

Roj: **STS 1020/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1020**Id Cendoj: **28079140012017100142**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/02/2017**Nº de Recurso: **1991/2015**Nº de Resolución: **131/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 15 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado Don Ignacio Marín de la Bárcena Garcimartín, en nombre y representación de PREMIER SHOP, S.L., contra la sentencia dictada en fecha 10 de marzo de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación nº 681/2014 formulado por la ahora recurrente, frente a la sentencia de fecha 18 de febrero de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Madrid, en autos nº 900/13 y acumulados 903/2013 seguidos a instancias de DOÑA Nieves y DOÑA Purificación contra PREMIER SHOP, S.L., sobre reclamación por despido. Se ha personado como parte recurrida el letrado Don Andrés Ollero Serrano, en nombre y representación de Doña Purificación, y el letrado Don José Ramón García Morente, en nombre y representación de Doña Nieves.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de febrero de 2014 el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Madrid dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: « *Que estimando la demanda interpuesta por D^a Nieves y D. Purificación contra PREMIERSHOP SL, con citación del MINISTERIO FISCAL debo declarar IMPORCEDENTE el despido de los actores condenado a la empresa a que a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de CINCO DÍAS de forma expresa ante la Secretaría de este Juzgado, les readmita en su mismo puesto de trabajo o les indemnice en las siguientes sumas: Da Nieves .- 11.529,60 € D. Purificación .- 10.916,92 € abonando en caso de readmisión los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta notificación de Sentencia a razón diaria de D^a Nieves .- 49,01€. D. Purificación .- 42,98 € en el bien entendido de que si se opta por la indemnización en el plazo y forma indicado no se devengarán salarios de tramitación y el vínculo laboral se entenderá extinguido a la fecha de despido. La simple consignación de la indemnización no sustituye a la opción expresa. »*

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

« *PRIMERO.- D^a Nieves y D^a Purificación han venido prestando sus servicios para PREMIERSHOP SL en las siguientes condiciones: D^a Nieves Antigüedad.-13 diciembre 2.007. Categoría. - Encargada. Salario. - 17.888,52 € anuales. D. Purificación . Antigüedad.- 9 julio 2.007. Categoría. - repartidor. Salario.-1.289,46 € mensuales.*

SEGUNDO.- El 31 de mayo de 2.013 la empresa entrega a D^a Nieves comunicación del siguiente tenor: "Muy Sr. Mía: Por medio de la presente, la Dirección de la Empresa lamenta comunicarle que ha adoptado la decisión de extinguir su contrato de trabajo al amparo de lo establecido en el artículo 52 c) en relación con el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, con efectos del día 15 de junio de 2013, dada la necesidad objetivamente acreditada de amortizar su puesto de trabajo por las causas económicas organizativas y productivas que a continuación se exponen. Como usted sabe, el sector del comercio se encuentra sumido en una grave crisis económica desde hace varios años y cuyas expectativas de recuperación son realmente negativas, dado que



el sector del comercio depende directamente del poder adquisitivo de la población española y este ha venido descendiendo años tras año. Dentro de la extrema situación que padece el sector, la tienda en la que usted presta servicios no constituye ninguna excepción, ya que en los últimos meses las ventas han sufrido una vertiginosa caída. En una situación como la actual, el mercado en el cual opera la Empresa, que es cada vez más competitivo, favorece sólo a aquellos competidores que cuentan con una estructura de costes más competitiva. Este escenario ha llevado a la Empresa a hacer un estudio para evitar disfunciones organizativas y productivas que puedan afectar al buen funcionamiento de la misma y que acredite una eficiente distribución de los recursos materiales y humanos necesarios para su viabilidad y buen funcionamiento futuro. En dicho estudio la Empresa ha analizado las ventas de los dos últimos años y de los primeros meses de 2013. Las ventas totales de 2012 en comparación con el año 2011 han descendido un 12,5%, tal y como demuestra el siguiente cuadro:

Ventas totales

2011 1.999.554

2012 1.749.717

Variación -12,50%

Si diferenciamos las ventas totales por trimestres se evidencia que en los tres trimestres inmediatamente anteriores a la fecha de la extinción de su contrato las ventas son infinitamente inferiores a las registradas en los mismos tres trimestres del año anterior, tal y como demuestra el siguiente cuadro:

