



Roj: **STS 2147/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2147**

Id Cendoj: **28079140012013100317**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/04/2013**

Nº de Recurso: **1437/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 1084/2012,**
STS 2147/2013,
AATS 7050/2013,
AATS 3978/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Abril de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a M^a Victoria Fernández Álvarez, en nombre y representación de D. Edemiro , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 20 de marzo de 2012, recaída en el recurso de suplicación nº 5483/2011 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid, dictada el 31 de marzo de 2011 , en los autos de juicio nº 69/2011, iniciados en virtud de demanda presentada por Edemiro , contra PROFUENCA SA, TORLI SA, RIVAS LAFARGA SA, MOD-DOS SL., EBLA ARQUITECTURA SL, INMOVIA 59 SL, PROGESCASA 98, SL, TORRELODONES 2005 SL ARGENVIA 2 NIVELES SL, QUIBLA 59 SL, Joaquín y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre DESPIDO.

Es Ponente la Excma. Sra. D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de marzo de 2011, el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo ESTIMAR Y ESTIMO en parte la demanda formulada por D. Edemiro contra las empresas MOD-DOS S.L. EBLA ARQUITECTURA SLP, INMOVIA 59 SL, RIVAS LAFARGA SA, PROGESCASA 98 SL, QUIBLA 59 SL, TORLI S.A., D. Joaquín SL, ARGENVIA 2 INVES S.L., PROFUENCA S.A., TORRELODONES 2005 S.L. y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, declarando la procedencia del despido del actor, correspondiendo a las empresas MOS-DOS SL, y EBLA ARQUITECTURA SLP, con carácter solidario, como empleadoras, completar la indemnización puesta a disposición del actor en la cuantía de 4.566,62 euros, absolviéndolas del resto de pedimentos, así como a las demás codemandadas y a D. Joaquín .

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- La parte actora, D. Edemiro celebró contrato de trabajo con D. Joaquín el 1-4-81. En fecha 15 de abril de 1986 el actor comunicó su baja voluntaria con efectos del 30-4-96. El 1-5-86 comenzó a prestar servicios para Mod-Dos S.L. con la misma categoría de delineante proyectista, percibiendo un salario mensual bruto de 3.198 euros con prorrata de pagas extras. No cambió de centro de trabajo y siguió realizando las mismas funciones. SEGUNDO.- En fecha 15 de noviembre de 2010 la empresa Mod-Dos S.L. comunica al actor la extinción de su contrato de trabajo al amparo del art. 52.c) E.T . en relación con el art. 51.1 en base a la difícil situación económica, con efectos del 30-11-10, según carta del siguiente tenor literal: Por la presente vengo a comunicarle la extinción de su contrato de trabajo, con amparo en lo dispuesto en el artículo 52,c) del Estatuto



