



Roj: **STS 1698/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1698**

Id Cendoj: **28079140012013100219**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2013**

Nº de Recurso: **1725/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 4259/2012,**
STS 1698/2013

SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Fidel frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, de fecha 18 de abril de 2012, dictada en el recurso de suplicación número 466/12, formulado por el ahora recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Almería de fecha 25 de enero de 2012, dictada en virtud de demanda formulada por DON Fidel, frente a CEMALSA EXPERTOS EN CALIDAD, S.L. y FOGASA, en reclamación por Despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida la Procuradora Doña Elisa Hurtado Pérez, en nombre y representación de CEMALSA EXPERTOS EN CALIDAD, S.L.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de octubre de 2011, el Juzgado de lo Social número 2 de Logroño dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: " Que desestimando la demanda interpuesta por D. Fidel debo absolver y absuelvo de la misma a la empresa Cemalsa Expertos en Calidad SL declarando la procedencia de la decisión extintiva acordada por dicha empresa por **causas** económicas, organizativas y de producción con efectos del día 24-6-11".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: 1.-La parte actora, D. Fidel, mayor de edad, con DNI núm. NUM000, ha venido prestando sus servicios para la empresa Cemalsa Expertos en Calidad SL, dedicada a la actividad de la Construcción, desde el 11-8-03, con la categoría profesional de encargado General de Obra y percibiendo un salario mensual de 1.885,29 €, incluida la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias. 2.- La empresa demandada entregó al actor una carta el día 17-6-11 cuyo tenor literal es el siguiente: 'Estimado Sr: Por la presente le comunicamos que con fecha de efectos del día 24 de Junio de 2011, quedará extinguida la relación **laboral** que le vincula a esta empresa por **causas objetivas** y, en consecuencia, a la terminación de dicha jornada será cesado en la misma a todos los efectos. La referida decisión está amparada en el art. 52, apartado c) del Estatuto de los Trabajadores relativo a la necesidad acreditada de amortizar puestos de trabajo por razones económicas, organizativas y de producción. a fin de contribuir a superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de esta empresa, tratando de garantizar su continuidad de recuperar el desequilibrio producido. Como es notorio, la actividad de nuestro sector, control de calidad de la construcción la obra pública, ha sufrido y está sufriendo una importante situación de crisis que se ha traducido en una reducción drástica en la cifra de ventas y del



