



Roj: **STSJ CL 4666/2015 - ECLI: ES:TSJCL:2015:4666**

Id Cendoj: **09059340012015100645**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/2015**

Nº de Recurso: **607/2015**

Nº de Resolución: **694/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **CARLOS JOSE COSME MARTINEZ TORAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 4666/2015,**
STS 759/2018

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00694/2015

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 607/2015

Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA Nº: 694/2015

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a quince de Octubre de dos mil quince.

En el recurso de Suplicación número **607/2015** interpuesto por DOÑA Tania , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, en autos número 339/2015 seguidos a instancia de la recurrente, contra FRÍAS NUTRICIÓN S.A., en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Don **Carlos Martínez Toral** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite



y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 30 de Junio de 2015 cuya parte dispositiva dice: "FALLO.- Que estimando parcialmente la demanda presentada por DOÑA Tania contra **FRÍAS NUTRICIÓN S.A.**, debo declarar y declaro improcedente el despido operado, condenando a la empresa **FRÍAS NUTRICIÓN S.A.**, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta Resolución opte entre la readmisión de la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o por abonarle una indemnización en cuantía de **10.950,65€**, abonando en el caso de que se produzca la opción por la readmisión los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente Resolución a razón de 50,06 € diarios, así como la cantidad correspondiente en concepto de días de preaviso omitidos."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: **PRIMERO.**- DOÑA Tania ha venido prestando servicios para la empresa **FRÍAS NUTRICIÓN S.A.**, con una antigüedad de 15 de diciembre de 2.004 ostentando la categoría profesional de Oficial Especialista 2ª y salario mensual bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 1.522,71 €, desarrollando su actividad en la localidad de Burgos, de manera ininterrumpida con jornada de trabajo completa y percibiendo su salario con periodicidad mensual mediante transferencia bancaria, en virtud de recibos salariales, llevando a cabo la demandante funciones de **Encargada**. **SEGUNDO.**- La actora está afiliada al Sindicato CC.OO., no constando que la empresa demandada conociera esa circunstancia, habiendo sido presentado en fecha 20 de enero de 2.015 por el Sindicato UGT ante la Oficina Pública de Registro de Elecciones Sindicales de Burgos, preaviso para la celebración de elecciones sindicales en la empresa **FRÍAS NUTRICIÓN S.A.**, fijando como fecha de comienzo del proceso electoral el 20 de febrero de 2.015, momento en que se constituyó la Mesa Electoral. **TERCERO.**- El Sindicato CC.OO. entregó la candidatura a la Mesa Electoral en fecha 9 de marzo de 2.015 en la que figura la actora en el puesto número 1, colocándola en el Tablón de Anuncios de la empresa dos días después, no constando que ningún Responsable de **FRIAS NUTRICION S.A.** conociese con anterioridad a esta fecha la intención de la demandante de figurar como candidata por el Sindicato CC.OO. para esas elecciones sindicales. En la candidatura entregada a la Mesa Electoral figura como fecha el 5 de marzo de 2.015. **CUARTO.**- En fecha 6 de marzo de 2.015 la empresa demandada notificó comunicación a la actora del siguiente tenor literal: Muy Sra. Nuestra: Mediante el presente escrito la Dirección de esta mercantil, para la que Ud. viene prestando sus servicios profesionales, pone en su conocimiento que, el próximo **9 de marzo**, quedará extinguido el vínculo laboral que le une a la misma al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con las causas previstas en el artículo 51.1 del mismo texto normativo. La necesidad de adoptar esta medida, que consideramos objetivamente acreditada, se basa en los motivos que le exponemos a continuación. Durante los últimos meses la producción en la sección de queso fresco, en la que Ud. presta servicios, ha venido disminuyendo de manera continuada. Históricamente, en los dos últimos años el volumen de ventas de esta sección se ha situado por encima del 22% de la facturación total de la empresa si bien en los últimos meses, especialmente desde el pasado mes de octubre, este porcentaje ha venido reduciéndose hasta situarse en un 14,43%. Esta situación motivó que, el pasado mes de diciembre, se procediera a eliminar el turno de noche pasando de los 3 turnos existentes a los 2 actuales con la consecuente bajada de las horas de producción por puesto de trabajo que de 24 horas/día pasaron a 16 horas/día. Si bien, en un intento de conservar los puestos de trabajo, se trató de reubicar el personal del turno de noche en los otros dos. No obstante lo anterior, no ha sido posible compensar el exceso de personal con la producción puesto que ésta, como hemos señalado, ha seguido disminuyendo, fundamentalmente por dos motivos: 1.- Como hemos señalado anteriormente la producción ha ido reduciéndose de manera continuada. Así de un volumen de 304.151 kilogramos/mes alcanzado en el mes de enero de 2.013 se ha pasado a 199.404,47 kilogramos en el mes de febrero pasado lo que, en términos absolutos, conlleva una reducción del 34,44%. Con la reducción a dos turnos la producción ha seguido disminuyendo. En enero de 2.015 un 18,15% respecto a diciembre de 2.014 y en febrero un 16,89% respecto a ese mes. 2.- Esta situación no puede catalogarse de coyuntural, todo lo contrario, puesto que trae su origen en gran parte, en la pérdida de varios de nuestros clientes como Supermercados **DÍA**, **Consum**, **Euromadi Central de compras**..., siendo inviable su recuperación por la fuerte competencia de precios en el mercado. Debido a esta pérdida de cliente la facturación total de la empresa se ha visto afectada en un porcentaje próximo al 10%. Por otra parte no es posible su reubicación en ninguna otra sección al encontrarse todos los puestos cubiertos. Por los motivos expuestos nos vemos en la necesidad de reordenar la sección de queso fresco. Para ello es necesaria la amortización de su puesto de trabajo, cuyo coste está por encima de los 25.000 euros anuales, consiguiendo con ello adaptar la sección a la realidad de mercado y a los niveles de producción de la misma pudiendo obtener un producto más competitivo y mejorar la viabilidad de la empresa. Por lo expuesto nos vemos en la necesidad de extinguir su contrato de trabajo por las citadas causas productivas previstas en el artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores, con efectos del día 9 de marzo de 2.015. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 53.1 b) párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores, le comunicamos que la indemnización que le corresponde a esa fecha asciende, salvo error por nuestra parte, a 10.287,70€ euros equivalentes a 20 días de salario por año trabajado, indemnización calculada teniendo en cuenta su antigüedad en la empresa y su salario diario y que ponemos a su disposición