RESULTADOS EJERCICIOS 2011-2012- 2013

2011 2012

Ventas 3ºT 433.184,00 € 250.046,00 €

Ventas 4ºT 595.229,00 € 542.994,00 €

Ventas 1ºT 546.347,00 € 494.726,00 € 267.763,00 €

De la anterior tabla se desprende que las ventas en los primeros meses de 2013 en comparación con los mismos meses de 2012 han descendido drásticamente, en concreto un 45,88%, lo que evidencia que la empresa se encuentra sumergida en una grave crisis que dificulta la su viabilidad futura si se sigue manteniendo la misma estructura de costes. Así mismo la Empresa ha realizado un estudio de viabilidad de todas las tiendas, en el mismo se han analizado los gastos fijos tanto de alquiler, como de personal y demás gastos varios como son la luz, el teléfono, el agua, etc. De dicho estudio se desprende que la tienda en la que usted trabaja, tienda 87 del Burgo Centro 1, tiene unos gastos fijos mensuales de 3.500 euros y que las ventas necesarias para poder cubrir dichos gastos y garantizar la solvencia y viabilidad de la tienda deben ascender a 12.500 euros mensuales. Una vez analizadas las ventas de la tienda durante el año 2012 y los primeros meses de 2013, la Empresa ha comprobado que en ningún mes se ha alcanzado esa cifra de equilibrio de ventas e, incluso, se ha comprobado que muchos meses las ventas son inferiores a la mitad de esa cifra esperada de ventas. Los datos de ventas de 2012 y de los primeros meses de 2013 se reflejan en el siguiente cuadro:

Ventas Burzocentro I Local 87

2012 2013

Enero 14.943 8.233

Febrero 9.001 3.783

Marzo 10.338 3.522

Abril 8.683 5.166

Mayo 10.480

Junio 9.989

Julio 8.511

Agosto 7.203

Septiembre 4.841

Octubre 5.552

Noviembre 6.559

Diciembre 7.281



TOTAL año 103.342

De todo lo anterior se desprende que dicha tienda es ineficiente ya que no puede soportar una estructura de costes ni de plantilla como la que venía manteniendo a lo largo de los anteriores años y, por lo tanto, nos vemos obligados a cerrarla o atenderla directamente por la propiedad; lo que significa la necesidad de la empresa de adaptar sus recursos a las necesidades reales del mercado en el que opera. Por otro lado, y con carácter informativo, le indicamos que la amortización de su puesto de trabajo no es la única medida extintiva que la Empresa se ha visto obligada a acometer, a fin de adecuarse a las exigencias de la demanda y de la situación económica. Dicho todo ello, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 53.1 b) la cantidad que le corresponde como indemnización, salvo error u omisión por nuestra parte, calculada a razón de 20 días de salario por año de servicio, con el tope de 12 mensualidades de salario, asciende a un total de CINCO MIL TRESCIENTOS ONCE EUROS CON SESENTA CÉNTIMOS DE EURO (5.311,60 euros netos). Le informamos que al ser PREMIER SHOP, S.L., en la actualidad, una empresa con menos de 25 trabajadores, de los veinte (20) días de indemnización por año de servicio con el tope de 12 mensualidades anteriormente indicados, el 40% le será abonado por el FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA) y que, con los topes que esta institución aplica, ascendería a la cantidad de DOS MIL CIENTO VEINTICUATRO EUROS CON SESENTA Y CUATRO CENTIMOS DE EURO (2.124,64 euros netos). Por su parte, a PREMIER SHOP, S.L. le corresponde abonar la cantidad de TRES MIL CIENTO OCHENTA Y SEIS EUROS CON NOVENTA Y SEIS CENTIMOS DE EURO (3.186,96 euros netos), correspondiente al otro 60% de la indemnización anteriormente citada y la diferencia resultante por la aplicación de los topes por el FOGASA.

De conformidad con lo establecido en el art. 53.1 ET la fecha de efectos del despido será el próximo día 15 de junio de 2013, cumpliendo con el preaviso de 15 días que establece dicho precepto jurídico. Los 15 días se compensarán con las vacaciones por usted devengadas y no disfrutadas.

