



Roj: **STS 3248/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3248**

Id Cendoj: **28079140012018100768**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2018**

Nº de Recurso: **2708/2016**

Nº de Resolución: **802/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 6481/2016,**
STS 3248/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **2708/2016**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 802/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

En Madrid, a 20 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Luis Casado Pérez, en nombre y representación de D.^a. Virtudes , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de mayo de 2016, recaída en el recurso de suplicación núm. 96/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de los de Madrid, dictada el 11 de marzo de 2015 , en los autos de juicio núm. 751/2013, iniciados en virtud de demanda presentada por D.^a Virtudes , contra Artesanía de la Alimentación, S.L. y Rodilla Sánchez, S.L., sobre reconocimiento de derechos y reclamación de cantidad.

Han sido partes recurridas Artesanía de la Alimentación, S.L. y Rodilla Sánchez, S.L representadas por el letrado D. Álvaro Díaz Martín.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de marzo de 2015, el Juzgado de lo Social nº 11 de los de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimando la demanda interpuesta por D.^a Virtudes contra



ARTESANÍA DE LA ALIMENTACIÓN S.L., RODILLA SÁNCHEZ S.L., y, COMITÉ DE EMPRESA de Artesanía de la Alimentación S.L., en reclamación por despido, debo declarar y declaro nulo, el despido de la demandante acordado con efectos de 23-5-2013, condenando a la demandada Artesanía de la Alimentación S.L., a la inmediata readmisión de la actora a su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con abono de los salarios dejados de percibir, desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, declarando así mismo la obligación de la demandante de reintegro a la empresa, de la cantidad percibida en concepto de indemnización en cuantía de 24.735 euros, con absolución de los codemandados Rodilla Sánchez S.L. y Comité de Empresa de Artesanía de la Alimentación S.L.».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «PRIMERO.- D^a Virtudes , con DNI nº NUM000 , ha prestado servicios para la empresa demandada ARTESANÍA DE LA ALIMENTACIÓN S.L. (CIF nº B-79646634), con antigüedad de 17-11-1.999, categoría profesional de Responsable de Cuentas y salario medio mensual ascendente a 2.363,66 euros (77,70 euros/día), con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, habiendo desarrollado sus funciones en las oficinas centrales del Grupo Rodilla, sitas en c/ Secoya nº 19 de Madrid, en la sección denominada "Marketaf Marketing". En la nómina correspondiente a Enero de 2013, por la empresa demandada se hizo constar, como categoría profesional de la actora, la de Oficial 1^a Producción, sin referencia alguna al concreto puesto de trabajo desempeñado, haciéndose constar como domicilio de la empresa, el de c/ Duquesa de Tamames nº 75-77, de Madrid, habiendo continuado no obstante, desarrollando las mismas funciones realizadas con anterioridad, en las oficinas centrales del Grupo Rodilla de la c/ Secoya nº 19 de Madrid. La demandante solicitó información al departamento de recursos humanos - único para todas las empresas del Grupo-, sobre los cambios introducidos y la inferior retribución abonada a la misma, sin que conste se diera respuesta al respecto. SEGUNDO.- La demandante ha realizado sus funciones como Responsable de Cuentas, dependiendo del Director General del Grupo Rodilla -D. Cesar -, en las oficinas centrales del Grupo, constando la citada categoría profesional en las nóminas entregadas por la empresa a la actora, hasta Diciembre de 2012, habiendo realizado la misma, las tareas que constan en el doc. nº 11 del ramo de prueba de la parte demandada - cuyo contenido se da aquí por reproducido-, relacionadas con la actividad comercial del Grupo Rodilla, tales como contactar con directores de compras de grandes cadenas comerciales, gestionar "precio-productos-clientes", hacer seguimiento de la trayectoria comercial y fidelización de clientes, abrir nuevas cuentas, gestión documental del sistema de calidad, siendo interlocutora en auditorías de calidad, a cuyo efecto disponía de un vehículo facilitado por la empresa, constando en dicho documento la denominación del puesto de trabajo de la actora como "Key Account Manager" (doc. nº 11 del ramo de prueba de la parte demandada). En las oficinas centrales del Grupo, prestaban así mismo servicios junto con la actora, otras tres trabajadoras de la empresa Artesanía de la Alimentación S.L. -D^a Esther , D^a Felicísima y D^a Flora -, con categoría profesional de Oficial Administrativo, encargadas de gestionar los pedidos. TERCERO.- Con fecha 15-1-2013, la demandante comunicó a su superior jerárquico, D. Cesar , y a otra trabajadora de la empresa, que estaba embarazada (doc. nº 4 y nº 5 del ramo de prueba de la parte actora). CUARTO.- La empresa demandada, Artesanía de la Alimentación S.L., es una empresa industrial que forma parte del Grupo Rodilla, desarrollándose por la misma la actividad relacionada con: 1) la elaboración y suministro de panes y rellenos para la elaboración de sándwiches, para todos los establecimientos de la cadena "Rodilla"; 2) la elaboración y suministro de sándwiches estuchados para clientes externos, que realizan su comercialización, fundamentalmente, en el ámbito del transporte y del "vending". QUINTO.- La empresa demandada, forma parte del Grupo Rodilla, grupo empresarial organizado en siete áreas distintas: Operaciones (cafés y sándwiches), Marketing, Expansión, Compras, Recursos Humanos, Financiero e Industrial), encontrándose por encima de esta estructura, una Consejera Delegada, un Director General y una Directora Corporativa, estando integrado el citado Grupo empresarial, entre otras, por la empresa codemandada RODILLA SÁNCHEZ S.L. (B-28264901), así como por las empresas Alada 1.850 S.L., Cafeteros desde 1.933 S.L. y Friosevinatural S.L., formulando todas ellas cuentas anuales consolidadas. La codemandada Rodilla Sánchez S.L., es la empresa cabecera del Grupo ("sociedad dominante directa"), desarrollándose por la misma, la actividad de comercialización en establecimientos propios y franquiciados, de venta de sándwiches, así como la relacionada con el Comité de Dirección y Oficinas de Servicios Centrales, siendo las restantes sociedades, dependientes de la misma. El 30-12-2011, la citada empresa, realizó una ampliación de capital por importe de 9,7 millones de euros, habiendo pasado el Grupo Damm, a ser el principal accionista de la compañía, siendo la sociedad dominante última del Grupo Rodilla, la empresa S.A. Damm, domiciliada en la c/ Roselló nº 515 de Barcelona, sociedad cabecera a su vez, del Grupo DAMM. SEXTO.- En las Cuentas anuales auditadas, de "Rodilla Sánchez S.L. y sociedades dependientes", consta que se obtuvo un resultado consolidado de explotación negativo, en cuantía de 4.137.178,31 euros, en el año 2010 y de 13.670.629,15 euros, en el año 2011. En las Cuentas anuales auditadas, de la codemandada Rodilla Sánchez S.L., consta que por dicha empresa, se obtuvo un resultado de explotación negativo, en cuantía de 1.939.614,01 euros, en el año 2011 y de 2.598.304,42 euros, en el año 2012, habiendo ascendido el "Ebitda" recurrente (beneficio bruto de explotación, antes de impuestos y demás gastos financieros), respectivamente,