en este acto. Si se negara a recibir la misma se procederá a su ingreso mediante transferencia bancaria. Con respecto a la documentación acreditativa de la situación que ha llevado a la extinción de su contrato de trabajo, le comunicamos que la misma no la aportamos, junto con el presente escrito, por su excesivo volumen si bien se encuentra a su disposición en nuestras oficinas donde podrá consultar y recabar cuántos datos estime necesarios. Asimismo, con esta misma fecha, procedemos a dar traslado de la presente carta a la representación legal de los trabajadores. Sin otro particular y lamentando tener que adoptar la presente medida, aprovechamos para saludarle atentamente con el ruego de que nos firme la presente a los solos efectos de su acuse. **QUINTO.-** La demandante venía prestando servicios en la Sección de Queso Fresco de la empresa demandada en la que no consta que desde el mes de octubre de 2.014 se haya producido una reducción de la producción, pasando del 22% de la facturación total al 14,43%, no constando tampoco que el volumen de producción fuese de 304.151 kilogramos/mes en el mes de enero de 2.013 y de 199.404,47 kilogramos en el mes de febrero de 2.015 ni que se haya reducido la producción en el mes de enero de 2.015 un 18,15% respecto al mes de diciembre de 2.014, ni que FRÍAS NUTRICIÓN S.A., haya perdido varios de sus clientes, como Supermercados DIA, Consum, Euromadi Central de Compras....., ni que la facturación total de la empresa se haya visto afectada en un porcentaje próximo al 10%. **SEXTO.-** Resulta acreditado que en la Sección de Queso Fresco de la empresa demandada existían tres turnos, que se han reducido a dos turnos, suprimiendo el turno de noche, no constando que ello haya conllevado reducción de personal. **SÉPTIMO.-** La parte actora solicita se declare la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del despido operado con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y asimismo a abonarle la cantidad de 10.000 € por daños por vulneración de su derecho de libertad sindical y a abonar al Sindicato CC.OO. la cantidad de 5.000 €. **OCTAVO.-** Intentado acto de conciliación, se celebró con el resultado de sin avenencia. **NOVENO.-** La actora ni en el momento del despido ni en el año anterior al mismo ostentaba la condición de Representante de los Trabajadores.