Lamentamos también informarle que el estado de la tesorería de la empresa impide absolutamente abonarle su indemnización, ya que existen acreedores a corto plazo y a día de hoy la liquidez se ve reflejada en los siguientes datos:

Los saldos en este momento de las cuentas son los siguientes: Banco Santander Cuenta Corriente: - 1.608.- € Banco Santander Cuenta de Crédito - 49.999.- (límite de esta cuenta -50.000) Banco Popular Cuenta corriente: 128. En la fecha de efectos de su despido, el 15 de junio de 2013, se podrá a su disposición en la sede de la empresa el importe correspondiente a su liquidación de haberes saldo y finiquito. Lamentamos sinceramente la decisión adoptada y rogamos firme la presente a los meros efectos de darse por notificado.

TERCERO.- El 31 de mayo de 2.013 la empresa entrega a D. Purificación comunicación del siguiente tenor:

"Por medio de la presente, la Dirección de la Empresa lamenta comunicarle que ha adoptado la decisión de extinguir su contrato de trabajo al amparo de lo establecido en el artículo 52 c) en relación con el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, con efectos del día 15 de junio de 2013, dada la necesidad objetivamente acreditada de amortizar su puesto de trabajo por las causas económicas organizativas y productivas que a continuación se exponen.

Como usted sabe, el sector del comercio se encuentra sumido en una grave crisis económica desde hace varios años y cuyas expectativas de recuperación son realmente negativas, dado que el sector del comercio depende directamente del poder adquisitivo de la población española y este ha venido descendiendo años tras año. Dentro de la extrema situación que padece el sector, la tienda en la que usted presta servicios no constituye ninguna excepción,

ya que en los últimos meses las ventas han sufrido una vertiginosa caída.

En una situación como la actual, el mercado en el cual opera la Empresa, que es cada vez más competitivo, favorece sólo a aquellos competidores que cuentan con una estructura de costes más competitiva.

Este escenario ha llevado a la Empresa a hacer un estudio para evitar disfunciones organizativas y productivas que puedan afectar al buen funcionamiento de la misma y que acredite una eficiente distribución de los recursos materiales y humanos necesarios para su viabilidad y buen funcionamiento futuro.

En dicho estudio la Empresa ha analizado las ventas de los dos últimos años y de los primeros meses de 2013. Las ventas totales de 2012 en comparación con el año 2011 han descendido un 12,5%, tal y como demuestra el siguiente cuadro:

Ventas totales

2011 1.999.554

2012 1.749.717

Variación -12,50%

*Si diferenciamos las ventas totales por trimestres se evidencia que en los tres trimestres inmediatamente anteriores a la fecha de la extinción de su contrato las ventas son infinitamente inferiores a las registradas en los mismos tres trimestres del año anterior, tal y como demuestra el siguiente cuadro: * **

RESULTADOS EJERCICIOS 2011-2012- 2013

2011 2012

Ventas 3ºT 433.184,00 € 250.046,00 €

Ventas 4ºT 595.229,00 € 542.994,00 €

Ventas 1ºT 546.347,00 € 494.726,00 € 267.763,00 €

De la anterior tabla se desprende que las ventas en los primeros meses de 2013 en comparación con los mismos meses de 2012 han descendido drásticamente, en concreto un 45,88%, lo que evidencia que la empresa se encuentra sumergida en una grave crisis que dificulta la su viabilidad futura si se sigue manteniendo la misma estructura de costes. De todo lo anterior se desprende la necesidad de la empresa de adaptar sus recursos a las necesidades del mercado en el que opera, así mismo, se desprende que la empresa ya no puede soportar una estructura de costes ni de plantilla como la que venía manteniendo a lo largo de los años anteriores

Por otro lado, y con carácter informativo, le indicamos que la amortización de su puesto de trabajo no es la única medida extintiva que la Empresa se ha visto obligada a acometer, a fin de adecuarse a las exigencias de la demanda y de la situación económica. Dicho todo ello, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 53.1 b) la cantidad que le corresponde como indemnización, salvo error u omisión por nuestra parte, calculada a razón de 20 días de salario por año de servicio, con el tope de 12 mensualidades de salario, asciende a un total de CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EUROS (4.874,85 euros netos).