a 1.750.975,61 euros en 2011, y, a 439.258,68 euros, en el año 2012, habiendo ascendido las ventas en el año 2011, a 25.453.866,86 euros, y, en el año 2012, a 22.095.338,20 euros. SÉPTIMO.- En las Cuentas anuales auditadas, de la empresa demandada Artesanía de la Alimentación S.L., consta que por la misma se obtuvo un resultado de beneficios en el año 2011, en cuantía de 809.612,17 euros, y de pérdidas en 2012, en cuantía de 2.021.261,99 euros, manteniéndose por la misma "un volumen significativo de saldos y transacciones con las empresas del grupo al que pertenece", contabilizándose las transacciones con partes vinculadas por su valor razonable, habiéndose adoptado la decisión en la empresa para el año 2013, a la vista de los citados resultados, entre otras, de "externalizar la actividad logística y el cese en aquellas líneas de producto de menor rentabilidad" (Sección de Sándwich y Área de de Pan), habiendo ascendido el importe neto de la cifra de negocio, en el año 2010, a 8.665.459,11 euros, en el año 2011, a 10.950.692,44 euros, y, en el año 2012 a 10.650.894,77 euros (doc. obrantes al Tomo II, ramo de prueba de la parte demandada). Con fecha 30-12-2011 S.L., por la empresa demandada Artesanía de la Alimentación S.L., se formalizó la fusión por absorción de la empresa Andros Food S.A., que quedó inscrita el 2-2-2012, estando ambas empresas participadas al 100%, por la codemandada Rodilla Sánchez S.L. OCTAVO.- Ante la Dirección General de Trabajo, se inició el 22-4-2013 por la empresa demandada, Artesanía de la Alimentación S.L., Expediente de Regulación de Empleo nº NUM001 , por causas económicas, para la extinción de hasta 78 contratos de trabajo, adjuntando a dicho escrito los documentos que constan en el mismo, iniciándose en dicha fecha, el periodo de consultas (doc. del ramo de prueba de la parte demandada). Respecto de los criterios tenidos en cuenta en la memoria explicativa de las causas del despido colectivo, para la designación de los trabajadores afectados, cuyo contenido se da aquí por reproducido, se hace referencia "a las nuevas responsabilidades de acuerdo con la nueva estructura necesaria en la fábrica", sin que se contenga referencia alguna al personal que prestaba servicios en las oficinas centrales del Grupo. NOVENO.- Con fecha 15-4-2013 se celebró reunión entre la Dirección de la empresa demandada y el Comité de Empresa de la misma, suscribiéndose el Acta correspondiente, cuyo contenido se da aquí por reproducido, informándose por la empresa de los resultados de explotación negativos, alcanzados en 2011, 2012 y hasta 31-3-2013, informando al Comité de Empresa de la necesidad de extinguir aproximadamente, el 70% de los contratos de trabajo existentes, afectando fundamentalmente a la sección de sándwich y al área de pan, así como a los empleados de los servicios anejos a estas secciones (calidad, limpieza, almacén, administración, etc.), que se ven afectados por la desaparición de dichas actividades. Con fecha 22-4-2013 se celebró reunión entre la Dirección de la empresa demandada y el Comité de Empresa de la misma, suscribiéndose el Acta correspondiente de apertura del periodo de consultas, cuyo contenido se da aquí por reproducido, habiéndose entregado en dicho acto al Comité, la documentación que consta en la misma, habiéndose ofrecido a los trabajadores afectados el abono de una indemnización en cuantía equivalente a 20 días de salario por año de servicio, con el tope de 12 mensualidades, habiéndose celebrado con posterioridad reuniones, los días 26-4-2013, 8-5-2013 y 9-5-2013. En el Acta de la reunión celebrada el 8-5-2013, cuyo contenido se da aquí por reproducido, consta que el Comité solicitó a la Dirección de la empresa, la entrega de información adicional, sobre una partida de gastos denominada "deterioros y pérdidas", y la partida de "resultados excepcionales", tanto de la empresa demandada como de Rodilla Sánchez S.L. que fue entregada en la reunión celebrada el siguiente día 9-5-2013. En el Acta de esta reunión de 9-5-2013, cuyo contenido se da aquí por reproducido, entre otros aspectos, se solicitó por el Comité, el reconocimiento a los trabajadores afectados, de indemnizaciones no inferiores a 30 días de salario por año de servicio, con el tope legal establecido, ofreciéndose por la empresa 22 días de salario por año de servicio, con el tope de 12 mensualidades (doc. del ramo de prueba de la parte demandada). DÉCIMO.- Mediante escrito de 7-5-2013, presentado ante la Dirección General de Trabajo, por el Comité de Empresa, se anunció la convocatoria de huelga para los días 13 al 22 de Mayo de 2013 (doc. del ramo de prueba de la parte demandada). UNDÉCIMO.- Con fecha 13-5-2013, se celebró reunión dentro del periodo de consultas, suscribiéndose el Acta correspondiente, cuyo contenido se da aquí por reproducido, alcanzándose un "pre-acuerdo de cierre del periodo de consultas", respecto de la extinción del contrato de 71 trabajadores, relacionados en el Anexo I del citado documento, reconociéndose por la empresa, entre otros aspectos, una indemnización de 20 días de salario por año de servicios con el tope de 12 mensualidades, más una cantidad adicional, ascendente a 2 días netos de salario por año de servicio, con el tope de 12 mensualidades, fijándose como fecha de efectos para la extinción de los contratos, el 23-5-2013 (doc. del ramo de prueba de la parte demandada). DÉCIMOSEGUNDO.- Con fecha 16-5-2013, por la Dirección de la empresa y el Comité de Empresa de la misma, se suscribió "Acuerdo del despido colectivo de la empresa Artesanía de la Alimentación S.L.", respecto de la extinción del contrato de 70 trabajadores, relacionados en el Anexo I del citado documento - entre los que se encuentran la hoy demandante-, reconociéndose por la empresa, entre otros aspectos, una indemnización en los términos firmados en el Acta de 13-5-2013, así como el un derecho preferente a la recolocación "en el interno de Artesanía de la Alimentación", en caso de existir vacantes (doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte demandada). Todos los trabajadores relacionados en el citado Anexo I, prestaban servicios en el domicilio de la empresa Artesanía de la Alimentación S.L. de la c/ Duquesa de Tamames nº 75-77, de Madrid, centro de trabajo en el que se han venido desarrollando las funciones relacionadas con la