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la parte demandante siendo impugnado por la contraria. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia, que ha declarado improcedente el despido efectuado, se recurre en Suplicación por la representación de la actora, con un primer motivo de recurso, con amparo en el Art. 193 b) LRJS, pretendiendo varias revisiones de hechos. Al respecto y con carácter previo, debemos señalar que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores

Sentado lo anterior, se solicita una primera revisión del ordinal tercero, en orden a la fecha de entrega de candidaturas, que se pretende el día 5-3-15. Dicha revisión no puede aceptarse, al implicar valoraciones y conclusiones improcedentes y entrar en colisión con la valoración del tribunal de instancia, sin acreditar error evidente en la misma, por lo que debe mantenerse aquélla, como más objetiva e imparcial.



Se pretende una segunda revisión por adición del ordinal noveno, en sus términos, admitiéndose sólo en lo que se dice: "En las elecciones sindicales celebradas el 12-5-15, la actora fue elegida representante de los trabajadores", con remisión a los folios 105 a 107. El resto no se acepta, al entrar en contradicción con los demás ordinales, que permanecen, de la sentencia de instancia.

SEGUNDO: Como segundo motivo de recurso, con amparo en el Art. 193 c) LRJS, se denuncia infracción de lo dispuesto en el Art. 56.4 ET, entendiéndose que el despido efectuado afecta a una representante de los trabajadores y, por lo tanto, la opción por la readmisión correspondería a la misma.

Al respecto, conforme a los ordinales de la sentencia de instancia: El Sindicato CC.OO. entregó la candidatura a la Mesa Electoral el 9-3-15, figurando en dicha candidatura como fecha el 5-3-15 (del inalterado ordinal tercero).- La actora está afiliada al Sindicato CC.OO., no constando que la empresa demandada conociera esa circunstancia (del ordinal segundo).- La actora fue despedida por causas económicas mediante carta de 6-3-15, con fecha de efectos 9-3-15, conforme al ordinal cuarto, dándose en lo demás por reproducido.

Siendo ello así, a todos los efectos del Art. 97.2 LRJS, resulta, conforme a lo probado en la instancia que: la actora es despedida por causas económicas, mediante carta de 6-3-15 y con fecha efectos 9-3-15, sin que en ese momento, la empresa conociera, no sólo su presentación como candidata de CC.OO. a las elecciones sindicales, que se produce formalmente el mismo día 9-3-15, si no ni tan siquiera, su pertenencia a dicho Sindicato, con lo que su decisión empresarial no pudo estar mediatizada por dichas circunstancias. A partir de ahí, a la fecha de efectos del despido, 9-3-15, la actora, si bien no era representante de los trabajadores, sí que, a esa fecha, era ya candidata de CC.OO. a las elecciones sindicales en la empresa, además con el nº 1 de la candidatura, resultando elegida como representante de los trabajadores el 12-5-15.

Partiendo de ello, se cuestiona en recurso su equiparación, como tal candidata, a los representantes legales o delegados sindicales de los trabajadores, para poder ejercitar el derecho de opción que le permite a éstos el Art. 56.4 ET. Al respecto, tal y como recoge Sala Social TS, S. 20-6-2000: "Es reiterada doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en las SSTs/IV 7 y 21-12-1990, reproducida de nuevo en la STS/IV 17-5-2000 (recurso 1791/1998, Sala General), la que declara la naturaleza extintiva del acto empresarial del despido, argumentándose que «así resulta de los Arbs. 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y del Art. 3 del Convenio 158 de la Organización Internacional de Trabajo y así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 3/1987 de 12 de marzo invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular», añadiéndose que «también confirma esta tesis la nueva redacción del Art. 55 del ET que en su núm. 7 dispone que "el despido procedente convalidará la extinción del contrato que con aquél se produjo", lo que "a contrario sensu" significa que el despido improcedente cuando se ha optado por la readmisión o el despido nulo restablece o hace renacer el contrato inicialmente extinguido» y que «la reiterada doctrina de esta Sala sobre la naturaleza indemnizatoria, no salarial, de los denominados salarios de tramitación (sentencia de 9 diciembre 1999, que sigue otras anteriores) es coherente con el argumento antes expuesto».