de los Trabajadores, en relación con el 51.1 del mismo cuerpo legal . Los hechos que motivan esta decisión es la difícil situación económico que viene atravesando la empresa en los últimos años que hacen inviable mantener la actividad de la misma. Las pérdidas producidas en los últimos ejercicios y que se reflejan en las cuentas de resultados de la entidad arrojan los siguientes saldos en pérdidas: - 2008. 43.606,95; - 2009. 57.203,33. Como sabe, los ingresos de explotación, desde el año 2008 han venido reduciéndose considerablemente, debido a la actual crisis económica, especialmente agravada ene. Sector de la construcción. Las cifras de ingresos son reveladoras en este sentido: 66.813,00 en 2008; 39.800,00 en 2009; y 12.000,00 a octubre de 2010, siendo las pérdidas acumuladas a esta misma fecha de 54.445,11. Por otra parte, los dos únicos proyectos en marcha (Torrelodones y Getafe) se encuentran paralizados debido a la falta de aprobación de las administraciones respectivas (Comunidad de Madrid y Ayuntamiento de Getafe), por lo que la empresa carece de actividad alguna y la previsión de ingresos es nula, además de no existir previsión de encargo alguno. La situación económica de EBLA ARQUITECTURA es idéntica: las pérdidas del año 2008 fueron 684,49 y en 2009 de 4.418,25; a octubre de 2010 ascienden a 6.035,42. También los ingresos han disminuido en el mismo periodo: 486.201,11 en 2008; y 212.643,30 en 2009; y, 72.477,38 a octubre de 2010. De conformidad con todo lo expuesto anteriormente, la dirección de la empresa ha tornado la decisión de proceder al cese de su actividad ante la imposibilidad de mantener la misma con un mínimo de viabilidad económica. A pesar de todos los esfuerzos realizados por la Empresa en busca de otras posibilidades que no contemplaran esta drástica solución, resulta totalmente necesaria la amortización de su puesto de trabajo pues el mantenimiento de la empresa llevaría irremisiblemente a una situación de quiebra económica en caso de mantener su estructura en funcionamiento y sus gastos, sin ningún ingreso en contrapartida, lo que hace irremediable su cierre. Reconociendo su esfuerzo y dedicación durante los años que ha prestado servicios para la empresa, lamentamos tener que adoptar esta decisión de proceder a la amortización de su puesto de trabajo por cese de la actividad de la empresa, en base a un despido objetivo por causas económicas y productivas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) del Estatuto de Trabajadores . En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53 del Estatuto la extinción que se le comunica tendrá efectos el próximo día 30 de noviembre. La falta de tesorería impide que en este momento la compañía pueda poner a su disposición la indemnización legalmente prevista que, en su caso, asciende a 38.332.30 (20 días por año de servicio, con el límite de una anualidad). A la fecha efectiva de la extinción, le será abonado el 60% de dicho importe (22.999,38 euros), correspondiendo al Fondo de Garantía Salarial, por responsabilidad directa (conforme al artículo 33 ET) el pago del restante 40 %. Le ruego que, a los efectos de la constancia de la entrega de la presente comunicación, firme el recibí de la presente comunicación. TERCERO.- La empresa Mod-Dos S.A. fue constituida el 5-3-86, por D. Joaquín y Doña Elisa , y Doña Lourdes y D. Roque , nombrándose administradores solidarios a D. Joaquín y D. Roque . El domicilio social inicial fue Princesa 22. En 1988 el Sr. Joaquín y su esposa la Sra. Elisa adquirieron las acciones de los otros dos accionistas, y el Sr. Joaquín fue nombrado administrador único. En 1997 se transformó en Sociedad Limitada. El 28 de enero de 1996 se traslada el domicilio a la C/ Gran Vía 59, 11, letra C. Constituye su objeto social: el asesoramiento, dirección, gestión y realización de toda clase de obras y construcciones, tanto públicas como privadas. En los años 2006 y 2007 tiene beneficios según la cuenta de pérdidas y ganancias (612). En 2008 tiene pérdidas de 43.606,95 euros (f. 633). En el ejercicio 2009 las perdidas son de 57.203,33 euros (f.666). Para 2010 provisionalmente las cuentas arrojan pérdidas de 98.915,45 euros (f. 704). La hoja registral de la sociedad aparece cerrada provisionalmente por no depósito de cuentas anuales, según nota informativa de 25-11-10. La empresa contaba con dos empleados, uno de ellos el actor, que fueron despedidos el 30-11-10. En el año 2007 (modelo 347) facturó a Ebla Arquitectura S.L. 133.795,20 euros. A Rivas Lafarga S.A. 21.715,20 euros. En 2008, a Ebla Arquitectura S.L. 66.645,48 euros y a Rivas Lafarga S.A. 10.957,60 euros. En 2009, a Ebla Arquitectura S.L. 46.168 euros. CUARTO.- La empresa Ebla Arquitectura S.L. se constituyó el 30-6-93, siendo socios fundadores D. Joaquín , D. Narciso , D. Edemiro , y Doña Guadalupe . Se nombró administrador único a D. Narciso . El domicilio inicial radicaba en Princesa 22. En 1997 se traslada el domicilio a Gran Vía 59, 11, letra C. Se nombran administradores solidarios a D. Narciso y D. Joaquín . En 2008 D. Narciso , D. Edemiro , y Doña Guadalupe venden sus participaciones a D. Joaquín y Doña María Angeles . El mismo día, 12-12-08, se otorga escritura de adaptación con cese y nombramiento de cargos de sociedad limitada ordinaria en sociedad limitada profesional. Se nombra administrador solidario a Doña María Angeles . El objeto social lo constituye: la realización de proyectos y direcciones de obras, así como cuantos aquellos trabajos y actuaciones relacionadas directamente con la actividad de la arquitectura. En los ejercicios 2006 y 2007 tuvo beneficios según la cuenta de pérdidas y ganancias (f. 783). En 2008 las pérdidas fueron de 684,89 euros f. 804). En 2009 las pérdidas alcanzaron 4.148,25 euros (f.852). Para 2010 provisionalmente las pérdidas son de 45.403,16 euros (f. 899). La hoja registral de la sociedad aparece cerrada provisionalmente por no depósito de cuentas anuales, según nota informativa de 25-11-10. Tenía un empleado de alta que fue despedido el 30-11- 10 (f. 900). En el año 2007 (modelo 347) facturó Mod-Dos S.L. 123.795,20 euros. A Torrelodones 2005 S.L. 100.227,42 euros. A Argenvia 2 Invest S.L. 87.260,69 euros, y a Quibla S.L. 29.800,27, de un total de 1.203.470,70 euros. En 2008, a Mod-DOS S.L. 66.645,48 euros. En 2009, a Mod-Dos S.L. 46.168 euros, a Rivas Lafarga S.L. 8.410 euros (f. 885 y ss).



