



Roj: **STSJ AS 4245/2012 - ECLI: ES:TSJAS:2012:4245**

Id Cendoj: **33044340012012102795**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2012**

Nº de Recurso: **2315/2012**

Nº de Resolución: **2776/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 02776/2012

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIALOVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax:985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2012 0102382

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002315 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 551/2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 005 de OVIEDO

Recurrente/s: Eloy

Abogado/a: OLGA TERESA BLANCO ROZADA

Recurrido/s: INDUSTRIAL ALQUI SL, Ezequiel , MINISTERIO FISCAL

Abogado/a: RAMON RODRIGUEZ SANCHEZ

Sentencia nº 2776/12

En OVIEDO, a treinta de Octubre de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J. ASTURIAS, formado por los Ilmos. Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ, Presidente, D^a PALOMA GUTIERREZ CAMPOS, D^a MARÍA VIDAU ARGÜELLES y D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Magistrados de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 2315/2012, formalizado por la Letrada D^a OLGA BLANCO ROZADA, en nombre y representación de Eloy , contra la sentencia número 396/2012 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de OVIEDO



en el procedimiento DEMANDA 551/2012, seguidos a instancia de Eloy frente a INDUSTRIAL ALQUI S.L., a Ezequiel y al MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Eloy presentó demanda contra INDUSTRIAL ALQUI S.L., Ezequiel y el MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 396/2012, de fecha trece de Julio de dos mil doce .

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º- El actor, D. Eloy , presentó sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa INDUSTRIAS ALQUI S.L., con la categoría profesional de oficial 3ª, con una antigüedad reconocida al día 1 de octubre de 2008, percibiendo un salario 48,75 €/día, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras (SB 31,90 e/día, antigüedad 5% Plus de convenio 2,02, Plus de asistencia 6,29 €/días, Plus de carencia incentivo 3,65 €/día, P/P extras 1.236,87 € = 17.843,46 € anuales). En la relación laboral resulta de aplicación el convenio Colectivo de Industrias del metal del Principado de Asturias.

2º- La empresa INDUSTRIAS ALQUI S.L., comunicó al trabajador por medio de burofax de 10 de mayo de 2012 carta con el siguiente sentido literal:

"Por la presente le notificamos que, al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores , la dirección de esta empresa ha decidido extinguir su contrato de trabajo, por razones económicas y de producción, con fecha y efectos del próximo 25 de mayo de 2012.

Dichas causas han sido explicadas y justificadas en el memoria, informes económicos y demás documentación que se ha hecho llegar al Delegado de personal durante la tramitación del E.R.E. de extinción de 10 contratos, expediente nº NUM000 , documentación que tiene Ud. a su disposición tanto en las oficinas de la empresa como en la sede del sindicato CC.OO de la Pola de Siero para consulta si así lo estima conveniente y cuyo contenido es el siguiente.

Los años 2010 y 2009 se han cerrado con un beneficio empresarial en torno a los 20.000 €, beneficio muy escaso en proporción al volumen de negocio (el ratio no alcanza el 1% de las ventas). Pero en el 2011 tenemos registradas unas pérdidas de explotación de 30.736,64 €, mientras que el volumen de facturación, rompiendo la tendencia, ha disminuido en medio millón de euros lo que significa un 20% menos con respecto al año anterior.

Esta situación podría parecer lógica en la medida en que tenemos parte de la plantilla en regulación de empleo, sin embargo no se ha rechazado ningún pedido, realizándose y todos los encargos. Es decir, de no haberse realizado el ERE, asumiendo todo el personal con su coste salarial, las pérdidas habrían superado los 200.000 €, lo que nos hubiera colocado en una inevitable situación de concurso de acreedores.

Pero por si estas razones fueran insuficiente, la evolución de este último trimestre, el primero de 2010 no ha podido ser mas alarmante: las ventas han caído a la mitad con respecto al mismo periodo del año pasado y un 60% con respecto al año 2010, pasando de 636.222,12 € en 2010 a 553.434,88 € en 2011 a 283.689,62 € este año. El coste personal de este trimestre, aún con casi la mitad de la plantilla en regulación de empleo, ha supuesto mas del 50% de dicha suma, lo cual es insostenible en una empresa que trabaja con materiales de alto coste, fundamentalmente acero inoxidable, y que ha llevado aparejadas unas pérdidas de explotación en este trimestre superiores a los diez mil euros, sin tener en cuenta amortizaciones.