Le informamos que al ser PREMIER SHOP, S.L., en la actualidad, una empresa con menos de 25 trabajadores, de los veinte (20) días de indemnización por año de servicio con el tope de 12 mensualidades anteriormente indicados, el 40% le será abonado por el FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA) y que, con los topes que esta institución aplica, ascendería a la cantidad de MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE EUROS CON NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS DE EURO (1.949,94 euros netos). Por su parte, a PREMIER SHOP, S.L. le corresponde abonar la cantidad de DOS MIL NOVECIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON NOVENTA Y UN CÉNTIMOS DE EURO (2.924,91 euros netos), correspondiente al otro 60% de la indemnización anteriormente citada y la diferencia resultante por la aplicación de los topes por el FOGASA.

De conformidad con lo establecido en el art. 53.1 ET la fecha de efectos del despido será el próximo día 15 de junio de 2013, cumpliendo con el preaviso de 15 días que establece dicho precepto jurídico. Los 15 días se compensarán con las vacaciones por usted devengadas y no disfrutadas.

Lamentamos también informarle que el estado de la tesorería de la empresa impide absolutamente abonarle su indemnización, ya que existen acreedores a corto plazo y a día de hoy la liquidez se ve reflejada en los siguientes datos:

CUARTO.- La empresa ha presentado los siguientes resultados de importe neto de la cifra de negocio: Los saldos en este momento de las cuentas son los siguientes: Banco Santander Cuenta Corriente: - 1.608.- €. Banco Santander Cuenta de Crédito - 49.999.- e (límite de esta cuenta -50.000) Banco Popular Cuenta corriente: 128 €. En la fecha de efectos de su despido, el 15 de junio de 2013, se podrá a su disposición en la sede de la empresa el importe correspondiente a su liquidación de haberes saldo . finiquito. Lamentamos sinceramente la decisión adoptada y rogamos firme la presente a los meros efectos de darse por notificado.

Año 2.011.- 1.999.554,90 € Año 2.012.- 1.749.717,37 €.

QUINTO.- Ventas por trimestres: 3º trimestre 2.011.- 433.183,98 €. 4º Trimestre 2.011.- 595.229,59 €. 1º Trimestre 2.012.- 494.726,81 €. 2º Trimestre 2.012.- 461.950,71 €. 3º Trimestre 2012.- 250.046,14 €. 4º Trimestre 2.012.- 542.993,71 €. 1º Trimestre 2.013.- 267.763,52 €.

SEXTO.- En 2.011 el resultado del ejercicio fue de 7.945,82 y en 2.012 de 1.331,54.

OCTAVO.- La empresa, tras el despido de los actores ha realizado un contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicio determinado para hacer suplencias por vacaciones de fecha 26 de junio de 2.013 para la categoría de Ayudante de dependiente que a fecha 4 de febrero de 2.014 continuaba vigente. El 23 de mayo de 2.013 se suscribe contrato a tiempo parcial para la categoría de ayudante de vendedora con idéntico objeto que el anterior que a fecha 4 de febrero de 2.012 continuaba vigente.



NOVENO.- La empresa ha cerrado el centro de trabajo sito en el Centro comercial Burgocentro 1 de la Rozas, Madrid, en el que presta sus servicios D^a Nieves con efectos de 30 de mayo de 2.013.

DÉCIMO.- A la fecha del despido la empresa presentaba los siguientes saldos en sus cuentas:

91.91 € . -412,57 €

Cuenta de crédito.- 49.999,11 € (No consta cual es el límite de crédito)

UNDÉCIMO.- Parte de los ingresos de la empresa se obtiene mediante compras de productos en metálico que suponían aproximadamente el 50% de las ventas a fecha del despido.

DUODÉCIMO.- El 13 de mayo de 2.013 la actora presenta ante la inspección de trabajo escrito de denuncia en relación a un supuesto acoso laboral, falta de entrega del calendario laboral y falta de entrega los recibos de salario. En informe de la inspección y tras visita girada a la empresa el 23 de mayo de 2.013, se hace constar que el clima de relaciones laborales entre el gerente y a la actora y entre ésta y sus compañeras se encuentra muy deteriorada. Las demás trabajadoras atribuían las faltas de respeto a la trabajadora y ésta manifestaba que era el gerente el que las cometía.