QUINTO.- Inmovía 59 S.L. se constituye el 26-3-97, siendo socios fundadores D. Joaquín , D. Casimiro , y D. Ildefonso . Se nombra administrador único a D. Joaquín , y apoderados los otros dos socios. El domicilio se establece en Gran Vía 59, 11, letra A. En enero de 2008 se nombran administradores solidarios al Sr. Joaquín , Sr. Ildefonso y Sr. Casimiro . Tiene como objeto social Comprar y vender, ya sea en nombre propio o por cuenta ajena, toda clase de bienes de lícito comercio destinados al consumo, así como intermediar en la distribución de los mismos. La compra y venta de toda clase de inmuebles, la promoción, urbanización, construcción, reforma o rehabilitación de toda clase de fincas urbanas, de todo tipo de edificios, viviendas, locales comerciales, chalets... según la cuenta de pérdidas y ganancias. en el ejercicio 2007 tuvo pérdidas por 30.167,76 euros (f.1019). En 2008 las pérdidas son de 41.287,84 euros (f. 1046). En 2009 las pérdidas ascienden a 14.104,83 euros (f. 1080). Provisionalmente la cuenta de resultados para 2010 supone pérdidas de 6.041,40 euros. La hoja registral de la sociedad aparece cerrada provisionalmente por no depósito de cuentas anuales, según nota informativa de 25-11-10. Esta empresa no tiene personal. En 2007 (modelo 347) facturó a Rivas Lafarga S.L. 18.560 euros. En 2008 a la misma sociedad 26.100 euros. En 2009, 4.640 euros (folios 1113 y ss) Ha practicado retenciones por actividades profesionales en el ejercicio 2008 y 2009 (f. 1123).

SEXTO.- Progescasa 98 S.L. se constituye el 5-1-98. A medio de escritura de 26-12-03 D. Severiano comparece en calidad de liquidador único para elevar público los acuerdos sociales para la disolución, liquidación extinción de la sociedad. Figura inscrita la extinción. Tenía domicilio en Gran Vía 59, 11. El objeto social era la promoción y construcción de toda clase de edificaciones. La hoja registral de la sociedad aparece cerrada provisionalmente por no depósito de cuentas anuales, según nota informativa de 25-11-10. El Sr. Joaquín era consejero.

SÉPTIMO.- La empresa Rivas Lafarga S.A. se constituye el 11-3-99, siendo sus accionistas D. Joaquín y D. Ildefonso , siendo ambos administradores solidarios. El domicilio social se fija en C/ Gran Vía 59, 11. Su objeto social es: la compraventa de toda clase de inmuebles y la promoción, urbanización, construcción, reforma o rehabilitación de toda clase de fincas urbanas, de todo tipo de edificios, viviendas, locales comerciales, chalets o naves. Según la cuenta de resultados, pérdidas y ganancias, en los ejercicios 2006 y 2007 tuvo beneficios. En 2008 presentaba pérdidas por 42.628,78 euros. En 2009 las pérdidas ascendían 1 124.179,18 euros. Provisionalmente para el 2010 las pérdidas son de 23.869,76 euros (f. 1173 y ss). La hoja registral de la sociedad aparece cerrada provisionalmente por no depósito de cuentas anuales, según nota informativa de 25-11-10. No tiene empleados. En 2007 (modelo 347), de un total de 1.301.443,04 euros, facturó a Inmovía 59 S.L. 18.560 euros, a Mod-Dos S.L. 21.715,20 euros. En 2008, de un total de 434.205,60 euros, a Mod-Dos S.L. 10.857,60 euros y a Inmovía 59 S.L. 26.100 euros. En 2009, a Inmovía 59 S.L. 4.640 y a Ebla Arquitectura S.L. 8.410 euros. En el año 2008, 2009 y 2010 ha realizado retenciones por actividades profesionales (f. 1293 y ss.).

OCTAVO.- Profuena S.A. se constituye el 18-5-89 por D. Joaquín , y Doña Elisa , y D. Héctor fijando el domicilio social en Fuencarral 104. Se nombra administrador único al Sr. Joaquín . Su objeto social es: Compra y venta de toda clase de solares, la promoción, urbanización, construcción, reforma de fincas rústicas o urbanas, y realizar sobre ellas todo tipo de edificios, viviendas, locales comerciales, chalets o naves. No constan en el R.M. depósito de cuentas. La hoja registral está cerrada por falta de depósito de cuentas y de baja provisional en Hacienda.