Paralelamente, continúan las dificultades para cobrar trabajos realizados, lo que supone aumentar los gastos financieros: el pasivo casi alcanza los dos millones de euros, muy difícil de amortizar con el volumen de ingresos actual y no digamos con los resultados, Y ello a pesar de que hemos puesto en práctica una política de cobros que ha resultado muy eficaz y nos ha permitido reducir sensiblemente la cuenta de deudores, pero no se han podido rentabilizar mas los recursos por el acusado descenso de la facturación, la deuda de la empresa sigue creciendo.

Así pues tenemos un problema productivo, puesto que los encargos de obra siguen cayendo en picado, agravado con un problema económico, puesto que la financiación que nos permite nuestro tamaño ya hace tiempo que ha superado el límite admisible.

En consecuencia con todo lo anterior se ha venido planteando en varias reuniones mantenidas con su representante de personal la necesidad de redimensionar la plantilla al volumen actual de obra, mediante extinciones de un mínimo diez contratos y un máximo de quince. Hasta este momento, en aras de mantener



la paz social, se había pospuesto la efectividad de la medida mediante la tramitación de dos expedientes consecutivos de suspensión de contratos durante doce meses en total.

Pero esta decisión ha servido para evidenciar dos hechos fundamentales: Que esa opción no da resultados esperados, pues la empresa sigue soportando gastos de personal que no se traducen en producción y, por otra parte, que llevamos un año prescindiendo de los mismos trabajadores y no solo no han sido necesarios, sino que incluso aumentaron los ratios de productividad. Por tanto, lo que en principio se planteó como una solución a un descenso temporal y coyuntural de la actividad por la ralentización de la economía, en especial de sector de la construcción y obra civil (destinatario natural de nuestro trabajo), ahora se manifiesta como insuficiente, no quedando otra alternativa que elevarlo a definitivo, pues la disminución de encargos ya se ha convertido prácticamente en paralización y hay una parte de la plantilla cuyo trabajo no solo no es necesario sino que supone una rémora para el mantenimiento del resto de puestos de trabajo.

Así conjuntamente con la representación del personal, hemos elaborado una relación de puestos de trabajo que serían prescindibles sin afectar a la productividad, y entre ellos lamentablemente está el suyo, tal como viene recogido en el E.R.E., arriba reseñado, resuelto de mutuo acuerdo entre la empresa y el Delegado de personal, Por ello, en aplicación del Art. 53.2 del Estatuto de los Trabajadores tendrá derecho, sin pérdida de su retribución a una licencia de 6 horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo, además de disfrutar de las vacaciones pendientes de este año entre el 21 y el 25 mayo.

Asimismo, le comunicamos que en el día de hoy hemos transferido a su cuenta la indemnización de 20 días de salario por año de servicio a que tiene derecho, que asciende a la cantidad de 3.643,03 ? (s.e.r.o.).

Contra esta decisión podrá formular las acciones legales que considere oportunas."

3º- La empresa llevó a cabo dos expedientes de suspensión de contratos de trabajo, uno con nº NUM001 solicitud de la suspensión de 16 contratos de trabajo por un periodo máximo de 6 meses (Acta 19 de abril de 2011), entre los que se encontraba el actor, por Resolución de dirección General de Trabajo de fecha 20 de abril de 2011-620 solicitud de suspensión de 30 contratos de trabajo (toda la plantilla) por un período máximos de 6 meses (Acta 20 de octubre de 2011, 21 de octubre de 2011, corregida), que fue autorizado por Resolución de la Consejería de Economía y empleo de fecha 25 de octubre de 2011. En el citado Acta de la representación legal de la plantilla y del delegado de personal D. Ezequiel se dice expresamente que se rechaza la pretensión de la empresa de despedir a diez trabajadores, pero en cambio se acuerda suspender los contratos de la totalidad de la plantilla por el periodo de seis meses en las mismas condiciones que se pactaron en el ERE actualmente vigente.

4º- La empresa llevó a cabo un expediente de extinción de 13 contratos de trabajo Nº NUM000 . Se comunicó a la dirección de Trabajo la apertura del período de consultas el día 24 de abril de 2012. En fecha 26 de abril de 2012 se comunica a la Autoridad laboral el resultado del periodo de consultas constando acta de fecha 26 de abril de 2012 suscrita entre la empresa y el representante legal de los trabajadores en que se acuerda la extinción de diez contratos de trabajo entre los que se encuentra el actor. La Dirección General de Trabajo en fecha 4 de mayo de 2012 comunica a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo la decisión empresarial de despido colectivo que afecta a diez trabajadores.