DECIMOTERCERO.- El 8 y el 15 de julio de 21.013 se celebraron ante el SMAC sendos actos de conciliación instados respectivamente el 20 de junio y el 27 de junio de 2.013."

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 10 de marzo de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimando el recurso de suplicación el LETRADO D./Dña. IGNACIO MARIN DE LA BARCENA GARCIMARTIN en nombre y representación de PREMIER SHOP SL contra la sentencia de fecha 18/02/2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 05 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 900/2013, y confirmando la sentencia de instancia. Se condena en costas al recurrente, fijándose en 400 euros el importe de los honorarios del Letrado de la parte contraria, con pérdida del depósito y dándose a la consignación el destino legal.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de PREMIER SHOP, S.L. el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/ Málaga, en fecha 5 de diciembre de 2013, recurso nº 1427/2013 , denunciando la infracción del art. 53.1.b) del E.T .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 4 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar improcedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 2 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes han venido prestando servicios por cuenta de la demandada hasta la fecha de su despido el 15 de junio de 2013, fecha de efectos de la decisión extintiva comunicada mediante carta fechada 31 de marzo de 2013.

En la carta de despido se incluye un último párrafo del tenor literal siguiente : "Lamentamos también informarle que el estado de la tesorería de la empresa impide absolutamente abonarle su indemnización, ya que existen acreedores a corto plazo y a día de hoy la liquidez se ve reflejada en los siguientes datos:

Los saldos en este momento de las cuentas son los siguientes:

Banco Santander Cuenta Corriente: -1.608.- €.

Banco Santander Cuenta de Crédito: -49.999.- € (límite de esta cuenta: -50.000).

Banco Popular Cuenta Corriente: 128 €.

En la fecha de efectos de su despido, el 15 de junio de 2013, se pondrá a su disposición en la sede de la empresa el importe correspondiente a su liquidación de haberes saldo y finiquito.

Lamentamos sinceramente la decisión adoptada y rogamos firme la presente a los meros efectos de darse por notificado."



El juzgado de lo Social estimó la demanda por despido improcedente y la sentencia de suplicación confirmó dicho pronunciamiento al considerar que la ausencia de liquidez no se justifica acreditando en la fecha del despido mediante un extracto de cuenta una determinada cantidad que pueda resultar a todas luces insuficiente ya que cabe la posibilidad de burlar la norma sacando todo el dinero unos días antes (tal como señalaba la sentencia de instancia) o , también eligiendo el día del mes en el que menos dinero hay , pues lo que la empresa debía probar era su falta de capacidad para obtener líquido .

Recurre la demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 5 de diciembre de 2013 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga .

En la sentencia de comparación los trabajadores habían recibido el 15 de enero de 2013 sendas cartas de despido por causas económicas y productivas , con efectos del 31 de enero del mismo año . La demandada no puso a disposición de los trabajadores la indemnización legal por despido objetivo invocando falta de liquidez y defiriendo el abono de la indemnización a los plazos que señalaba en la comunicación. Dichas indemnizaciones fueron satisfechas antes de la celebración del juicio al haber reclamado los actores por despido, la cual fue estimada por el Juzgado de lo Social. En suplicación, la Sala admitió la modificación de los hechos declarados probados con número de orden quinto, sexto y octavo de lo que resultaba un saldo en la fecha del despido en la cuenta que se refiere de 992,76 euros y en la fecha de su efectividad de 310,86 euros . En febrero se produjo un ingreso de 12.000 € con el que se procedió al pago de los conceptos que la sentencia describe , cumplido lo cual , el saldo restante el 4 de febrero fue de 506,60 € , en que elevó el saldo a 21.000€ de los que se dispuso como en el anterior, pago de seguros sociales de los trabajadores , deuda fraccionada de la AEAT y proveedores siendo el saldo a final del mes de febrero de 1.553,84 ,. También fueron modificados el hecho probado sexto y se añade el octavo, reseñando que la póliza de crédito concertada con una entidad bancaria presentaba una saldo de -148.194,63€ en la fecha de la carta de despido y así continuaba el 28 de febrero , y por último se hace constar que otra Entidad de ahorro había denegado en enero de 2013, la concesión de un crédito solicitado por la demandada. Frente al criterio del juzgador de instancia que si bien apreció la deficitaria situación económica de la empresa y con ello la causa objetiva esgrimida para el despido así como la iliquidez de la misma en dicho momento , llegando , no obstante a la conclusión de que siendo la situación fluctuante debió acomodar la decisión extintiva al momento en que dispusiera de monetario suficiente , la Sala entiende que dicho planteamiento es contrario a la literalidad del artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores pues éste no contempla una mera dispensa sino un derecho y /o facultad empresarial ".... Podrá dejar de hacerlo ", conforme al cual, prosigue la sentencia referencia, el empresario puede decidir lícitamente no poner a disposición del trabajador el importe de la indemnización extintiva si, al tiempo de hacerle entrega de su comunicación extintiva - y no a la fecha de efectividad de ésta - carece de la liquidez precisa para llevarlo a cabo por causa de las causas económicas invocadas en sustento del despido". Añade la sentencia de comparación que lo anterior no es óbice para recalcar que lo que la Ley no admite es el fraude de Ley o abuso de derecho para el caso de haberse colocado la empresa en una situación artificiosa de iliquidez, actitud fraudulenta que de existir, deberá ser objeto de prueba. A continuación examina las fechas en las que se produjo la llegada de ingresos y el destino que éstos recibieron llegando a la conclusión de que todo ello destierra los posibles visos de fraude.

Entre ambas resoluciones concurre la sustancial igualdad entre elementos de hecho y fundamentación así como la disparidad en la respuesta jurídica que permite establecer el requisito de contradicción en los términos exigido por la el artículo 219 de la LJS.

SEGUNDO.- Por la recurrente se alega la infracción del artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores en relación a lo que deba entenderse por "como consecuencia de tal situación no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización". La cuestión que se plantea en estas actuaciones se contrae a determinar en que medida una empresa que procede a la extinción de los contratos de trabajo por causas económicas alegando falta de liquidez y no abona en el momento de los despidos las indemnizaciones por despido objetivo en su importe legal se halla amparada por la situación de falta de efectivo en los términos que la empresa acredita. En tanto que la sentencia recurrida niega que dicha razón sea bastante para justificar la puesta a disposición de la indemnización, la sentencia que se propone de contraste ha entendido que con arreglo al artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores "corresponde a la empleadora el derecho y/o facultad empresarial - "...podrá dejar de hacerlo.... " reza el precepto- conforme al cual el empresario puede decidir lícitamente no poner a disposición del trabajador el importe de su indemnización extintiva si, al tiempo de hacerle entrega de su comunicación extintiva -y no a la fecha de efectividad de ésta-, carece de la liquidez precisa para llevarlo a cabo por causa de las causas económicas invocadas en sustento del despido" salvo que se acredite la existencia de fraude en el impago de la indemnización.

El tenor literal del precepto es el siguiente:



"Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundase en el artículo 52.c), con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva."

La redacción del precepto presenta dos momentos distintos, el de la comunicación del despido y el de su efectividad. En el primer momento se objetiva como norma general, la necesidad de la puesta a disposición de la indemnización. En el segundo momento se objetiva la posibilidad de su reclamación por el trabajador en el especial supuesto de que resulte admisible la falta de puesta a disposición. Para que lícitamente quepa separar ambos momentos es necesario que concurra una especial circunstancia que requiere la calificación de la causa. Se refiere el párrafo segundo del apartado b) a que, fundada la decisión extintiva en causa económica "como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización" semejante inciso exige valorar dos cosas, la primera que exista causa económica, cuestión que no se discute, la segunda el nexo causal entre la situación y la incapacidad para poner a disposición la indemnización.

La inercia en el uso del lenguaje ha llevado en la práctica al empleo del término "liquidez" para referirse a la posibilidad o capacidad para poner a disposición de los trabajadores la suma requerida.