actividad descrita en el hecho probado cuarto, a excepción de la demandante y otras tres trabajadoras -D^a Esther , D^a Felicísima y D^a Flora -, con categoría profesional de Oficial Administrativo, que han prestado servicios en las oficinas centrales del denominado Grupo Rodilla de la c/ Secoya nº 19 de Madrid. Dichas trabajadoras, no han sido incluidas en el ERE nº NUM001 , habiendo continuado prestando servicio para la empresa Rodilla Sánchez S.L. (doc. unida a los autos el 19-5-2014). DECIMOTERCERO.- Mediante escrito de 20-5-2013, presentado por la empresa demandada ante la Dirección General de Trabajo respecto del ERE nº NUM001 , por la misma se comunicó la decisión de despido colectivo con acuerdo respecto de 70 trabajadores (doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte demandada). DECIMOCUARTO.- Con fecha 22-5-2013, la demandada comunicó a la actora, la extinción del contrato de trabajo, con efectos de 23-5-2013, al amparo de lo establecido en el art. 51.2) del Estatuto de los Trabajadores , mediante carta, cuyo contenido se da aquí por reproducido, por causas económicas, tras la finalización con acuerdo, del Expediente de Regulación de Empleo, relacionadas con las circunstancias que constan en la documentación aportada al citado Expediente, relativas fundamentalmente a la situación económica negativa de la empresa, habiendo puesto a disposición de la demandante una indemnización ascendente a 24.735 euros, cantidad que ha sido percibida (doc. nº 3 del ramo de prueba de la parte demandada). DECIMOQUINTO.- Consta en autos que la demandante ha permanecido en situación de desempleo, percibiendo la prestación correspondiente, en los siguientes periodos: del 6-6-2013 al 13-7-2013 y, desde el 3-11-2013 al 2-3-2015. DECIMOSEXTO.- Por este mismo Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid, se ha dictado sentencia el 20-11-2014 , en autos 753/2013, seguidos a instancia de diversos trabajadores contra las empresas hoy demandadas, así como contra las restantes empresas codemandadas que constan en dicho procedimiento, en reclamación por despido, declarándose en dicha resolución, la procedencia del despido llevado a efecto por la empresa Artesanía de la Alimentación S.L., con los demás pronunciamientos que constan en la misma. DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha 17/06/2013 la demandante presentó la correspondiente demanda ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC), celebrándose los actos de conciliación el 03/07/2013, que finalizaron con el resultado de "celebrado sin avenencia", presentándose por la actora demanda ante la Delegación del Decanato de los Juzgados de lo social de Madrid el 03/07/2013».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el letrado D. Álvaro Díaz Martín, en nombre y representación de la mercantil Artesanía de la Alimentación, S.L. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 30 de mayo de 2016, recurso 96/2016, en la que consta el siguiente fallo: «Estimando el recurso interpuesto por la representación letrada de ARTESANIA DE LA ALIMENTACION SL frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid, de fecha 11 de marzo de 2015 , recaída en autos 751/2013 seguidos a instancia de D^a Virtudes frente a la recurrente, Rodilla Sánchez S.L. y Comité de Empresa de Artesanía de la Alimentación S.L. y en consecuencia revocamos la misma declarando la procedencia del despido. Sin costas.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el letrado D. José Luis Casado Pérez, en nombre y representación de D^a. Virtudes , 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 Supremo de fecha 14 de enero de 2015, recurso 104/2014 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por las partes recurridas, Artesanía de la Alimentación, S.L. y Rodilla Sánchez, S.L., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 10 de julio de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión debatida consiste en determinar el grado de concreción exigible al empresario en los criterios de selección de los afectados por un despido colectivo, en el supuesto en el que, como consecuencia del mismo, se extinga el contrato de trabajo de una trabajadora embarazada, cuyo estado es conocido por el empresario.

2.-- El Juzgado de lo Social número 11 de los de Madrid dictó sentencia el 11 de marzo de 2015 , autos número 751/2013, estimando la demanda formulada por DOÑA Virtudes contra ARTESANÍA DE LA ALIMENTACIÓN SL, RODILLA SÁNCHEZ SL y COMITÉ DE EMPRESA DE ARTESANIA DE LA ALIMENTACIÓN SL, sobre DESPIDO, declarando nulo el despido de la demandante, acordado con efectos de 23 de mayo de 2013, condenando a la demandada ARTESANÍA DE LA ALIMENTACIÓN SL, a la inmediata readmisión de la actora, en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la



fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, declarando la obligación de la demandante de reintegro a la empresa de la cantidad percibida en concepto de indemnización, en cuantía de 24.735 E, con absolución de los codemandados.

Tal y como resulta de dicha sentencia:

- La actora ha venido prestando servicios para la demandada ARTESANÍA DE LA ALIMENTACIÓN SL, con antigüedad de 17 de noviembre de 1999, y categoría profesional de responsable de cuentas, habiendo desarrollado sus funciones en las oficinas centrales del Grupo Rodilla, sitas en calle Goya 19 de Madrid dependiendo del Director General del Grupo Rodilla. La actora realizaba tareas relacionadas con la actividad comercial, tales como contactar con directores de compras de grandes cadenas comerciales,, gestionar "precio-productos-clientes", hacer seguimiento de la trayectoria comercial, y fidelización de clientes, abrir nuevas cuentas, gestión documental del sistema de calidad, siendo interlocutora en auditorías de calidad, a cuyo efecto disponía de un vehículo facilitado por la empresa, constando en dicho documento las denominación del puesto de trabajo como " Key account manager".

-En las oficinas centrales del grupo prestaban servicio otras tres trabajadoras de la misma empresa, dos con categoría de auxiliar administrativa y una con categoría de administrativa, encargadas de gestionar los pedidos. El 15 de enero de 2013 comunicó a su superior inmediato y a otra trabajadora que estaba embarazada.

-La empresa demandada forma parte del Grupo Rodilla, grupo empresarial organizado en siete áreas distintas, siendo la empresa Rodilla Sánchez SL, la empresa cabecera del Grupo, siendo actualmente la sociedad dominante la empresa SA Damm.