5º- Al tiempo también la empresa solicitó que mientras se hicieran efectivos los despidos pretendidos se continuara en la suspensión de contratos del resto de los trabajadores dando lugar al expediente NUM002 . La Dirección General de Trabajo en fecha 4 de mayo de 2012 comunica a la entidad Gestora de las prestaciones por desempleo la decisión empresarial de suspensión de 30 contratos de trabajo.

6º- La empresa ALQUI S.L. dedicada a la actividad de fabricación de estructura y cierres metálicos cuenta con un plantilla de 30 trabajadores. Están representados por un Delegado de Personal D. Ezequiel que ha participado en todas las negociaciones con la empresa.

7º- La empresa ALQUI tuvo un resultado de ejercicio durante el año 2011 de -30.736,64 ?, y durante el primer trimestre del año 2012 de -11.829,69.

8º- En fecha 6 de marzo de 2012 el actor formuló demanda de reclamación de cantidad salarios de los días 21 a 24 del mes de octubre de 2011, descansos compensatorios (7 días), vacaciones (22 días), y atrasos de convenio, paga extra de navidad, por todos los conceptos el importe total de 3.307,70 ?. La papeleta de conciliación fue presentada ante el UMAC de forma conjunta con otros dos trabajadores también despedidos en fecha 14 de febrero de 2012, si bien la empresa en el citado acto de conciliación reconoció la deuda por sus importes brutos que serían abonados en importe líquido una vez que la empresa dispusiera de liquidez, ofreciendo hacer un pago en el día de la conciliación y el resto a lo largo de la semana mediante transferencia bancaria.



9º- La empresa demandada puso a disposición del actor la indemnización fijada en la carta de despido calculado conforme a un salario día de 49,68 días ?/ día.

10º- El actor interpuso papeleta de conciliación ante la UMAC, el día 1 de junio de 2012 celebrándose el acto con el resultado de sin avenencia frente a ALQUI S.L., e intentado y sin efecto frente al otro conciliado, el día 12 de junio de 2012. En fecha trece de junio de dos mil doce le actor formuló la presente demanda.

11º- El trabajador no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D. Eloy contra INDUSTRIAS ALQUI S.L., y D. Ezequiel debo declarar y declaro la PROCEDENCIA del despido del actor declarando no haber lugar a lo solicitado con absolución a las demandadas de los pedimentos de adverso formulados."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Eloy formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 28 de setiembre de 2012.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 18 de octubre de 2012 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen del pleito, el actor pretendía la declaración de la nulidad del despido acordado por la empresa demandada, "ALQUI S.L.", con los efectos legales inherentes a tal declaración y, de forma subsidiaria, que el despido fuera declarado improcedente, con reposición del actor en su puesto de trabajo y abono de los salarios de tramitación.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo de 13 de julio de dos mil doce desestimó la demanda y declaró procedente el despido del trabajador y, frente a dicha resolución, interpone recurso de Suplicación la representación letrada de la parte actora interesando, en un único motivo, desde la perspectiva que autoriza el Art. 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, la revisión del derecho que entiende ha sido aplicado indebidamente, y en definitiva la revocación de la resolución impugnada, declarando la nulidad del despido, con abono de los salarios de tramitación.

SEGUNDO .- En sede de censura jurídica denuncia la letrado recurrente la infracción del Art. 24 de al CE así como del convenio 158 de la OIT y Directivas 98/59 y 125/97, en relación con los Arts. 4 , 51 , 55.5 y 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como de la STSJ-Madrid de 30 de mayo de 2012 .

Alega en sustancia que, en contra de lo manifestado por la juzgadora a quo, no se ha dado fiel y puntual cumplimiento a lo preceptuado por el Art. 51.2 del ET para la tramitación de un ERE, en concreto no se han cumplimentado las obligaciones de índole documental prevenidas en el Art. 6 del RD. 801/2011 , sobre aportación de la memoria explicativa y demás documentación contable requerida en orden a acreditar la razonabilidad de la decisión extintiva de carácter colectivo acordada. Aparte de lo anterior, existe un incumplimiento más grave cual es la inexistencia de un verdadero periodo de consultas con el representante de los trabajadores, al limitarse la empresa a exponer su posición inamovible, sin ningún tipo de negociación.