Como se advierte, la cuestión es más compleja que la de la simple existencia o falta de liquidez de tal manera que pudiera existir ese presupuesto, la cifra concreta a la que se debe hacer frente y podría no poder la empresa asumir el pago si con ello compromete a otras obligaciones, cuyo rango deba ser tenido en cuenta.

La doctrina unificada hasta la fecha está representada, entre otras por las SSTs de 25 de enero de 2005 (Rcud. 6290/2003), reiterada en la de 17-7-2007 (Rcud 2929/2007) ambas objeto de cita en el informe del Ministerio Fiscal al resolver acerca de la vinculación entre una situación económica justificativa del cese por razones objetivas y de la atribución de la carga de la prueba.

El tercero de los fundamentos de Derecho de la STS de 25 de enero de 2005 sintetiza lo dos aspectos básicos de la cuestión, el cauce de la averiguación acerca de la "iliquidez y onus probandi de la misma en los siguientes términos:

"TERCERO .- Hemos de comenzar por distinguir la mala situación económica de la empresa -que constituye una causa objetiva del despido a tenor del art. 52.c) del ET en relación con su art. 51.1- de la alegación por parte del empresario en el sentido de que carece de liquidez, para, con base en ello, eximirse de poner a disposición del empleado la indemnización correspondiente en el momento de la comunicación del cese, sin perjuicio de su obligación de satisfacerla en otro momento posterior, tal como permite el art. 53.1.b).II. Lo primero, es atinente al fondo del debate acerca de si está o no ajustada a derecho la decisión empresarial por la que el empleador acordó el cese del empleado, y tal cuestión no constituye el objeto del presente recurso. Sí, en cambio, debemos pronunciarnos aquí acerca del segundo de los problemas apuntados."

"A este respecto, debe dejarse sentado que no basta con la mera afirmación empresarial acerca de su situación de falta de liquidez, sino que se precisa, además, su acreditación si el empleado la discute, pues el precepto últimamente citado, refiriéndose ya en concreto a la obligación de puesta a disposición de la indemnización en el momento que señala (esto es, independientemente de que la mala situación económica pueda o no justificar el despido objetivo), requiere que " *como consecuencia* de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización", pues cabe perfectamente la posibilidad de que, por adversa que fuere la situación económica de la empresa, pueda ésta, sin embargo, disponer de dinero suficiente para poner a disposición del despedido la correspondiente indemnización con simultaneidad a la comunicación del cese."

"Los planteamientos que formulan acerca del "onus probandi" en la materia las sentencias comparadas se prestan a cierto confusionismo y ambigüedad, pues la alegación de iliquidez puede ser un hecho constitutivo que apoye la decisión empresarial de posponer la indemnización (en cuyo caso sería aplicable el apartado 2 del art. 217 de la LECv., a cuyo tenor la prueba incumbiría al patrono), ó puede ser un hecho "positivo introducido por el trabajador" -según expresión de la sentencia de contraste-, en cuyo supuesto la carga gravitaría sobre el operario por aplicación también del propio apartado 2, porque podría interpretarse que esta alegación constituiría la base de su pretensión en el sentido de que la puesta a su disposición de la indemnización fuera simultánea a la comunicación del cese, o incluso de su pretensión acerca de que la falta de simultaneidad, al ser injustificada, motivara también el desajuste a derecho de la decisión del despido."



"En evitación de los inconvenientes a los que acabamos de aludir, parece lo más acertado acudir al criterio doctrinalmente conocido como de la proximidad o de la facilidad probatoria, ya consagrado por nuestra jurisprudencia bajo la vigencia del art. 1214 del Código Civil, siendo de citar a este respecto, entre otras, las Sentencias de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo de 15 de Julio de 1988, 17 de Julio de 1989 y 23 de Septiembre de 1989, conforme a las cuales la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados **y la disponibilidad o facilidad para probar** que tenga cada parte. Criterio éste que en la actualidad ya viene legalmente consagrado, al establecer el apartado 6 del tan citado art. 217 de la LECv. vigente, tras haber suministrado determinadas reglas concretas acerca de la carga probatoria, que "para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

"Pues bien: no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla; situación ésta que -se insiste en ello- es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica. Al alcance de la empresa, y no del trabajador, se encuentra la pertinente documentación (amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testifical a cargo del personal de contabilidad, etc.) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez, situación ésta que no siempre podrá acreditarse a través de una prueba plena, pero que sí será posible advenir introduciendo en el proceso determinados indicios, con apreciable grado de solidez, acerca de su realidad, lo que habrá de considerarse suficiente al respecto, pues en tal caso la destrucción o neutralización de esos indicios, si razonablemente hacen presumir la realidad de la iliquidez, incumbiría al trabajador "ex" apartado 3 del art. 217 de la LECv."