volumen de trabajo de las empresas del sector y, por tanto, en una necesidad de adaptación de éstas a la nueva situación del mercado mediante una adecuación de sus recursos humanos y materiales. Tal y como hemos expuesto anteriormente, se trata de una lamentable necesidad acreditada de amortizar puestos de trabajo, de la que CEMALSA EXPERTOS EN CALIDAD S.L. Sino puede permanecer ajena, como consecuencia de las pérdidas económicas acumuladas hasta la fecha, así como las malas perspectivas previstas para los próximos meses que sitúan a esta empresa en una complicada situación económico- financiera. La situación actual del mercado ha obligado a la empresa a bajar los precios de venta de sus servicios. Por lo que los costes que genera el servicio que presta, no se corresponde con el precio de venta, esto unido al aumento de plazo en el pago de los clientes ha generado: -Reducción del margen entre coste de empresa y precio de venta, siendo negativo. -Desfase en la tesorería, incapacidad para general liquidez. -El tener más clientes ha supuesto una traba financiera y los costes se han incrementado, se ha generado más riesgo bancario, por toda la inversión realizada. Tener más clientes no tiene porqué significar que esto aporte más ingresos, pues al prestar el servicio por debajo del coste real o vender y no cobrar, se está perdiendo por dos veces. Consecuencia de lo anteriormente expuesto, ha sido necesario realizar ajustes en los costes de la empresa, adecuar el coste del servicio al precio de venta y general v/o disponer de liquidez. El Informe Económico-Financiero confeccionado por AMB Consultores y Auditores, avala la tesis anteriormente expuesta, ya que observando el análisis financiero efectuado se puede ver que la empresa está expuesta a tener problemas de liquidez, en el momento que los clientes se retrasen en el pago, pues está en el límite de los ratios considerados óptimos. Además aunque no está excesivamente endeudada, futuras fuentes de financiación deberían de ser a largo plazo. En cuanto al análisis de rentabilidad la empresa como consecuencia de la reducción de precios que ha tenido que aplicar en los últimos años, ha visto reducir su margen de ingresos, lo que ha implicado entrar en una situación de pérdidas, provocadas por la existencia de unos costes fijos, que no son cubiertos con el volumen de actividad actual y el margen aplicado sobre la misma. Por último, el análisis de gestión detecta que al disminuir el volumen de actividad y la plantilla de la empresa, está sobredimensionada, es preciso actuar sobre ese extremo, para al menos mantener un resultado eficiente y una productividad acorde con la carga de trabajo existente. El elevado plazo medio de cobro, obliga a la empresa a recurrir a financiaciones a corto plazo, con el consiguiente coste y aumento de riesgo financiero. A la vista de lo anteriormente expuesto, estimamos que la empresa CEMALSA. actualmente tiene una estructura de costes fijos y variables y un nivel de actividad, que está situado por debajo del umbral de rentabilidad y que por lo tanto debe actuar con contundencia sobre los costes fijos más importantes de la empresa: costes de personal, para salir de la situación de pérdidas de los dos últimos ejercicios. Que con las medidas descritas anteriormente, y en un escenario considerado prudente en cuanto a expectativas de actividad, la empresa estabilizaría su situación económica, se garantiza su viabilidad futura, siempre que se tomen las referidas medidas. De esta forma, desde luego no se van a generar beneficios, pero se evitaría, que en un plazo de 2-3 años, las pérdidas generadas, lleven a la empresa a una situación de quiebra técnica, poniendo en peligro su continuidad en el tiempo y por consiguiente la pérdida de todos los empleos actuales. Todo este análisis económico-financiero, que se traduce en la dificultad real del pago de salarios, impago de impuestos. etc..., está afectando a la viabilidad futura de la empresa como tal y al mantenimiento de los puestos que si serían viables con el actual nivel de facturación. Por último, indicar que la facturación de los diferentes departamentos ha descendido notablemente y en especial la del departamento de Geotecnia, que ha disminuido considerablemente y teniendo en cuenta el elevado coste del personal asociado al mismo, y ante la falta de trabajo en todos los sectores, es imposible la reubicación de los trabajadores en otro puesto de trabajo, por lo que se debe de abordar la baja del exceso de plantilla. Consecuentemente a dicha decisión, y de acuerdo con la legislación vigente, se la informa que le corresponde una indemnización correspondiente a este despido. equivalente a 9.950,56 euros (nueve mil novecientos cincuenta euros con cincuenta y seis céntimos), por los servicios prestados en esta empresa, calculada a razón de 20 días de salario por año de servicio. Así mismo, ponemos en su conocimiento, que la empresa dispone de menos de 25 trabajadores, por lo que le abonará el 60% de la indemnización de 20 días por año, legalmente prevista para estos supuestos, que tiene por importe 5.970,33 (cinco mil novecientos setenta con treinta tres céntimos), debiendo solicitar el 40% de la misma, ante el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con lo dispuesto en el art. 33 del ET . Le comunicamos que el día que se haga efectivo la extinción de la relación **laboral** se pondrá a su disposición la correspondiente liquidación, así como su certificado de empresa, de tal manera que con el abono de estas cantidades, se procederá a la liquidación, saldo finiquito de la relación **laboral** que le unía a esta empresa. Igualmente, y dado que el art. 53, en su apartado c) del Estatuto de los Trabajadores prevé la concesión de un plazo de preaviso de quince días, conscientes del incumplimiento del mismo, ponemos a su disposición el salario correspondiente a los ocho días no preavisados. Así mismo, se le comunica que desde la fecha de la presente notificación, 17 de junio de 2011, hasta la fecha del cese efectivo en esta empresa, el 24 de junio de 2011, usted disfrutará de las vacaciones que tiene pendientes.' 3°.- En el mismo momento de la entrega de la carta antes referida la empresa demandada puso a disposición del trabajador un cheque nominativo por un importe de 5.970, 33 € que el demandante se negó a recoger, procediendo a continuación dicha empresa a ingresar tal cantidad en la cuenta corriente bancaria del actor junto con la nómina del mes de junio del 2011



y la indemnización por falta de días de preaviso, mediante transferencia bancaria realizada el 27-6-11. 4º.- El demandante prestaba sus servicios en el departamento de geotermia consistiendo su labor fundamental en realizar estudios geotécnicos para lo cual salía con distintos operarios para analizar los diferentes terrenos con una sonda. 5º.- En el Impuesto de Sociedades del año 2008 la empresa demandada declaró unas ganancias de 13.763,50 €. mientras que en el año 2009 se declararon unas pérdidas de 128.454,70 € y en el año 2010 unas pérdidas de 198.786,94 €.. 6º.- La empresa demandada tiene deudas importantes con la Agencia Tributarias con la Tesorería General de la Seguridad Social, habiendo solicitado a ambas entidades el aplazamiento o fraccionamiento de las mismas que le ha sido concedido. Igualmente dicha empresa tiene diferentes créditos pendientes de amortización con las entidades bancarias Banco Popular SA, Cajamar Banco Santander. 7º.- En el mes de enero la empresa y los trabajadores llegaron a un acuerdo para reducir sus salarios con el fin de intentar solventar los problemas económicos que estaba atravesando la empresa. 8º.- La empresa demandada cuya actividad principal es la de control de la calidad de la construcción y obra pública tiene una plantilla inferior a 25 trabajadores. 9º.- El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación sindical alguno. 10º.- Intentada la preceptiva conciliación ante el CMAC en fecha 18-7- 11, la misma concluyó con el resultado de intentada sin avenencia".