Como es sabido y así lo señala la exposición de motivo del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, vigente al tiempo de producirse el despido aquí enjuiciado, uno de los objetivo de la reforma era combatir la desnaturalización que había experimentado en la práctica el denominado periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, al dirigirse casi exclusivamente a alcanzar acuerdos a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores, convirtiéndose en una negociación sobre las indemnizaciones y se pretende que cumpla las finalidades previstas por la normativa comunitaria, por lo que aquel habrá de versar sobre: "las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad".

Uno de los objetivos básicos del período de consultas al que alude la Directiva 98/59 CE es efectivamente alcanzar un acuerdo, pero también el objetivo mínimo del período de consultas, según el propio artículo 2.2 de la Directiva es el de buscar y encontrar las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y la



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.

El Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de declarar que el derecho de información y de consulta, anteriormente regulado de forma idéntica en la Directiva 75/129, se ejercita a través de los representantes de los trabajadores (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Reino Unido, antes citada, apartados 17 y 23, y de 18 de enero de 2007, Confédération générale du travail y otros, C-385/05, Rec. p. I-611, apartado 48), y así lo recuerda la STJCE de 16-7-2009, asunto nº C-12/2008, al señalar que:

"38. A este respecto, en primer lugar, resulta del tenor y de la lógica interna de la Directiva 98/59 que el derecho de información y de consulta que regula está destinado a los representantes de los trabajadores, y no a los trabajadores a título individual.

39. Así, el décimo considerando y el artículo 2, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 98/59 hacen referencia a los expertos a los que los representantes de los trabajadores pueden recurrir debido a la complejidad técnica de los asuntos sobre los que se les pueda informar y consultar. Asimismo, el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, que contiene las definiciones a efectos de la aplicación de la misma, define el concepto de "representantes de los trabajadores", pero no el de los trabajadores. Del mismo modo, el artículo 2 de la Directiva describe las obligaciones del empresario y el derecho de información y de consulta sólo con respecto a los representantes de los trabajadores. Igualmente, el artículo 3 de esta misma Directiva establece la obligación de que se notifique a la autoridad pública competente cualquier proyecto de despido colectivo con toda la información útil referente a dicho proyecto y a las consultas a los representantes de los trabajadores, que deberán recibir del empresario una copia de dicha notificación y que podrán dirigir sus eventuales observaciones a dicha autoridad, pero no se conceden tales posibilidades a los trabajadores.

40. En segundo lugar, la naturaleza colectiva del derecho de información y de consulta se desprende también de una interpretación teleológica de la Directiva 98/59. En la medida en que con la información y la consulta previstas en dicha Directiva se pretende, en particular, que sea posible, por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente, los representantes de los trabajadores se encuentran en la mejor situación para alcanzar el objetivo perseguido por la referida Directiva".

Bien que, a continuación, aclara que la normativa en cuestión no se oponen a una normativa nacional que establece procedimientos con los que se pretende que, tanto los representantes de los trabajadores como estos últimos individualmente, puedan exigir el control del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la referida Directiva, precisando que "49. Aunque, en principio, incumbe al Derecho nacional determinar la legitimación y el interés de un justiciable para ejercitar una acción judicial, el Derecho comunitario exige, no obstante, además de que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad, que la normativa nacional no vulnere el derecho a una tutela judicial efectiva (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 11 de julio de 1991, Verholen y otros, C-87/90 a C-89/90, Rec. p. I-3757, apartado 24; de 11 de septiembre de 2003, Safalero, C-13/01, Rec. p. I-8679, apartado 50, y Unibet, antes citada, apartado 42)".

En el presente supuesto del relato fáctico de instancia, al que hay que atenerse al no haber sido combatido, completado con los datos de igual carácter incorporados a la fundamentación jurídica de la resolución de instancia, resulta que:

El pasado año, por resolución de fecha 20 de abril de 2011, en el expediente de regulación de empleo núm. NUM003, se había autorizado por la Dirección General de Trabajo a la empresa Alqui S.L. a la suspensión de contratos de 16 trabajadores de su plantilla durante un período de 6 meses.

