar el importe que debe abonar el Fondo. Esta conclusión se desprende de la expresión literal de la norma, que se



refuerza en la redacción de la ley 3/2012 ("el Fondo de Garantía Salarial abonará al trabajador ..."), pero también del propio carácter de la obligación y de las normas de procedimiento contenidas en los arts. 13 y 20 del Real Decreto 505/1995 ; normas que se refieren a los trabajadores como titulares del derecho a la prestación del Fondo y como interesados en el procedimiento, sin mencionar de forma expresa a los empresarios, lo que no impide a éstos solicitar el importe a cargo del Fondo cuando hayan lo anticipado al trabajador el pago de la parte del Fondo.

En este sentido se ha pronunciado la Sala en sus sentencias de 27 de junio , 24 de noviembre , 12 de diciembre de 1992 y 11 de mayo de 1994 . En estas sentencias se establece que el Fondo "tiene el carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores", si bien admiten que esta obligación se module en función del comportamiento de las partes, de forma que si la empresa anticipa el pago de la parte correspondiente al Fondo podrá solicitar su reintegro de este organismo, pero si la empresa hace efectivo solamente el porcentaje del 60% se estará en el supuesto normal de la legitimación del trabajador para solicitar el 40% del Fondo, como había ocurrido en el caso resuelto por las sentencias citadas, en el que la empresa había mejorado la indemnización, abonando el 60% de la indemnización legal más la mejora íntegra, reclamando los trabajadores el 40% restante al Fondo, siendo los trabajadores "titulares del mencionado derecho" de reclamación frente al Fondo.

La conclusión contraria no puede ampararse en nuestra sentencia de 1 de julio de 2010 , que citan la sentencia de contraste y el recurrente. Esta sentencia no resuelve el problema que aquí se suscita -el de determinar si para cumplir la obligación del art. 53.1.b) del ET el empresario debe abonar la parte de indemnización que corresponde al Fondo-, sino un problema distinto el de la forma en que debe ponerse a disposición del trabajador la indemnización; problema que resuelve estableciendo que es conforme a derecho el proceder de la empresa que en la comunicación del despido "ofrece la indemnización (...), advirtiendo de que si la rechazara (el trabajador), se depositará a su disposición, en el Decanato del Juzgado de lo Social", lo que se realizó dentro de las 48 siguientes.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, sin que, de acuerdo con el art. 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , proceda la imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Iván , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 17 de febrero de 2012, en el recurso de suplicación nº 5015/11 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 2 de junio de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol , en los autos nº 94/11 , seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa AUTOESCUELA XISTRAL, S.L. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre despido. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.