NOVENO.- Quibla 59 S.L. se constituye el 18-7-06 siendo socios fundadores D. Ramón , D. Joaquín , y Doña María Angeles , con domicilio en Gran Vía 509, nombrándose a los tres socios administradores solidarios. Su objeto social es: la promoción, construcción, compra, venta, administración, gestión, tenencia y arrendamiento, por cuenta propia o ajena, de viviendas, locales comerciales, chalets y cualquier otro tipo de edificación y construcción, bien de renta libre.... según la cuenta de pérdidas y ganancias del R.M. tuvo beneficios en el ejercicio 2007. En 2008 hay pérdidas por 106.920,47 euros. Y en 2009 de 58.884,69 euros. Provisionalmente para 2010 las pérdidas son de 51.024 euros (f. 1372 y ss.). La hoja registral de la sociedad aparece cerrada provisionalmente por no depósito de cuentas anuales, según nota informativa de 25-11-10. No tiene empleados. Ha practicado retenciones por actividades profesionales en 2008, 2009 y 2010.

DÉCIMO.- Torli S.A. se constituye el 31-10-95 siendo los accionistas fundadores D. Joaquín , Doña Sonia , y D. Anibal , siendo los tres administradores solidarios. El domicilio se fija en Fuencarral 14. Su objeto social es: compra y venta de toda clase de solares y la promoción, urbanización, construcción, reforma o rehabilitación de toda clase de fincas urbanas, de todo tipo de edificios, viviendas, locales comerciales... En el Registro Mercantil aparece cerrada provisionalmente desde enero de 2006 por no haberse depositados los estados contables de los ejercicios 2004 y siguientes, y dada de baja provisional en el índice de entidades del Ministerio de Hacienda

DECIMOPRIMERO.- Torrelodones 2005 S.L. se constituye el 21-1-05, y su objeto es la construcción de toda clase de obras públicas y privadas, la ejecución de obra por contrato o por administración, por cuenta propia o ajena, la promoción, estudio, confección y realización de proyectos de obras..., con domicilio social en C/ Boix y Morer 11 de Madrid, y el órgano de administración es un Consejo de Administración del que no forma parte el Sr. Joaquín ni ninguna de las otras mercantiles demandadas, y tampoco es apoderado. En fecha 12-4-05 se amplió capital, comprando participaciones Rivas Lafarga S.A.

DECIMOSEGUNDO.- Argenvia 2 Invest S.L. se constituye el 18-5-06 siendo socios fundadores D. Florentino y D. Lorenzo , fijando el domicilio en Gran Vía 59, 12-A, nombrándose administrador único al Sr. Florentino . Su objeto social es la inversión y tráfico mercantil inmobiliario. La construcción, compra venta, cesión, tenencia, promoción, urbanización,



parcelación etc de toda clase de bienes inmuebles. Dicha sociedad es titular de finca sita en C/ Palafox 7 por compra el 17-11-06 con suscripción de préstamo hipotecario. El Sr. Joaquín a fecha 2006 era apoderado. DECIMOTERCERO.- D. Joaquín es arquitecto, y como tal ha venido ejerciendo. por rendimientos del trabajo en 2007 percibió de Rivas Lafarga S.A. e Inmovía 59, S.L. 26.576,55 euros y 15.025,30 euros, por actividades económicas de Ebla Arquitectura S.L.P. 113.520 euros, y por alquileres de Rivas Lafarga 5.49,96 y de Inmovía 4.209,96 euros. En 2008 percibe por actividades económicas de Ebla Arquitectura SL. P. 61.901,80 euros, en 2009 28.430 euros y 15.000 euros en 2010. Por alquiler de Inmovía 59 S.L. en 2008 1.052,49 euros. Presentaba a fecha 15-11-10 en cuenta del Banco Popular un saldo de 1.029,63 euros, y en el BBVA de -159,74 euros. Ha solicitado prestación de jubilación como mutualista del Sistema de Previsión de Arquitectos Superiores (f. 950). El Sr. Joaquín es el socio único de ModDos S.L., tiene el 60% de acciones de Ebla Arquitectura S.L., el 50% de acciones en Rivas Lafarga S.A. e Inmovía 59 S.L., el 49,9% de Profuensa S.A., y el 33% de Quibla 59 S.L. y Torli S.A. Además es administrador solidario de Rivas Lafarga S.L., Ebla Arquitectura S.L., Inmovía 59 S.L., Quibla 59 S.L., Torli S.A. y administrador único de Mod-Dos S.L. y de Profuensa S.A. Fue consejero de Progescasa 98 S.L. DECIMOCUARTO.- El 3-10-03 la sociedad Mod-Dos S.L. adquirió un vehículo Volkswagen Touareg. El 18-10-06 por medio de leasing la Ebla Arquitectura S.L.P. accede a un Mercedes Benz usado (f. 777). Ebla Arquitectura S.L.P. ha abonado facturas de taller de ambos vehículos (f.240 y ss.) DECIMOQUINTO.- Las obras de Torreldones se encuentran en fase de informes, aprobaciones administrativas y cambios de normativa urbanística (f. 1508 y SS.). El proyecto para la obra de Getafe se presentó en 2008 (f. 1504). DECIMOSEXTO.- Mod-Dos S.L. a fecha 15-11-10 tenía un saldo de 234,76 euros y en el BBVA -263,92 euros (f. 715 y 719). Ebla Arquitectura S.L.P. tenía a esa fecha en el Banco Popular saldo de 758,45 euros y en BBVA -184,27 euros (f. 921 y 912). DECIMOSÉPTIMO.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores ni cargo sindical. DECIMOCTAVO.- Se presentó papeleta de conciliación el 23-12-10 celebrándose el acto sin efecto.