- En las cuentas anuales auditadas, de la empresa demandada Artesanía de la Alimentación SL, consta que por la misma se obtuvo un resultado de beneficios en el año 2011, en cuantía de 809.612,17 euros, y de pérdidas en 2012, en cuantía de 2.021.261,99 euros, manteniéndose por la misma "un volumen significativo de saldos y transacciones con las empresas del grupo al que pertenece", contabilizándose las transacciones con partes vinculadas por su valor razonable, habiéndose adoptado la decisión en la empresa para el año 2013, a la vista de los citados resultados, entre otras, de "externalizar la actividad logística y el cese en aquellas líneas de producto de menor rentabilidad" (Sección de Sándwich y Área de Pan), habiendo ascendido el importe neto de la cifra de negocio, en el año 2010, a 8.665.459,11 euros, en el año 2011, a 10.950.692,44 euros, y, en el año 2012 a 10.650.894,77 euros. -El 22 de abril de 2013 la empresa inició un expediente de despido colectivo para la extinción de hasta 78 contratos, iniciándose en dicha fecha el periodo de consultas.

-Respecto a los criterios de selección tenidos en cuenta en la memoria explicativa de las causas del despido colectivo, para la designación de los trabajadores afectados, se hace referencia "a las nuevas responsabilidades de acuerdo con la nueva estructura necesaria en la fábrica", sin que se contenga referencia alguna al personal que presta servicios en las oficinas centrales del grupo.

-En la reunión celebrada el 15 de abril de 2013 se informó por la empresa a los representantes de los trabajadores de los resultados negativos de la explotación -años 2011, 2012 y hasta el 31-3-2013, informando la empresa de la necesidad de extinguir aproximadamente el 70% de los contratos de trabajo, afectando fundamentalmente a la sección de sándwich y al área de pan, así como a los empleados de los servicios anejos a estas secciones (calidad, limpieza, almacén, administración...) que se ven afectados por la desaparición de dichas actividades.

-Se celebraron sucesivas reuniones durante el periodo de consultas, no alcanzándose ningún acuerdo, hasta la reunión del 13 de mayo de 2013 en la que se alcanzó un "pre-acuerdo de cierre del periodo de consultas" respecto de la extinción del contrato de trabajo de 70 trabajadores, debidamente relacionados en el Anexo I, entre los que se encuentra la hoy actora.

-Todos los trabajadores relacionados en dicho Anexo prestaban servicios en el domicilio de la empresa de la calle Duquesa de Tamames 75-77 de Madrid, a excepción de la demandante y otras tres trabajadoras que prestaban servicios en las oficinas centrales, en la calle Secoya 19 de Madrid. Estas tres trabajadoras no han sido incluidas en el ERE.

-El 20 de mayo de 2013 la empresa comunicó a la Dirección General de Trabajo la decisión de despido colectivo con acuerdo respecto a 70 trabajadores, comunicando a la actora la extinción de su contrato el 22 de mayo de 2013, habiendo puesto a su disposición la cantidad de 25.707 E, que ha sido percibida.

-El 20 de noviembre de 2014 el Juzgado había dictado sentencia en autos 753/2013, seguidos a instancia de varios trabajadores contra las empresas hoy demandadas, declarando la procedencia de los despidos efectuados por la empresa Artesanía de la Alimentación, en virtud del despido colectivo tramitado.



3.- Recurrida en suplicación por el Letrado D Álvaro Díaz Martín, en representación de ARTESANÍA DE LA ALIMENTACIÓN SL, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 31 de mayo de 2016, recurso 96/2016, estimando el recurso formulado, revocando la sentencia impugnada y declarando la procedencia del despido.

La sentencia, reproduciendo los argumentos contenidos en la sentencia de esta Sala de 15 de marzo de 2016, recurso 2507/2014, razona que en la citada sentencia, respecto a los requisitos de la notificación del despido a los trabajadores individuales, se razona:

"..no es necesario que en la carta se incorporen los criterios de selección ni la baremación que al trabajador corresponde en función de ellos, porque no lo exige la ley y porque la negociación previa del PDC y el mandato de representación de los negociadores hacen presumir su conocimiento y que en su caso han de acreditarse - los criterios de selección y baremación individual- en el proceso de impugnación individual del despido, sin que el trabajador sufra en su derecho de defensa, al poder solicitarlos previamente al proceso mediante diligencias preliminares, actos preparatorios y aportación de prueba por la demandada; así la referida sentencia indica en lo que aquí interesa:

"(...) desde el momento en que el PDC requiere una previa negociación con los representantes de los trabajadores, aquella necesidad de formal comunicación de la causa al trabajador afectado queda atemperada precisamente por la existencia de la propia negociación, hasta el punto de que se deba «conectar lo acaecido en el periodo colectivo con la comunicación individualizada, [rebajando las exigencias interpretativas que valen para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales]», de manera que «... en todo caso... el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza» (STS SG 23/09/14 -rco 231/13 -, FJ 6.C); y que de esta manera haya de admitirse la suficiencia de la comunicación extintiva efectuada a los trabajadores, cuando la misma refiere el acuerdo alcanzado con sus representantes legales en el marco de un ERE, del que aquellos informan al colectivo social (STS 02/06/14 -rcud 2534/13 -).

Precisamente por ello entendemos que la mejora introducida por la Reforma de 2012, extendiendo a la comunicación individual del despido -en los PDC- la formalidad propia de la establecida para el despido objetivo, no puede distorsionarse llegando al injustificado extremo interpretativo de entender que el despido colectivo pase a tener aún mayor formalidad que el despido objetivo y que se limita a la exclusiva referencia a la «causa» [nos remitimos a la doctrina expuesta por la citada STS -Pleno- 24/11/15 rcud 1681/14 : «nada más que lo que determina expresamente el artículo 53.1 ET »]. En todo caso, de existir alguna diferencia, más bien ha de serlo en el sentido de atenuar el formalismo cuando se trata del PDC, precisamente porque el mismo va precedido de documentadas negociaciones entre la empresa y la representación de los trabajadores. Y en este sentido habrán de entenderse algunas de las consideraciones que la Sala pudiera haber efectuado con anterioridad, y que iban referidas a supuestos en los que la parquedad de la carta de despido no se ajustaba tampoco a las formalidades que en esta resolución hemos proclamado de debido cumplimiento, en aras a las prescripciones legales y al derecho de defensa del trabajador.