Posteriormente, por resolución del expediente de regulación de empleo NUM004, de fecha 25 de octubre de 2011, se autorizó a la empresa por La Consejería de Economía y Empleo a la suspensión de los contratos con la totalidad de su plantilla (30 trabajadores) por un período de 180 días. Dicho expediente finalizó con acuerdo en el período de consultas, al retirar la empresa su propuesta inicial de extinción colectiva de los contratos de trabajo de 10 trabajadores.

Con fecha 24 de abril de 2012 la empresa comunicó al Delegado de personal, Sr. Ezequiel, y de forma simultánea a la Dirección General de Trabajo, la apertura de un nuevo período de consultas de cara a la extinción colectiva de los contratos de trabajo de 13 trabajadores.

Tras la reunión mantenida el día 26 de abril de 2012 las partes dan por finalizado el período de consultas con un acuerdo consistente en reducir el número de trabajadores afectados por el expediente a 10 trabajadores, comunicándose tal decisión a la autoridad laboral.



De esta apretada síntesis lo primero que llama la atención es la brevedad del periodo de consultas desarrollado en el último ERE, lo que en principio milita en el sentido postulado por el actor en el recurso de que no llegó a existir una verdadera negociación con el representante de los trabajadores. Como recuerda la recurrente con cita de la STSJ-Madrid de 30 de mayo de 2012 (rec. 17/2012) un proceso negociación se caracteriza por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas; situación esta muy diferente a la de quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, sin ofrecer otras opciones ni efectuar concesiones; limitándose sencillamente a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del período de consultas o de negociación, pues tal comportamiento no cumple con las exigencias de negociar de buena fe. Recuerda en tal sentido la STC 107/2000 " que no puede desconocerse la trascendencia que para la actividad sindical pueda tener una práctica empresarial dirigida a neutralizar o desconocer las funciones del sindicato mediante una negociación que sólo aparentemente respeta la actividad propia de aquél; dicho de otro modo, existen actitudes empresariales cuyo resultado final es soslayar la intervención de aquél en la regulación colectiva de condiciones de trabajo pese a que formalmente se abran las negociaciones; de no tener presente esta problemática para valorar determinadas vulneraciones del art. 28.1 CE, bastaría con la apertura del proceso negociador y con la celebración de reuniones carentes de contenido real para considerar satisfecho el derecho del sindicato a intervenir en aquella regulación, burlando las bases mismas del sistema constitucional de relaciones laborales".

Ahora bien, al presente no se puede obviar la circunstancia de que el proceso de despido colectivo vino precedido del expediente de regulación de empleo núm. NUM004, en el que las partes ya acordaron transformar los despidos colectivos de una parte de la plantilla en un expediente suspensión temporal de empleo y sueldo que afectó a la totalidad de los trabajadores de la empresa durante 6 meses, lo cual ya es indicativo de la existencia de una negociación continuada con concesiones recíprocas; consta asimismo en autos que el expediente de despido colectivo actual afectaba inicialmente a 13 trabajadores, esto es, a casi la mitad de la plantilla, y que al final se ha contraído a 10 trabajadores, lo que, como no se olvida de advertir la juzgadora a quo, no deja de ser el producto de la negociación desarrollada por el representante legal de los trabajadores.

El hecho de que a tal resultado se haya llegado en el escaso margen de dos días no puede empañar la legitimidad de tal acuerdo, puesto que lo que actualmente dispone el Art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores - a diferencia de lo que disponía el texto anterior del Art. 51.4 - es que el periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no mínima sino "máxima" de treinta días naturales (quince días en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, como es el caso de autos), y, por tanto, ni existe obstáculo legal alguno para que aquel periodo pueda concluir antes de del plazo señalado si como aquí sucede las partes han alcanzado antes un acuerdo, ni el hecho de haber cerrado el acuerdo en tan corto espacio de tiempo puede ser considerado contrario al principio de buena fe en la negociación colectiva, expresamente establecido en el propio art. 51.2 Estatuto de los Trabajadores.

Insistiendo en la nulidad del expediente, la segunda razón que esgrime la recurrente es la inexistencia de una memoria económica explicativa de la crisis económica alegada por la empresa y en que tampoco se pusieron sobre la mesa los documentos contables legalmente exigidos para que el representante de los trabajadores pudiera conocer las causas de aquella.