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, D. Edemiro formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 20 de marzo de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. Edemiro contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 15 de los de MADRID, de fecha 31 de marzo de 2011, en los autos número 69/2011 seguidos en virtud de demanda presentada contra PROFUENCA SA, TORLI SA, RIVAS LAFARGA SA, MOD-DOS SL, EBLA ARQUITECTURA SL, INMOVIA 59 SL, PROGESCASA 98 SL, TORRELODONES 2005 SL, ARGENVIA 2 NIVELES SL, QUIBLA 59 SL, Jorge y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en reclamación por Despido, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS dicha resolución."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la letrada D^a Victoria Fernández Álvarez, en nombre y representación de D. Edemiro, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 28 de octubre de 2010, recurso 2757/10 y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el 20 de noviembre de 2003, recurso 979/2003.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 9 de abril de 2013, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid dictó sentencia el 31 de marzo de 2011, en autos número 69/11, seguidos a instancia de D. Edemiro frente a PROFUENCA SA, TORLI SA, RIVAS LAFARGA SA, MOD-DOS SL, EBLA ARQUITECTURA SL, INMOVIA 59 SL, PROGESCASA 98, SL, TORRELODONES 2005 SL, ARGENVIA 2 NIVELES SL, QUIBLA 59 SL, Joaquín y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en reclamación por despido, estimando en parte la demanda formulada, declarando la procedencia del despido del actor, correspondiendo a las empresas Mod-Dos SL y Ebla Arquitectura SLP, con carácter solidario, como empleadoras, completar la indemnización puesta a disposición del actor en la cuantía de 4.566'62 euros, absolviéndolas del resto de los pedimentos, así como a las demás codemandadas. Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor celebró contrato de trabajo con D. Joaquín en 1981. El 15-4-1986, el actor comunicó su baja voluntaria, con efectos del 30-4-96. El 1-5-86 comenzó a prestar servicios para Mod-Dos SL, con la misma categoría de delineante proyectista, realizando las mismas funciones en el mismo centro de trabajo. El 15-11-10 la empresa Mod-Dos SL, le comunicó la extinción de su contrato de trabajo, al amparo del artículo 52 c) ET, en base a la difícil



situación económica de la empresa, con efectos del 30-11-10. En la carta hacía constar que "la falta de tesorería impide que en este momento la compañía pueda poner a su disposición la indemnización legalmente prevista que, en su caso, asciende a 38.332'30 euros (20 días por año de servicio con el límite de una anualidad). A la fecha efectiva de la extinción le será abonado el 60% de dicho importe (22.999'38 euros) correspondiendo al Fondo de Garantía Salarial, por responsabilidad directa (conforme el artículo 33 ET) el pago del restante 40%".

Recurrida en suplicación, por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 20 de marzo de 2012, recurso número 5483/11, desestimando el recurso formulado. La sentencia razona que la demandada ha cumplido el requisito de poner a disposición del trabajador la indemnización de 20 días de salario por año de servicio pues en empresas de menos de 25 trabajadores la responsabilidad del abono del 40% de dicha indemnización es del FOGASA, por lo que la empresa solo ha de abonar el 60% de la citada indemnización. Continúa razonando la sentencia que ha de calificarse de error excusable la diferencia entre la cantidad que la empresa puso a disposición del trabajador -22.999'38- euros y la que debió poner -27.566 euros-, siendo tal diferencia consecuencia de los topes legales que, debe aplicar el FOGASA para hacer frente al 40% de la indemnización a su cargo, cuestión jurídica que ha tenido que ser resuelta por los Tribunales, lo que revela una cierta complejidad como se ha señalado, que obligaría a calificar de excusable el error sufrido por la empleadora.

Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando dos sentencias como contradictorias, una por cada uno de los motivos del recurso. Para el primer motivo aporta la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de octubre de 2010, recurso número 2757/10 y para el segundo motivo la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de noviembre de 2003, recurso 979/03.

La representación letrada de las demandadas Mo-Dos SL, Ebla Arquitectura SL, Innova 59 SL, Rivas Lafarga SA, Profuensa SA, Quibla 59 SL, Torli SA y D. Joaquín, ha impugnado, el recurso habiendo informado el Ministerio Fiscal que interesa se declara la improcedencia del recurso.

SEGUNDO .- Procede el examen de la sentencia invocada para el primer motivo del recurso para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo establece el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias han llegado a pronunciamiento distintos.