3. -También, por esta Sala, en su STS/Social 22-12-1989, abordando la problemática relativa a la titularidad del derecho de opción en los despidos improcedentes en correlación con las garantías de los representantes de los trabajadores, y en concreto la cuestión de si dicha opción aparte de a los representantes elegidos, puede ampliarse a los candidatos proclamados a los puestos de miembros del Comité, -en un supuesto en el que la mesa electoral se constituyó el 16-11-1987, las candidaturas se presentaron del 21 al 29-11, se proclamaron el día 30-11, la empresa despidió a los actores los días 3, 5 y 9-12, las elecciones se celebraron el 9-12 y en ellas resultaron elegidos los actores habiendo sido impugnadas las elecciones y desestimada judicialmente la impugnación-, concluyó que «con estos antecedentes es claro que aunque el Art. 56.3 del ET se refiere a **la facultad de opción de los representantes legales de los trabajadores, tal garantía debe extenderse a los proclamados candidatos que fueron despedidos apresuradamente días antes de las elecciones, sin base alguna para ello, y siendo elegidos en dichas elecciones.** Interpretando conforme a la realidad social (Art. 3 del Código Civil) **que la expresión "representantes legales de los trabajadores" debe comprender a los candidatos proclamados a las elecciones que fueron elegidos** en nuestro caso, **pues una interpretación restrictiva pudiera llevar a un fraude de ley tendente a evitar acesión a la condición de representantes de quienes fueron elegidos en elecciones regularmente celebradas**».

4. -En la misma línea interpretativa sobre el alcance de las garantías frente al despido, aunque referido a un supuesto de nulidad radical por discriminación, el Tribunal Constitucional en su STC 38/1981 de 23-11, declaró que **«la no inclusión en la literalidad de los preceptos reguladores actualmente de las garantías sindicales de aquellos que son candidatos, o que han sido presentados como candidatos a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores, no es obstáculo a la protección frente a despidos discriminatorios, pues, además de que... alcanza a todos los trabajadores, recaba una especial atención cuando los actos**



que se denuncian como discriminatorios afectan a los candidatos en curso el proceso electoral y se les imputa propósitos de interferir decisivamente en la libre dotación de la representación obrera. Tal es, por otra parte, el contenido de la Recomendación OIT -143 (III, 7.1)-, complementaria -con el valor que... tienen las Recomendaciones- del Convenio OIT - 135 -».

5. -En suma, en interpretación coordinada del Art . 56 . 4 ET con la jurisprudencia expuesta, es dable concluir que **el derecho de opción «ex» Art . 56 .4 ET entre la readmisión y la indemnización en el concreto supuesto de despido declarado judicialmente improcedente, como regla, corresponde a quien en el momento del despido fuera «un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical» e, igualmente, al presentado o proclamado como candidato a la elección o al nombramiento de representante de los trabajadores**".

En aplicación de dicha doctrina, al caso presente, constando ya la candidatura de la actora a las elecciones sindicales por CC.OO. el mismo día de la fecha de efectos del despido, es decir, el 9-3-15, resultando, además, elegida con posterioridad, habiéndose declarado como carente de causa justificada dicho despido efectuado por causas económicas, siendo por ello declarado improcedente, debe extenderse a la misma la especial protección que consagra el Art. 56.4 ET, considerando, por tanto, que tiene la trabajadora el derecho de opción, en cuanto a la readmisión en la empresa o la indemnización correspondiente, a los efectos oportunos.

En su consecuencia, procede la estimación, en dicho sentido, del recurso interpuesto, no aceptándose, por el contrario, la petición de salarios de tramitación, tanto para la readmisión, como para la indemnización en su caso, conforme al Art. 56.1 ET y al mantenerse y aceptarse por la propia recurrente la declaración de improcedencia del despido, si bien, caso de optar por la readmisión, aquéllos deberán extenderse hasta la fecha de notificación de esta sentencia, que es la que declara tal opción a favor de la trabajadora. Por tanto, procede la estimación parcial del recurso interpuesto y la revocación parcial de la sentencia recurrida en el sentido mencionado anteriormente. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Estimando parcialmente al recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA Tania , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, en autos número 339/2015 seguidos a instancia de la recurrente, contra FRÍAS NUTRICIÓN S.A., en reclamación sobre Despido..., debemos revocar y revocamos en parte la sentencia recurrida, declarando el derecho de la actora a optar en término de cinco días, a partir de la notificación de la presente, entre su readmisión en las mismas condiciones anteriores al despido o la indemnización de 10.950,65 €, manteniéndose el resto de sus pronunciamientos, si bien los salarios de tramitación oportunos, caso de optar por la readmisión, se extenderán hasta la fecha de notificación de esta sentencia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banesto, sita en la c/ Almirante Bonifaz nº 15 de Burgos, - en cualquiera de sus sucursales, con el nº 1062/0000/65/000607/2015.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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