El art. 6 del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por R.D. 801/2011 de 10 de junio vigente, en lo que no se oponga a la definición de las causas económicas, prevista en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, conforme establece el apartado 3 del artículo 2 de la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, dispone efectivamente que en los despidos colectivos por causas económicas, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa de las causas que dan lugar a su solicitud, con el fin de acreditar los resultados de la empresa de los que se desprendan una situación económica negativa, precisando en el segundo de sus apartados que:

"Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta



a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría".

Pues bien en el supuesto analizado la juzgadora a quo señala que las circunstancias económicas por las que atraviesa la empresa y a las que se alude en la carta de despido: las disminuciones progresivas de la facturación de la empresa, con unas pérdidas registradas de 30.736,64 euros durante el año 2011 y de 11.829,69 euros en el primer trimestre de 2012, han quedado sobradamente acreditadas con la documentación aportada por la demandada (FJ. quinto), y no existe dato alguno en los autos que haga presumir que tal documentación contable no fue proporcionada en su día al representante legal de los trabajadores antes de firmar el acuerdo que aquí se cuestiona; en otras palabras, la alegación de la recurrente no pasa de ser eso, una mera alegación sin base sólida alguna sobre la que sustentarse, ya que ni se acredita la existencia de desacuerdo alguno del representante de los trabajadores en cuanto a la documentación entregada en su día por la demandada ni tampoco se interesó en ninguna de las fases del juicio la remisión del expediente administrativo con el correspondiente informe de la Inspección de Trabajo sobre este particular extremo para su incorporación a los autos ni, en definitiva, se ha cuestionado en el recurso la expresada conclusión de instancia sobre la realidad de la situación económica negativa esgrimida por la empresa para justificar el despido colectivo y, siendo ello así, la Sala ha de mantener, la conclusión alcanzada en la sentencia por el Juzgador "a quo" al no haber sido combatida en suplicación ni haberse aportando dictamen o prueba alguna que evidencie la insuficiencia de la documentación entregada al delegado de personal.

TERCERO.- En el mismo motivo de suplicación se acusa la infracción de los Arts. 24 de la CE, 4 del Estatuto de los Trabajadores y 5.c) del Convenio núm.158 de la OIT que protege a quien, como el recurrente, ejercita acciones tendentes a reclamar unos salarios adeudados por la empresa, y todo ello en relación asimismo con lo dispuesto en el Art. 96.2 de la L.R.J.S., pues bien que la empresa goza de libertad de criterio para seleccionar a los trabajadores afectados por el ERE, no lo es menos que tal libertad no es omnímoda y al presente, fuera de la mera represalia, no se justifica la razón de incluir al actor en el despido colectivo.

La garantía de indemnidad acuñada por la doctrina constitucional es un derecho que forma parte del contenido del derecho a "la tutela judicial efectiva" reconocido en el Art. 24 CE y que proporciona, al que ejercita el derecho, la protección adecuada frente a los eventuales actos de represalia que puedan tener causa en su ejercicio. Aunque en principio tal garantía se predica de cualquier persona - esto es, de aquella que protagoniza el ejercicio de la acción judicial o los actos preparatorios al proceso, en todo tipo de relaciones públicas o privadas- lo cierto es la casi totalidad de los pronunciamientos del TC se enmarcan dentro del ámbito de las relaciones laborales y afectan a la persona del trabajador, y es que la distinta posición ocupada por las partes en el seno de la relación laboral, teniendo atribuida una de ellas - el empresario - las facultades de dirección, organización y sanción, propicia que sea este marco laboral el más propenso a que se produzcan actuaciones de represalia, bajo el cobijo aparente de aquellos poderes.

Como señala la STC 14/1993, de 18 de enero, que fue la primera en utilizar el término de "garantía de indemnidad", "la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación al trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, de suerte que, cuando se produce violación de algún derecho fundamental -como el aquí invocado de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)- no basta la simple declaración de improcedencia, pues las consecuencias legales que de ello se derivan no amparan el derecho fundamental vulnerado, sino que para ello es preciso declarar el despido radicalmente nulo que conlleva la readmisión inmediata del trabajador, con exclusión de la indemnización sustitutoria. El art. 24.1 CE reconoce el derecho de los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales y a obtener una decisión fundada en Derecho, esto es, a "una prestación que corresponde (proporcionar) al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo" (SSTC 165/1988 y 151/1990). Pero dicho derecho no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad. Esto significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos". Doctrina reiterada en SSTC 54/1995, de 24/Febrero, FJ 3 ; 197/1998, de 13/Octubre, FJ 4 ; 140/1999, de 22/Julio, FJ 4 ; 196/2000, de 24/Julio ; 199/2000, de 24/Julio, FJ 4 ; 198/2001, de 4/Octubre, FJ 3 ; 55/2004, de 19/Abril, FJ 2 ; 38/2005, de 28/Febrero, FJ 3 ; 171/2005, de 20/Junio, FJ 3 ; 16/2006, de 19/Enero ; 65/2006, de 27/Febrero ; 120/2006, de 24/Abril ; 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5.