CUARTO.- 1.- Innecesaria reproducción -en la comunicación- de los criterios de selección.- Siendo ello así, parece razonable entender que en la comunicación individual del despido colectivo no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones:

a).- En plano de estricta legalidad, porque tal requisito está ausente en el art. 53.1 ET y en la remisión legal que al mismo hace el art. 54.1, de manera que su exigencia desbordaría el mandato legal; y porque -en igual línea normativa- el art. 122.1 LRJS dispone que se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario «acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita», y tal referencia textual -en cursiva- invita a sostener que para el legislador la «causa legal» es el único dato que ha de constar en la comunicación extintiva.

b).- Atendiendo a consideraciones finalísticas, porque resultaría formalismo innecesario -y en todo caso enervante- exigir que se comunique de manera individual a los trabajadores aquellos datos que no sólo es razonable suponer que se han conocido materialmente por ellos en el curso de las negociaciones, en tanto que la decisión extintiva de la empresa se ha adoptado con activa intervención e incluso acuerdo de la representación -legal o sindical- de los trabajadores, que obligadamente han de informarles de las gestiones y sus resultados [art. 64.7.e) ET], sino que en todo caso el general conocimiento de tales datos por los sujetos representados bien pudiera entenderse como consecuencia directa del significado que tiene por sí misma la figura del mandato legal representativo [art. 1259 CC], pues sin perjuicio de la singularidad que ofrece el mandato propio de la RLT [gestiona intereses, más que voluntades], de todas formas no parece dudoso que su válida actuación «alieno nomine» y la eficacia jurídica de sus actos respecto del «dominusnegotii» - personal representado- se extiende al íntegro objeto material que fije la norma de la que trae causa [aquí, el art. 51 ET],



salvo que la propia disposición legal imponga -éste no es el caso- otra cosa o la intervención personal de los trabajadores afectados. Y

c).- Desde una perspectiva eminentemente práctica, tampoco resultaría en absoluto razonable pretender que en cada comunicación individual del cese se hagan constar -de manera expresa y pormenorizada- los prolijos criterios de selección que normalmente han de utilizarse en los PDC que afecten -como es el caso- a grandes empresas y numerosos afectados, dándole así a la indicada carta de despido una extensión tan desmesurada como -por lo dicho- innecesaria.

2.- Inexigible constancia -en la carta de despido- de la concreta aplicación de los criterios al personal afectado.- Por estas mismas consideraciones -y alguna más- también excluimos la necesidad de que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el PDC de que se trate. A nuestro juicio la respuesta ha de ser contraria a tal exigencia, por tres razones:

a).- En primer lugar porque -reiteramos lo dicho a propósito de los criterios de selección en sí mismos considerados- el precepto nada indica al respecto y la pretensión excede del mandato legal, que se limita a la expresión de la «causa».

b).- Además, el adecuado cumplimiento de la exigencia -de proceder- supondría no sólo relatar la valoración individual del concreto trabajador notificado, sino también la de sus restantes compañeros con los que precisamente habría de realizarse el juicio de comparación, lo que en la mayor parte de los supuestos daría lugar a que la carta de despido tuviese -cuando menos tratándose de un PDC- una dimensión ajena a toda consideración razonable.

Y

c).- En último término, porque el derecho de defensa que corresponde al hipotético trabajador demandante, queda en todo caso garantizado con la posibilidad que el mismo tiene de reclamar a la empresa los datos que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda [si duda de la legalidad de los criterios y/o de su correcta aplicación], acudiendo -a tales efectos- a los actos preparatorios y diligencias preliminares que regula la normativa procesal [arts. 76 y 77 LRJS ; y art. 256 LECiv], así como a la solicitud de oportuna aportación documental por parte de la empresa, para de esta forma acceder a todos los datos que le permitan comparar su concreta situación con la de sus compañeros no despedidos y -en su caso- poder combatir la concreta aplicación de los criterios de selección llevado a cabo por la demandada".

El recurso debe ser estimado declarando la procedencia del despido operado, pues los criterios de selección fueron consensuados por la parte social, tal y como se desprende de las distintas actas levantadas durante los períodos de consulta y del acuerdo final alcanzado y anexos (folios 300 y siguientes de autos), en el que aparece incluida la actora y memoria explicativa (folio 314 y siguientes) en la que constan los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados (folio 321) que hacen innecesario de conformidad con la jurisprudencia expuesta su reproducción en la carta individual al trabajador afectado".

3. -Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. José Luis Casado Pérez, en representación de DOÑA Virtudes , recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 14 de enero de 2015, recurso número 104/2014 .

El Letrado D. Álvaro Díaz Martín, en representación de ARTESANÍA DE LA ALIMENTACIÓN SL y RODILLA SÁNCHEZ SL ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado procedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 14 de enero de 2015, recurso número 104/2014 , desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, frente a la sentencia de fecha 22 de julio de 2013, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en el procedimiento número 225/2012, seguido a instancia de Doña Alicia contra el ahora recurrente y contra Train Automatic Solutions,

Sistemas de Control e Información SEPSA Electrónica de Potencia SL, Albatros SL y los representantes legales de los trabajadores, sobre impugnación individual de una resolución administrativa que homologó el acuerdo alcanzado en periodo de consultas en el seno de un ERE y ERTE.



Consta en dicha sentencia lo siguiente:

-La actora prestó servicios para la demandada Train Automatic Solutions in & out desde el 1 de septiembre de 2008, con la categoría de oficial de 1ª administrativo.

- La actora disfruta una jornada de 25 horas semanales desde el 12-01- 2010 para el cuidado de su hijo nacido en el año 2009, por lo que el año 2011 realizó únicamente 917 horas. En el año 2012 dio a luz a su hija.

-El Grupo Albatros promovió el 27 de octubre de 2012 expediente de extinción de contratos y reducción de jornada, alcanzándose un acuerdo con los representantes de los trabajadores el 14 de diciembre de 2011, en el que se pactó la extinción de 48 puestos de trabajo, de los cuales 38 estaban identificados, entre los que se encontraba la demandante y 13 eran innominados.

-El 10 de enero de 2012, la Dirección General de Empleo dictó resolución, autorizando a la empresa a extinguir los contratos de trabajo de 48 trabajadores (38 nominativamente relacionados y 10 según los criterios señalados en el Acta de Acuerdo de 14-12-2011) y para la reducción de jornada en un 10% de los contratos de trabajo de otros 365 trabajadores durante el año 2012,. En anexo a la presente resolución se adjunta copia del Acta de Acuerdo de 14-12-2011 suscrita y la relación nominativa de los trabajadores afectados.

- La empresa notificó a la demandante que estaba despedida, como consecuencia de la resolución antes citada, el 9 de enero de 2012.

- ALBATROS, S.L. tiene unas pérdidas de 1.259.000,00 euros; SEPSA ELECTRÓNICA DE POTENCIA, S.L.U. tiene unas pérdidas de 3.267.500,00 euros; SEPSA SISTEMAS CONTROL E INFORMACIÓN, S.L.U. tiene unas pérdidas de 5.728.700,00 euros; TRAIN AUTOMATIC SOLUTIONS IN OUT, S.L.U. tiene unas pérdidas de 274.800,00 euros. Del balance consolidado de todas las empresas del Grupo, tanto las incluidas en el expediente de regulación de empleo como las que no, arroja unas pérdidas de 12.145.700,00 euros.

-En la memoria y en el escrito de subsanación, aportados por las demandadas, se significó que los criterios de designación de los trabajadores nominados, entre los que se encontraba la demandante, debían determinarse en la negociación del período de consultas.