La sentencia de contraste invocada para el primer motivo del recurso, sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de octubre de 2010, recurso número 2757/10, estimo el recurso de suplicación interpuesto por la actora D^a Caridad, contra la sentencia dictada el 12 de febrero de 2010 por el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña, en autos 1286/09, seguidos contra la empresa María Dolores Delgado Corral, en reclamación por despido.

Consta en dicha sentencia que la actora comenzó a prestar servicios con antigüedad de 1 de abril de 1975, habiendo sido despedida con fecha de efectos del 9 de octubre de 2009 por causas objetivas económicas, poniendo a disposición de la actora un cheque por el importe del 60% de la indemnización, indicándole que el resto será abonado, previa solicitud, por el FOGASA. La sentencia razona que el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores no posibilita que la empresa no cumpla el requisito de poner a disposición la totalidad de la indemnización, pese a que por tratarse de una empresa que tiene una plantilla inferior a 25 trabajadores el FOGASA abone, por imperativo legal, el 40% de la indemnización, por lo que, al no haber cumplido, el requisito de la puesta a disposición de la indemnización, el despido ha de ser declarado nulo.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS pues en ambos casos se trata de trabajadores que han sido despedidos por causas objetivas económicas, procediendo la empresa en el momento de comunicarles el despido a señalar que únicamente abonaba el 60% de la indemnización, al tener la empresa menos de 25 trabajadores, correspondiendo el abono restante al FOGASA, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la recurrida entiende que se cumple el requisito del artículo 53.1b) del Estatuto de los Trabajadores con poner a disposición del trabajador el 60% de la indemnización, la de contraste razona que para cumplir dicho requisito ha de ponerse a su disposición el importe total de la indemnización.

Habiendo cumplido los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS, procede entrar a conocer del fondo de la cuestión debatida.

TERCERO .- La letrado representante de D. Edemiro alega que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 53.1) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con lo establecido en el artículo 33.8 de dicho texto legal.



Señala que la literalidad del artículo 53.1b) del Estatuto de los Trabajadores no permite que el alcance de la obligación que establece quede limitado a la parte de indemnización de exclusiva responsabilidad empresarial, sino que exige claramente que la empleadora ponga a disposición del trabajador el importe correspondiente a 20 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades.

La cuestión ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 4 de marzo de 2013, recurso número 958/12, en la que ha establecido lo siguiente: *"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 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 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 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."

Aplicando la doctrina anteriormente expuesta al asunto ahora sometido a consideración de la Sala, procede desestimar el motivo formulado.

CUARTO .- La sentencia invocada para el segundo motivo del recurso, sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el 20 de noviembre de 2003, recurso número 979/03, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el demandante D. Leandro contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Zaragoza, el 28 de julio de 2003, declarando nulo el despido del actor, condenando a la demandada a que le readmita, abonándole los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido hasta que la readmisión tenga lugar. Consta en dicha sentencia que el actor ha venido prestando servicios para la demandada Aplicaciones de Energías Sustitutivas SL desde el 19 de marzo de 1996, habiendo sido despedido mediante despido objetivo de carácter económico mediante carta de 24 de abril de 2003, procediendo la empresa a hacerle entrega del importe del 60% de la indemnización, 3.448'45 euros, informándole que el 40% restante deberá solicitarlo directamente al FOGASA. La sentencia razona que la empresa puso a disposición del trabajador, al entregarle la carta de despido 3.448'45 euros, siendo la cantidad correcta 4.122'06 euros, radicando la diferencia en la aplicación por parte del FOGASA de los límites legales previstos en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 33.8 de dicho texto legal, respecto a la determinación del 40% de la indemnización a cargo del FOGASA. La sentencia razona que la equivocación del empleador fue doble, al no haber tenido en cuenta los límites legales de la responsabilidad del FOGASA y haber calculado la indemnización conforme a un salario inferior al real, no pudiendo calificarse tal error de excusable, por lo que ha de calificarse de nula la decisión extintiva.

Entre las sentencias comparadas concurre el requisito de la contradicción pues en ambos supuestos se trata de despidos objetivos por causas económicas en empresas de menos de 25 trabajadores, en los que la empresa en el momento del despido pone a disposición del trabajador el 60% del importe total de la indemnización advirtiendo que el 40% restante es a cargo del FOGASA. La cuestión surge porque al aplicar el FOGASA los límites legales al importe del salario de los trabajadores, no cubre la totalidad del 40% de la citada indemnización, lo que supone que la empresa no ha puesto a disposición del trabajador el importe correcto de



la indemnización por despido objetivo. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que se trata de un error excusable, la de contraste lo tilda de inexcusable, con las pertinentes consecuencias en orden a la calificación del despido.

Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS , procede entrar a conocer del fondo de la cuestión debatida.