TERCERO.- La citada sentencia fué recurrida en suplicación por Don Fidel ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, que dictó sentencia con fecha 18 de abril de 2012, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Fidel contra la sentencia dictada el día 25 de enero de 2012 por el Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Almería, en autos seguidos a instancias del recurrente frente a CEMALSA EXPERTOS EN CALIDAD, S.L. y FOGASA, en reclamación sobre Despido, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida".

CUARTO.- La Letrada Doña Amalia Robles Ramos, en nombre y representación de Don Fidel, mediante escrito presentado el 31 de mayo 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 fecha 28 de octubre de 2010 (recurso nº 2757/2010). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 52 c) en relación con lo establecido en el art. 53.1 b) y art. 53.4 del ET en relación con el art. 33.8 del ET.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la improcedencia del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de marzo de 2013, en el que 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 referido artículo.

La sentencia de instancia desestima la demanda en reclamación de despido improcedente, manteniendo el despido objetivo del trabajador. Recurrida en suplicación por el trabajador, plantea que no hubo una puesta a disposición del 100% de la indemnización que le correspondía, sino que el ofrecimiento fue del 60%, derivando el 40% restante al Fondo de Garantía Salarial, lo que entiende incumplimiento de los requisitos que al efecto prevé el art. 53 ET. La sentencia ahora impugnada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 18 de abril de 2012 (Rec 466/12) desestima el recurso al entender, en interpretación conjunta de los arts. 53.1 y 33.8 E.T, que es ajustado a derecho la actuación empresarial, con apoyo en doctrina propia y con remisión a la jurisprudencia de esta Sala IV dictada en relación con el alcance y naturaleza de la función de responsabilidad directa del FOGASA, ex art 33.8 ET. Concluye que basta con la puesta a disposición del 60% que le corresponde abonar a la empresa para entender cumplido el requisito previsto en el apartado 1 del art. 53 E.T. relativo a la puesta a disposición del trabajador de la indemnización en el despido objetivo.

Acude el trabajador en casación para la unificación de doctrina, alegando infracción del art. 52 c) en relación con el art 53.1.b y 53.4 ET en relación con el art 33.8 ET, insistiendo en el incumplimiento del requisito de poner a disposición del trabajador la indemnización e invocando como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de octubre de 2010 (R. 2757/2010), que resuelve, también, sobre el cumplimiento o no de dicho requisito en el momento de comunicar el despido objetivo. En ese caso, la actora es la única trabajadora de la empresa y es despedida por **causa** objetiva, siéndole entregado un cheque por importe de 9.554,04 €, correspondientes al 60% del importe total de la indemnización. La sentencia



de contraste, **con cita de nuestra sentencia de 1 de julio de 2010**, estima el recurso de suplicación de la actora, declarando la nulidad del despido por entender que el art. 33.8 del ET no faculta a la empresa a incumplir el requisito de poner a disposición de la trabajadora el importe total de la indemnización por despido objetivo.

Siendo esta cuestión el único punto controvertido -no se discute que la empresa sea de menos de 25 trabajadores ni que el 40% a cargo del FOGASA esté fuera del límite del párrafo segundo del nº 1 del art. 33 E.T. - es evidente la contradicción entre las sentencias comparadas, pues ante supuestos sustancialmente iguales llegan a soluciones contradictorias.

SEGUNDO. - Procede, por tanto, entrar en el examen del 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.

La cuestión ha sido ya objeto de casación unificadora en la reciente sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 2013 (rcdu. 958/12), cuya doctrina reproducimos:

"El motivo no puede estimarse, porque, como señala con acierto el Ministerio Fiscal, el 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 debe "poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio", este precepto debe integrarse 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 regulado 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 únicamente al importe que corre a cargo del empresario, sin 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 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 habla 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. Fidel , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, de 18 de abril de 2012, en el recurso de suplicación nn° 466/2012 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 25 de enero de 2012 por el Juzgado de lo Social nn° 3 de Almería , en los autos nn° 823/11 seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa CEMALSA EXPERTOS EN CALIDAD, S.L., sobre despido. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente ,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. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