Respecto a la carga de la prueba resulta indiscutible a la vista de la consolidada doctrina que aquella incumbe a la empresa pues a la hora de determinar cuales son las disponibilidades económicas de la empresa, en estado o no de liquidez, es la empresa la que se encuentra en una situación de facilidad privilegiada.

Sentada esta premisa se hace necesario a la vista del relato histórico y dado que el debate se ha planteado sobre una declaración de hechos probados en donde se emplea la expresión "a la fecha de despido", (H.P. 10), y que en su fundamentación la sentencia recurrida no distingue entre la fecha de la carta y la fecha de efectividad del despido, entendemos que el debate se centra en valorar las cifras de saldo en una fecha que se supone idónea, rechazando, como lo viene haciendo la doctrina consolidada la simple equiparación entre situación económica que es causa del despido objetivo e imposibilidad de puesta a disposición de la indemnización, y atendiendo tan solo a la constancia en cifras de la disponibilidad inmediata de efectivo, dichas cifras son las que proporciona el hecho probado décimo, 91,91 €, -412, 57 € y -49.999,11 €, dato este último que se corresponde con una cuenta de crédito cuyo límite, según el hecho probado, no consta, sin perjuicio de la trascendencia que quepa atribuir a la situación económica acreditada.

Dado el montante de las dos indemnizaciones 11.529,60 y 10.916,92 € respectivamente no parece probable que los saldos reseñados, en cifras negativas, sirvan al propósito de su cobertura. Las referidas cuentas tan solo muestran dichas cifras y la cuenta de crédito presenta también un saldo negativo en cuenta de la demandada.

No cabe transformar el onus probandi que pesa sobre la empleadora en una prueba diabólica, ni establecer suposiciones carentes de un principio de base acreditada acerca de la retirada de fondos en momento oportuno cuando tales extremos en realidad deberían ser materia de una contraprueba. La sentencia de contraste ha expuesto con claridad la aplicación de la doctrina del fraude al caso concreto de la incapacidad para poner la indemnización a disposición del trabajador, estableciendo como premisa fundamental la prueba del mismo. De esta forma nos hallamos ante dos diferentes exigencias probatorias, la de la falta de "liquidez" que la demandada ha llevado a cabo mostrando extractos de cuentas y el endeudamiento derivado de una póliza de crédito y de otro lado la de la prueba de fraude, la demostración de conductas que la sentencia refiere desde el terreno de la suposición pero que carecen de respaldo probatorio, factor imprescindible como acertadamente señala la sentencia de contraste. La suma de los anteriores razonamientos lleva a la conclusión de que lo demostrado en las actuaciones es la ausencia de disponibilidad en efectivo de una cantidad suficiente para cubrir las indemnizaciones que no fueron satisfechas al tiempo de despido sin que ello suponga una automática vinculación a la situación económica negativa por la que atraviesa la empresa sino el resultado de una actividad probatoria destinada a demostrar cual es la capacidad de la empresa para hacer frente al doble compromiso indemnizatorio.

Por lo expuesto y visto el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso, casar y anula la sentencia recurrida y en su lugar dictamos nueva sentencia en la que resolviendo el debate de suplicación se estima el recurso de igual naturaleza y con desestimación de la demanda se absuelve a la recurrente, sin que haya lugar a la imposición de las costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por PREMIER SHOP, S.L. contra la sentencia dictada el 10 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación 681/2014 , casar y anular la sentencia y en su lugar se dicta nueva sentencia en la que resolviendo el debate de suplicación se estima el recurso de igual naturaleza y con desestimación de la demanda se absuelve a la recurrente, sin que haya lugar a la imposición de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excmá. Sra. Magistrada Dña. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