- En el acta de 14-12-2011, que cerró con acuerdo el período de consultas, no se menciona qué criterios se han tenido en cuenta para la selección de los trabajadores afectados.

-El ERE y ERTE se tramitó con anterioridad a la entrada en vigor de la actual regulación del despido colectivo, iniciada por el RD Ley 3/2012, de 19 de febrero, seguida de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

La sentencia, siguiendo la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, STC 92/2008, de 21 de julio , ha proclamado que el artículo 55.5 b) ET establece una garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada, por lo que su despido nunca puede ser calificado de improcedente, sino que dará lugar a la declaración de procedencia o de nulidad, sin necesidad, en este caso, de que medie móvil discriminatorio o de que el empleador conozca el estado de gestación, entre otras, STS de 17 de octubre de 2008, recurso 1957/2007 ; 15 de enero de 2009, recurso 1758/2008 ; 17 de marzo de 2009, recurso 2251/2008 ; 13 de abril de 2009, recurso 2351/2008 ; 30 de abril de 2009, recurso 2428/2008 y 6 de mayo de 2009, recurso 2063/2008 . Continúa razonando que en el supuesto examinado es exigible que el empresario concrete los criterios tenidos en cuenta para la determinación de los trabajadores afectados por el despido, no siendo suficiente una mera relación nominal, ya que entre los mismos se encuentra la actora, que tenía reducida la jornada de trabajo por cuidado de un hijo y se encontraba embarazada en el momento del despido, por lo que ha de atenderse al derecho a la no discriminación por razón de sexo, proclamada en el artículo 14 de la Constitución para resolver la cuestión planteada. Concluye poniendo de relieve que a la parte demandada incumbe la carga de probar que su actuación obedece a causas reales y objetivas, absolutamente extrañas a la vulneración de derechos fundamentales (STC 111/2003, de 15 de junio), por lo que el demandado debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterio había seguido para la extinción del contrato de la actora, cuál era el motivo de que se prescindiera de su puesto de trabajo, teniendo en cuenta la incidencia de las causas económicas en la supresión del mismo. Por el contrario, el demandado nada ha acreditado, tal y como consta en el ordinal octavo del relato de hechos probados de la sentencia de instancia: "En la memoria y en el escrito de subsanación, aportados por las demandadas, se significó que los criterios de designación de los trabajadores nominados, entre los que se encontraba la demandante, debían determinarse en la negociación del período de consultas. En el acta de 14-12-2011, que cerró con acuerdo el período de consultas, no se menciona qué criterios se han tenido en cuenta para la selección de los trabajadores afectados". A mayor abundamiento, en el fundamento de derecho quinto, con evidente valor de hecho probado, consta que la Dirección General de Empleo advirtió a la demandada, al inicio del periodo de consultas, que debía aportar los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados por el expediente contestándole, en el escrito de 17 de noviembre de



2011, que dichos criterios se establecerían en el periodo de consultas, lo que no se realizó. En el proceso no se ha alegado ni, por ende, practicado prueba alguna tendente a acreditar las causas reales y objetivas que, en su caso, podrían justificar la decisión extintiva adoptada por la empresa respecto a la demandante.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS .

En efecto, en ambos supuestos nos encontramos ante un despido individual dimanante de un despido colectivo, que finalizó con acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores -en la sentencia recurrida un expediente de despido colectivo finalizado con acuerdo, en la de contraste una resolución administrativa que homologó el acuerdo alcanzado en periodo de consultas- siendo la despedida una trabajadora que en el momento del despido se encuentra embarazada -en la sentencia recurrida se encuentra embarazada habiendo comunicado al empresario su estado, en la sentencia de contraste se encuentra embarazada y con reducción de jornada por cuidado de un hijo menor-, resultando acreditada la causa económica alegada por la empresa para proceder al despido colectivo -en ambos supuestos constan acreditadas las pérdidas- habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la sentencia impugnada entiende que el despido es procedente, la de contraste lo califica de nulo.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

No impide la existencia de contradicción que en la sentencia recurrida el procedimiento seguido haya sido el de despido colectivo y en la de contraste el ERE -modalidad vigente con anterioridad a la reforma operada por el RD Ley 3/2012, y, posterior Ley 3/2012- y que en la sentencia recurrida el acuerdo se alcanzara en el seno del despido colectivo, sin más trámites, en tanto en la de contraste se requirió la homologación del acuerdo logrado en el seno del ERE para su plena validez ya que lo esencial es que en ambos supuestos hubo acuerdo en el seno del despido colectivo entre los representantes de los trabajadores y la empresa y, como consecuencia del mismo, se extinguió el contrato de una trabajadora embarazada, no apareciendo en los criterios de selección alusión alguna a las concretas causas por las que se extingue el contrato de la trabajadora. En ambos supuestos, en contra de lo que afirma la parte recurrida, la demandante alega que su despido es nulo ya que obedece a su situación de embarazo, lo que vulnera el artículo 14 de la Constitución , - hecho séptimo y octavo de la demanda en la sentencia recurrida- por lo que nos encontramos ante un despido discriminatorio.

TERCERO.-1.- El recurrente alega vulneración, por aplicación e interpretación errónea de lo dispuesto en el artículo 55.5 b) del ET , en concordancia con lo establecido en el artículo 14 de la Constitución y en la interpretación que se ha dado por las sentencias del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio y 111/2003, de 15 de junio .

En esencia aduce que ha de ser aplicada la doctrina del Tribunal Constitucional que pone de manifiesto la especial protección que el derecho a la maternidad debe tener y la exigencia de que, ante los indicios más que evidentes de su violación, la empresa en su escrito de memoria motivadora del despido colectivo, hubiese incluido los argumentos que permitiesen al Juzgador conocer la razón de la inclusión de la demandante entre los afectados por el despido colectivo, para poder descartar la existencia de actuaciones no justificadas.

2.- Cuestión similar a la ahora examinada ha sido resuelta por la sentencia de esta Sala de 14 de enero de 2015, recurso 104/2014 , invocada como contradictoria, en la que se contiene el siguiente razonamiento:

"2. -Hay que poner de relieve dos circunstancias que concurren en la actora, al tiempo de producirse los hechos, y que revisten un especial relieve, a saber, al tiempo de iniciarse el expediente la actora se encontraba disfrutando de jornada reducida por cuidado de hijo - artículo 37.5 ET - y en el momento del despido continuaba disfrutando de dicha jornada y estaba embarazada.