Ahora bien con ocasión de la alegación de la vulneración de la garantía de indemnidad también ha tenido oportunidad el propio TC de recordar que en los denominados "despidos pluricausales", esto es, aquellos en los que confluyen de una parte una causa o fondo discriminatorio y, de otra, eventuales motivos concomitantes



de justificación del despido es válido para excluir que el mismo sea contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de la calificación que merezca - procedente o improcedente - permita excluir cualquier propósito discriminatorio.

Advierte en tal sentido la STC 138/2006 citada que "la finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre, FFJJ 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5, y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 3, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, por ejemplo)".

En la sentencia de instancia, después de señalar que el actor junto con otros dos trabajadores más, que igualmente resultaron incluidos en el despido colectivo, formalizo una reclamación por importe de 3.215,44 euros en concepto de atrasos salariales, deuda que termino siendo reconocida por la empresa demandada en la conciliación habida ante el UMAC el 27 de febrero de 2012, considera que, ello no obstante, no cabe apreciar la denunciada violación de la garantía de indemnidad porque con anterioridad a la expresada reclamación el actor ya había sido incluido en los dos expedientes previos de regulación de empleo tramitados en el año 2011 y porque junto a él hay otros trabajadores que no han formulado reclamación alguna y, sin embargo, también han resultado afectados por el despido colectivo, para concluir señalando que la capacidad de elección de los contratos de trabajo que van ser extinguidos entra dentro del ámbito del poder de dirección de la empresa.

La Sala, sin embargo, no puede compartir esta forma de razonar de la juzgadora a quo, pues como se ha encargado de precisar la jurisprudencia (SSTS de 15 octubre 2003 (rec. 1205/2003) y 19 de enero de 1998), "la selección de los trabajadores afectados" por los despidos objetivos del art. 52.c. ET "corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios". Lo que tiene que acreditar el empresario en el despido económico se limita, por tanto, en principio, a que la "actualización de la causa económica afecta al puesto de trabajo" amortizado. Únicamente si se acusa un panorama discriminatorio, o si se prueba por parte de quien lo alega fraude de ley o abuso de derecho, cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad del acto o actos de despido sometidos a su conocimiento. Todo ello, sin perjuicio de la preferencia de permanencia en la empresa de los representantes legales de los trabajadores, que en el ordenamiento legal español es la única expresamente establecida". Esto es, si se prueba por parte de quien lo alega fraude de ley, abuso de derecho o si se acusa un panorama discriminatorio, cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad del acto o actos de despido sometidos al conocimiento del órgano jurisdiccional.

No cabe olvidar por otra parte que el Art. 8 c) del Real Decreto 801/2.011, antes mencionado, ordena, en lo que respecta a la documentación común a todos los expedientes de regulación de empleo, que el empresario ha de acompañar una "relación nominativa de los trabajadores afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos", circunstancia esta última que reitera el artículo 51.2 e) del Estatuto de los Trabajadores en términos de señalar que en la comunicación a entregar a la representación de los trabajadores también se habrán de hacer constar "los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos".

En el supuesto debatido, sin embargo, a pesar de que en la demanda rectora de la litis ya se denunciaba la ligazón entre la reclamación del trabajador y la decisión empresarial de incluirlo en el despido colectivo, no se acredita en los autos cual ha podido ser el criterio seguido por la empresa para su designación, despojando



así las dudas sobre la parcialidad denunciada. El hecho de que el trabajador haya resultado afectado por un expediente de suspensión temporal previo no puede servir de excusa para no cumplir con aquella obligación pues, como se ha visto, aquel expediente alcanza a toda la plantilla, incluido el delegado de personal y, en consecuencia, decir que ya estuvo incluido en un expediente anterior, dada su generalidad, equivale a no decir nada y no nos permite conocer las pautas seguidas por la demandada a la hora de elegir el personal afectado por el despido colectivo y, en concreto, cual ha podido ser la causa o razón de ser de la inclusión del actor en dicha lista.