QUINTO.- El recurrente alega, en el segundo motivo del recurso, que la sentencia impugnada infringe el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 33.8 y 53.4 del dicho texto legal, así como el 122.2 de la LRJS .

Aduce que, en su caso, el FOGASA, aplicando sus topes y parámetros, abonará 10.766 euros, por lo que la empresa debió de pagar al actor la diferencia hasta completar los 38.376 euros, es decir, debió abonarle 27.566 euros y abonó únicamente 22.999'38, lo que no es un error excusable, sino un claro incumplimiento del requisito exigido por el artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores .

Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de qué supuestos pueden ser calificados de error inexcusable y cuales de excusable, cuando la cantidad que el empresario pone a disposición del trabajador es inferior a la que legalmente corresponde. Si bien la mayoría de las sentencias se han dictado examinando el importe de la consignación de la indemnización en despidos reconocidos como improcedentes por el empresario, dada la identidad de razón, la doctrina establecida es aplicable a los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas.

Entre otras, las sentencias dictadas por la Sala en esta materia, son las siguientes:

- STS de 24-04-00, CUD 308/99 , a pesar de la diferencia entre lo consignado y lo que debió consignar la empresa, entendió que se trataba de error excusable pues el juzgado de instancia consideró correcto el cálculo efectuado por la empresa y fue la sentencia de suplicación la que elevó dicha cantidad.

- STS de 26-12-05, CUD 239/05 , entendió que la escasa cuantía de la diferencia -157,90 euros - unido a que el salario de la demandante era de cálculo especialmente complejo, lo discutible de los conceptos y la presencia de factores ajenos a la mala fe en la consignación efectuada, hacen que el error haya de calificarse de excusable.

- STS de 26-01-06, CUD 3813/04 , entendió que se trataba de un error excusable el no haber incluido como salario, a efectos del cálculo del depósito, el importe atribuido a las stock options. Razona la sentencia que el estudio individualizado del carácter salarial o no de las opciones de compra de acciones suscritas no es sencillo y la complejidad del mismo aumenta con los problemas de conflicto de leyes planteados por los acuerdos de suscripción. Continúa razonando que de las opciones de compra de acciones pueden derivar dos ventajas o utilidades patrimoniales distintas, y sólo una de ellas puede, en su caso, ser considerada como salario e incluida, por tanto, en el cálculo de la indemnización de despido. La primera utilidad, que es la que cabe considerar salario, si se asigna en contraprestación del trabajo realizado, es la constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición y el precio del ejercicio del derecho pactado. La segunda utilidad, que se produce ya fuera del marco de la relación de trabajo, y que carece en consecuencia de la condición de salario, es la obtenida por el trabajador mediante un posible posterior negocio jurídico mercantil con un tercero, consistente en "la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción". Concluye que concurre una dificultad jurídica para fijar el salario, por lo que considera el error excusable.

- STS de 7-02-06, CUD 3850/04 , entendió que era error excusable el no haber incluido en el cálculo de la indemnización la partida correspondiente al salario en especie, consistente en el valor de utilización del coche.

- STS de 28-02-06. CUD 121/05 , entendió que era "error excusable" no incluir el "bonus" en el cálculo de la indemnización. La sentencia justificó su decisión en que existía cierta dificultad jurídica en la fijación del "bonus" teniendo en cuenta el período de vencimiento de este concepto retributivo y la diversidad de regulaciones del mismo.

- STS de 13-11-06 , CUD 3110705, entendió que era error excusable el no tener en cuenta la antigüedad reconocida a la trabajadora en el momento de su contratación -la empresa la reconoció la antigüedad de los servicios prestados en otra empresa anterior " a todos los efectos"- a efectos de calcular la indemnización.

- STS 27-06-07, CUD 1008/06 , entendió que era error excusable el depositar 54,45 euros menos, dada su escasa cuantía.

- STS de 19-10-07, CUD 4128/06 , entendió que era error excusable la insuficiente consignación pues la misma obedecía al salario que venía percibiendo el trabajador en el momento del despido, conforme a la categoría profesional fijada en el contrato, sin que proceda privar de efectos a dicha consignación porque en el propio



juicio de despido se haya fijado una categoría superior, por realizar las funciones de dicha categoría, a la que corresponde un salario superior.

- STS de 16-05-08, CUD 523/07 , entendió que era error excusable al no haber incluido en el cálculo de la indemnización por despido los beneficios del ejercicio de las opciones sobre acciones, dadas las especiales circunstancias concurrentes, ya que la orden de venta se produjo por el actor el sábado 18 de febrero de 2006, cuando conocía desde el miércoles 15 la decisión empresarial de despedirle, aunque no se le entregó carta de despido hasta el lunes 20, y se materializó la venta -por estar cerrado el lunes el mercado de valores en EEUU - el 21 de febrero, martes, habiéndose efectuado la consignación por la empresa el día 22, miércoles.