Nuestro ordenamiento otorga idéntica protección, en orden a la calificación del despido, a la situación de embarazo que al periodo en el que el trabajador está disfrutando de reducción de jornada por cuidado de un menor, regulado en el artículo 37.5 ET , por lo que la jurisprudencia referente a los supuestos de despido de la trabajadora embarazada, es plenamente aplicable al despido del trabajador que disfruta de la reducción de jornada contemplada en el artículo 37.5 ET . En todo caso en la demandante concurren ambas circunstancias, por lo que es plenamente aplicable la jurisprudencia que a continuación se expondrá.

Esta Sala, siguiendo la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, STC 92/2008, de 21 de julio , ha proclamado que el artículo 55.5 b) ET establece una garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada, por lo que su despido nunca puede ser calificado de improcedente, sino que dará lugar a la declaración de procedencia o de nulidad, sin necesidad, en este caso,



de que medie móvil discriminatorio o de que el empleador conozca el estado de gestación, entre otras, STS de 17 de octubre de 2008, recurso 1957/2007 ; 15 de enero de 2009, recurso 1758/2008 ; 17 de marzo de 2009, recurso 2251/2008 ; 13 de abril de 2009, recurso 2351/2008 ; 30 de abril de 2009, recurso 2428/2008 y 6 de mayo de 2009, recurso 2063/2008 .

En esta última sentencia se consigna la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala en los siguientes términos: "a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos [el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE ; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE].

b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c).- La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 [con la redacción que más arriba se ha reproducido] se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo» [en autos, coincidente con el despido, conforme a los hechos declarados probados], por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha -a la que se retrotrae la protección- ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

e).- Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre»."

3.- Respecto a la exigencia de que incumbe a la empresa, a quien se le imputa la vulneración de un derecho fundamental, acreditar que concurren causas objetivas que justifican la medida adoptada, se ha pronunciado la STC 111/2003, de 15 de junio , que establece: " Una vez cubierto este inexcusable presupuesto y como segundo elemento, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (STC 30/2002, de 11 de febrero , FJ 3): sin que ello suponga situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales (SSTC 140/1999, de 22 de julio, FJ 5 ; 29/2000, de 31 de enero , FJ 3). Se trata, pues, de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar al juzgador a la convicción de que las causas alegadas motivaron la decisión de forma razonable y ajena a todo propósito atentatorio al derecho fundamental (SSTC 202/1997, de 25 de noviembre , y 48/2002, de 25 de febrero , FJ 5)".

SÉPTIMO.- 1.- En el asunto examinado ha quedado acreditado que de una plantilla total de 413 trabajadores la empresa ha procedido a despedir a 48 trabajadores, 38 identificados, entre los que se encuentra la actora y 10



innominados, para los que se han establecido unos criterios en orden a la concreción de los afectados -carga de trabajo del departamento, número de personas en el departamento, posibilidad de amortizar el puesto por sinergias, cambios organizativos o mejora de medios...-, no habiéndose fijado criterios para la selección de los 38 trabajadores nominativamente identificados, entre los que se encuentra la actora.

2.- El artículo 51.2 ET, en la redacción anterior a las modificaciones introducidas por el RD Ley 3/2012, de 6 de febrero, disponía que "La comunicación a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se determinen". La determinación reglamentaria aparece contemplada en el RD 801/2011, de 10 de junio, en cuyo artículo 8 se regula la documentación común a todos los procedimientos de regulación de empleo, exigiendo el apartado b) la justificación de la razonabilidad del número de extinciones en relación con la concurrencia de la causa económica y la finalidad de preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado. Por su parte el apartado c) exige la aportación de "Relación nominativa de los trabajadores afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar los mismos y periodo a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo". Si bien es cierto que la norma -artículo 8, apartado c)- parece establecer la opción entre aportar relación nominal de trabajadores afectados o, en su defecto, criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos, es lo cierto que, acreditada la concurrencia de la causa económica - hecho probado séptimo- para un cabal conocimiento de la incidencia que la concurrencia de dicha causa pudiera tener en los contratos de trabajo es preciso que la empresa justifique, tal y como exige el apartado b) del precitado artículo 8, la razonabilidad del número de extinciones, lo que exige concretar los criterios tenidos en cuenta para la selección de los trabajadores afectados, para así acreditar que tales extinciones van a satisfacer la finalidad de favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado.

3.- Tal y como ha señalado la sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2014, recurso 74/2013 : "Por lo que se refiere a la insuficiencia de documentación exigible, originadora de indefensión, mala fe, ocultación y, en definitiva generadora de la nulidad del despido, con carácter general hemos dicho en nuestra sentencia de Pleno, de 20 de marzo de 2013, (rec. 81/2012) que la principal finalidad del art. 51.2 y preceptos reglamentarios es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas del despido y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Y esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas, o de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos, en el caso examinado hay que coincidir con la sentencia recurrida en que fue suficiente, teniendo en cuenta que también hemos dicho sobre este punto en la sentencia del Pleno de 27 de mayo de 2013 (recurso 78/2012) que la enumeración de documentos que lleva a cabo el artículo 6 de norma reglamentaria vigente entonces, el R.D. 801/2011, no tiene valor ad solemnitatem, de manera que no toda ausencia documental ha de conducir necesariamente a la declaración de nulidad del despido colectivo, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse aquellos documentos que se revelen intrascendentes a los efectos que la norma persigue, y que no es sino la de proporcionar información que permita una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos u otras posibles medidas paliativas, sustitutorias o complementarias.

4.- En el supuesto ahora examinado es exigible que el empresario concrete los criterios tenidos en cuenta para la determinación de los trabajadores afectados por el despido, no siendo suficiente una mera relación nominal, ya que entre los mismos se encuentra la actora, que tenía reducida la jornada de trabajo por cuidado de un hijo y se encontraba embarazada en el momento del despido, por lo que ha de atenderse al derecho a la no discriminación por razón de sexo, proclamada en el artículo 14 de la Constitución para resolver la cuestión planteada. A este respecto la sentencia de esta Sala de 16 de octubre de 2012, recurso 247/2011 ha establecido: "La Sala ha de aplicar la misma doctrina que fijó el Tribunal Constitucional en su sentencia 92/2008 [21/Julio] sobre el carácter automático de la declaración de nulidad en el supuesto de que el despido -no justificado- de la trabajadora gestante (SSTS 17/10/08 -rcud 1957/07 -; 16/01/09 -rcud 1758/08 -; 17/03/09 -rcud 2251/08 -; 13/04/09 -rcud 2351/08 -; 30/04/09 -rcud 2428/08 -; 06/05/09 -rcud 2063/08 -; y 18/04/11 -rcud 2893/10 -, éste en obiter dicta), y cuyos resumidos argumentos son extrapolables -mutatis mutandis- al caso de autos: «a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas [léase guarda legal de menor] constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación



por razón de sexo [art. 14 CE] ... b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales... d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada [guarda legal, en el caso ahora tratado] una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental ... » (STS 06/05/09 -rcud 2063/08 -)."