De todo lo anterior lo que la Sala concluye es que, habiendo aportado el actor un indicio racional de discriminación indirecta que autoriza a la inversión de la carga de la prueba, cumplía a la empresa acreditar que actuó alejada de todo propósito discriminatorio (STS de 26 de febrero de 2008, rec. 723/2007); prueba relativa, no ya, a la de la misma causa del despido invocada, que supone un análisis posterior a éste previo, sino, si, en la elección de los trabajadores afectados, con un criterio aparentemente neutro, indirectamente, está incurriendo en una discriminación prohibida, contraria al derecho a la tutela judicial. Prueba que no supera la demandada, al no acreditar que actúa, en el despido cuestionado, con criterios objetivos alejados de todo propósito de no discriminar a un trabajador por el hecho de haber ejercitado individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo, lo que necesariamente ha de conducir a la calificación de nulidad del despido comunicado.

En otras palabras, ante la posibilidad electiva que la doctrina jurisprudencial más arriba invocada le confiere en la selección de los trabajadores afectados por un despido objetivo, por causas económicas o productivas, lo que debió de acreditar la recurrida una vez aportado por actor el indicio discriminatorio indirecto, es que actuó movida por causas empresariales, alejadas de todo ánimo atentatorio de este derecho fundamental del trabajador y, sin embargo, ha resultado desconocida en el proceso la verdadera voluntad empresarial en cuanto al método de elección del personal afectado por la medida extintiva, habiendo permanecido ayuna la litis respecto de tan particular extremo, no habiéndose aportado prueba alguna al respecto.

La resolución de instancia, a la hora de justificar el despido, argumenta sobre la base de la libre designación que ampara a la empresa, pero ello no implica que la libre designación no pueda ser, por sí misma, discriminatoria, pues esta libertad de criterio no puede dar acogida a un resultado vulnerador de derechos fundamentales. En la presente litis, la apariencia de opción por un criterio neutro, como es la libre elección de los trabajadores que pierden su empleo, entre los que se enmarca el despido del actor, en virtud de una causa económica y de producción afectante a la plantilla, conduce a aquel resultado prohibido por el ordenamiento, a falta de la acreditación de otra razonable, necesaria y adecuada, acorde al derecho fundamental que es objeto de protección, con criterios objetivos, no relacionados con la garantía de indemnidad del trabajador despedido.

Consecuentemente con lo hasta aquí razonado el motivo debe de merecer favorable acogida, ya que se considera que la opción que mejor garantiza la efectiva tutela judicial del trabajador despedido en el particular supuesto enjuiciado es la de declarar la nulidad del litigioso, conforme imponen los preceptos 55.6 del Estatuto de los Trabajadores y 113 de la L.R.J.S., con los efectos previstos en aquellos textos legales, sirviendo de referencia para el abono de los salarios de trámite la cifra de 48,75 euros diarios (FJ. sexto).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Eloy contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo, de 13 de julio de 2012, en los autos núm. 551/2012 seguidos a su instancia contra la empresa "ALQUI S.L.", y en su consecuencia, previa la revocación de la resolución impugnada, declaramos nula la decisión de la empresa de extinguir por causas económicas el contrato de trabajo del actor-recurrente, la condenamos a su inmediata readmisión en su puesto de trabajo y al pago de los salarios de tramitación dejados de percibir desde el 25 de mayo de 2012, fecha del despido, hasta la fecha de notificación de la presente sentencia, por importe 48,75 euros día. Sin costas.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del Art. 221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

En cumplimiento de los Arts. 229 y 230 de la LRJS, si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el **depósito** para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y



debiendo indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "37 Social Casación Ley 36-2011". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Están exentos de la obligación de constituir el depósito el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Asimismo, en materia de Seguridad Social, si la recurrente fuere la Mutua u otra parte obligada al pago de prestaciones o de recargo por falta de medidas de seguridad, debe **ingresar en la Tesorería** General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que fue condenada con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso; dicho ingreso ha de efectuarse en el plazo de cinco días desde que sea requerida por esta Sala.

Cuando no proceda el ingreso del capital coste o del importe de la prestación el condenado debe **consignar** la cantidad de condena -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social-, en la citada cuenta, y por separado del depósito citado, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

De esta consignación están exentos los antes citados como exentos de constituir el depósito.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.