- STS de 17-12-09, CUD 957/09 , entendió que era error excusable la diferente consignación, dado que fue en el proceso por despido donde la actora planteó por primera vez que su categoría no era la que tenía reconocida en el contrato.

- STS de 20-12-11, CUD 1882/11 , calificó como excusable el error en la consignación, dada la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar, y que además la trabajadora había venido prestando servicios a tiempo parcial y no a tiempo completo hasta menos de dos semanas antes del acto de despido.

- STS de 26-11-12, CUD 4355/11 entendió que se trataban de un error excusable al no ser la diferencia relevante, 145'91 euros en lugar de 43 euros.

- STS de 28-11-11, CUD 4348/11 , calificó de excusable el error, dada la escasa diferencia de la cuantía en términos absolutos, en total 102'91 euros.

STS 11-12-12, CUD 3538/11 , calificó el error de excusable, por tratarse de una discrepancia razonable en el cálculo efectuado por el empresario, dado su convencimiento de que el concepto de dietas y locomoción tenía carácter extrasalarial y por ello no fueron reconocidas a efectos indemnizatorios.

Se ha entendido que constituye un error inexcusable:

- STS de 1-10-07, CUD 3794/06 , entendió que era error inexcusable que la empresa calculara la indemnización atendiendo al salario neto percibido por el trabajador, en lugar del salario bruto.

- STS 4-10-06, CUD 2858/05 , entendió que era un error inexcusable que la empresa calculara la indemnización sin tener en cuenta la real antigüedad del trabajador, en la que había que completar el periodo de trabajo en prácticas.

- STS 14-9-10, CUD 3199/09 en un supuesto en el que se había realizado la consignación transcurridas más de 48 horas desde el despido, entendió que era error inexcusable no haber consignado el importe correspondiente a salarios de tramitación.

- STS 15-4-11, CUD 3726/10 , entendió que era error inexcusable el calcular la indemnización sin tener en cuenta la antigüedad real del trabajador, al haberse subrogado la empleadora en la antigüedad reconocida en la anterior empresa.

- STS 16-5-11, CUD 3526/10 entendió que era error inexcusable el no calcular la indemnización conforme al salario de la categoría reconocida a la actora y no conforme al salario que le correspondía por las funciones de superior categoría que efectivamente realizaba.

- STS 23-12-11, CUD 1334/11 entendió que era error inexcusable el no tener en cuenta la antigüedad en la anterior empresa pese a la subrogación en la contrata con el mismo cliente.

- STS 20-6-12, CUD 2931/11 entendió que era error inexcusable el calcular la indemnización, en lugar de prorrateando por meses (en ningún caso por días) los periodos de tiempo inferiores a un año, prescindiendo de dichos periodos.

Atendiendo los anteriores criterios hemos de concluir que estamos ante un error inexcusable ya que, si bien la cuestión acerca del alcance de la responsabilidad del FOGASA en supuestos de indemnización por despido de empresas que tengan menos de 25 trabajadores reviste cierta complejidad, un examen pormenorizado de su regulación permite determinar con exactitud la misma. En efecto, el párrafo primero del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores establece que "En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por ciento de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia... o por la causa prevista en el párrafo 4 del artículo 52...". A renglón seguido el segundo párrafo dispone que "El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo".



El citado apartado señala: "En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario base del cálculo pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional incluyendo la parte proporcional de las pagas extras."

Hay que señalar asimismo el elevado importe de la diferencia entre la cantidad consignada y la que se debió consignar -la empresa abonó 22.999'38 euros, cuando debió consignar 27.566'- euros, es decir 4.566'62 euros- lo que impide calificar el error de excusable por no ser escasa cuantía de la diferencia entre una y otra cantidad.

SEXTO .- Por todo lo razonado, al no haber cumplido la empresa demandada los requisitos formales que establece el artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores , procede declarar la improcedencia del despido por defecto de forma en la puesta a disposición de la indemnización que legalmente corresponde.

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

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la representación letrada de D. Edemiro contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 5483/11 , interpuesto por el citado recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de Madrid, el 31 de marzo de 2011 , en autos número 69/11. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos el recurso interpuesto por la representación letrada de D. Edemiro , declarando improcedente el despido del citado trabajador, condenando solidariamente a las demandadas MOS-DOS S.L. y EBLA ARQUITECTURA SLP. a que, a su opción, a ejercitar en el plazo de cinco días contados a partir de la notificación de esta resolución, le readmitan o le indemnicen con la cantidad de 38.332'30 euros mas los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución. Si la empresa optara por la indemnización deberá abonar al trabajador la cantidad de 4566'62 euros, en concepto de diferencias en la indemnización. Si optara por la readmisión el trabajador deberá devolver a la empresa la cantidad percibida en concepto de indemnización.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia ,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. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.