CUARTO.- 1.- Aplicando los anteriores razonamientos al supuesto examinado, procede la estimación del recurso formulado.

Tal y como ha señalado la STC 111/2003, de 15 de junio "recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión", prueba que no ha logrado, ni tan siquiera intentado practicar. El demandado debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterio había seguido para la extinción del contrato de la actora, cuál era el motivo de que se prescindiera de su puesto de trabajo, teniendo en cuenta la incidencia de las causas económicas en la supresión del mismo. Por el contrario, el demandado nada ha acreditado, tal y como consta en el ordinal octavo del relato de hechos probados de la sentencia de instancia: "Respecto a los criterios de selección tenidos en cuenta en la memoria explicativa de las causas del despido colectivo, para la designación de los trabajadores afectados, se hace referencia "a las nuevas responsabilidades de acuerdo con la nueva estructura necesaria en la fábrica", sin que se contenga referencia alguna al personal que presta servicios en las oficinas centrales del grupo", centro de trabajo en el que prestaba servicios la actora.

2.- No cabe entender, como alega la parte recurrida siguiendo lo razonado en la sentencia impugnada, que los criterios estaban suficientemente consignados, tal y como resulta de la memoria explicativa que, en el apartado 5 concreta dichos criterios.

El citado apartado, bajo el epígrafe "Criterios tenidos en cuenta para la designación de trabajadores afectados", señala:

"La elección de los trabajadores que deben hacerse cargo de las nuevas responsabilidades de acuerdo a la nueva estructura necesaria en la fábrica, mucho menor, responden a parámetros muy distintos de los desarrollados hasta ahora, más basados en la especialización. Las competencias más requeridas se basarán más en la gestión que en la producción:

-Coordinación, supervisión y planificación de la producción propia y de la subcontratada. Control técnico y organizativo.

-Movilidad funcional, tanto horizontal (distintas áreas) como vertical, trabajos de inferior categoría. El menor número de trabajadores exige una gran polivalencia en función de las necesidades de la fábrica. Todo ello para evitar la subcontratación de servicios auxiliares más esporádicos uo imprevistos. En su caso los títulos habilitantes para dicha movilidad.

-Capacidad de desarrollo o potencial para adquirir conocimientos y habilidades en otras taras no habituales, para necesidades permanentes o temporales (ausencias) así como la capacidad de adaptación".

De los genéricos criterios consignados no resulta dato alguno que permita concluir la necesidad de amortizar el concreto puesto de trabajo de la actora, sin que pueda entenderse cumplido el requisito de consignar los criterios de designación de los trabajadores con el dato de que en el folio 319 se haga constar, bajo el epígrafe "Periodo para la realización de los despidos": "Comercial (1 puesto de trabajo). La propia inercia de la desaparición de la sección de sándwich hace que el departamento comercial, actualmente integrado por una persona, desaparezca", ya que dicho epígrafe se limita a consignar la desaparición de un puesto de trabajo, pero sin explicitar los criterios tenidos en cuenta para la selección de la trabajadora afectada. A mayor abundamiento hay que señalar que de todos los trabajadores afectados por el ERE, la actora era la única que no prestaba servicios en producción y que no pertenecía al centro de trabajo sito en la calle Duquesa de Tamames 75 de Madrid, sino a las oficinas centrales, sitas en la calle Secoya número 19 de Madrid.

3.- Tales conclusiones no se oponen a la doctrina de la Sala contenida, entre otras, en la sentencia de 15 de marzo de 2016, recurso 2507/2014 , por las siguientes razones:



Primera: La citada sentencia examina los requisitos que ha de contener la carta de despido dirigida al trabajador afectado, cuando trae causa de un despido colectivo, cuestión que no se plantea en la sentencia ahora recurrida. Segundo: Dicha sentencia razona que no es necesario que en la carta se incorporen los criterios de selección ni la baremación que al trabajador afectado le corresponde en función de dichos criterios, lo que tampoco se cuestiona en la sentencia impugnada.

Tercero: En la citada sentencia se señala que, en su caso, los criterios de selección y baremación individual han de acreditarse en el proceso de impugnación individual del despido, que es precisamente en el que ahora nos encontramos, girando el debate en torno a si los criterios de selección son lo suficientemente precisos y si ha quedado debidamente acreditada la correcta aplicación de tales principios a la trabajadora afectada.

Cuarto: En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala se examina la incidencia de la falta de concreción de los criterios de selección de los trabajadores afectados en el despido de una trabajadora embarazada, que entiende conculcado su derecho a la no discriminación por razón de sexo, cuestión no planteada en el recurso 2507/2014.

Quinto. Tal y como anteriormente se ha razonado en los supuestos de despido de una trabajadora embarazada la finalidad de la normativa reguladora es proporcionar una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental a la no discriminación.

4.- La Sala no desconoce la STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16 , dictada en el seno de una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el litigio segundo a instancia de Doña Rosaura contra Bankia, determinadas secciones sindicales y FOGASA. Tal sentencia sin embargo no incide en el asunto ahora examinado por la Sala ya que el objeto de la cuestión prejudicial se ciñe a la interpretación del artículo 10 puntos 1 y 2 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 , relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y del artículo 1, apartado 1, letra a) de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 , relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refiere a los despidos colectivos.

La parte dispositiva de la sentencia establece:

"1) El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 , relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 , relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

2) El artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

3) El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

4) El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia".

QUINTO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado D. José Luis Casado Pérez, en representación de DOÑA Virtudes , frente a la sentencia dictada el 30 de mayo de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 96/2016, casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el Letrado D Álvaro Díaz Martín, en



representación de ARTESANÍA DE LA ALIMENTACIÓN SL, confirmando la sentencia de instancia, declarando la nulidad del despido de la actora, con la condena a la inmediata readmisión de la actora con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia.

No procede la condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Luis Casado Pérez, en representación de DOÑA Virtudes , frente a la sentencia dictada el 30 de mayo de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 96/2016, interpuesto por el Letrado D Álvaro Díaz Martín, en representación de ARTESANÍA DE LA ALIMENTACIÓN SL, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de los de Madrid, en el procedimiento número 751/2013, seguido a instancia de la hoy recurrente, contra ARTESANÍA DE LA ALIMENTACIÓN SL, RODILLA SÁNCHEZ SL y COMITÉ DE EMPRESA DE ARTESANIA DE LA ALIMENTACIÓN SL, sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por el Letrado D. Alvaro Díaz Martín, en representación de Artesanía de la Alimentación SL, confirmando la sentencia de instancia, manteniendo la declaración de nulidad del despido de la actora, con la condena a su inmediata readmisión, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia.

No procede la condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.