



Roj: **STSJ AS 4525/2012 - ECLI: ES:TSJAS:2012:4525**

Id Cendoj: **33044340012012102983**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2012**

Nº de Recurso: **2150/2012**

Nº de Resolución: **3010/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 03010/2012

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 0102187

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002150 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: CONCURSO ABREVIADO 0000060 /2012 JDO. DE LO MERCANTIL nº 001 de GIJON

Recurrente/s: Geronimo , Serafina

Abogado/a: CARLOS MEANA SUAREZ

Recurrido/s: GILBERTO (ADM. CONCURSAL DE SANCHEZ FUEYO SL) MAIRE FERNANDEZ, SANCHEZ FUEYO, S.L.

Abogado/a: GILBERTO MAIRE FERNANDEZ, VERONICA COFIÑO GARCIA

Sentencia nº 3010/12

En OVIEDO, a veintitrés de Noviembre de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los lltmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS, D^a. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE 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 0002150/2012, formalizado por el letrado D. CARLOS MEANA SUAREZ, en nombre y representación de Geronimo , Serafina , contra el auto dictado por JDO. DE LO MERCANTIL N.3 de GIJON en la pieza separada de EXTINCION COLECTIVA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO, dimanante del procedimiento CONCURSO ABREVIADO 0000060/2012, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en la pieza separada de Extinción colectiva de contratos de trabajo del mencionado Juzgado, se dictó auto de fecha 18 de Junio de 2012 en el que se autoriza la extinción colectiva de los contratos de trabajo de la concursada reseñados en el Hecho 3º de esta resolución, debiendo fijarse la indemnización prevista en el art.51.8 consistente en 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de 12 mensualidades. Las indemnizaciones que resulten tendrán la consideración de crédito contra la masa (art.84.2.5ºLC) y se entenderán comunicados y reconocidos por esta resolución. Esta resolución producirá los mismos efectos que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo, dictándose auto de aclaración de fecha 3 de Julio de 2012 en donde se fija la indemnización a Alfonso en la cantidad de 19.417,20.

SEGUNDO: En el mencionado auto y como hechos declarados probados figuran los siguientes:

1º.- El deudor Sánchez Fueyo S.L., fue declarado en concurso de acreedores por auto de fecha 2 de marzo de 2012.

2º.- El procedimiento concursal se encuentra actualmente en fase de liquidación.

3º.- Los trabajadores afectados por las medidas solicitadas y sus circunstancias laborales son las siguientes:

NO MBRE Y APELLIDO D.N.I. CATEGORIA ANTIGÜEDAD SALARIO DIARIO INDEMNIZACION CALCULADA
18/06/2012

Geronimo NUM000 PROFESOR 28/1/85 52,53 18.910,08

Alfonso NUM001 PROFESOR 15/10/1979 53,94 17.417,20

Flor NUM002 OFICIAL ADMINISTRATIVO 20/3/1989 43,37 15.614,04

Ramona NUM003 OFICIAL ADMINISTRATIVO 2/9/1998 40,25 11.129,22

Jose Enrique NUM004 PROFESOR 5/5/1994 48,29 17.385,12

Serafina NUM005 OFICIAL ADMINISTRATIVO 23/6/2006 37,13 4.465,81

TERCERO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Geronimo Y Serafina formalizándolo posteriormente. Tal recurso objeto de impugnación por la contraparte.

CUARTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 12 de septiembre de 2012.

QUINTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 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.- La representación letrada de los demandantes interpone recurso contra el auto dictado por el Juzgado de lo mercantil nº3 de Gijón por el que se autoriza el expediente de regulación de empleo planteado por la administración concursal y al efecto formula un primer motivo de suplicación en el que a través del art.193 a) LRJS solicita la nulidad de actuaciones alegando que en la providencia del f.88 se acuerda no incorporar a los autos una serie de documentos en los que se discutía y denegaba la existencia de causas económicas que justificasen la extinción de los contratos de los actores, documentos que guardaban relación con el objeto del expediente laboral y sin dicha documentación estima que no se puede pedir la modificación de los hechos probados del auto que se impugna y ello impide que se revoque este, de modo que la inadmisión de dicha prueba infringe el art.87 y el 90 de LRJS así como los arts.299-1-3 , y 324 y 325 de LEC .



El motivo no prospera por cuanto la providencia de 31 de mayo (f.88) en la que se denegaba la aportación de los documentos de referencia adquirió firmeza al no ser recurrida en reposición tal como se indicaba al pie de la misma y en todo caso señala con acierto el escrito de impugnación que la alegada nulidad de actuaciones debió promoverse ante el Juzgado de lo Mercantil en el plazo previsto al efecto en el art.228 LEC .

SEGUNDO.- El recurso también solicita la nulidad de actuaciones por el hecho de que para formalizar el recurso solo se les ha dado traslado del denominado expediente laboral compuesto de 118 folios con cuyo expediente estima que es imposible formular el recurso cumpliendo los requisitos de la LRJS y al respecto cabe decir que declaración de nulidad de actuaciones representa una medida extraordinaria o de último grado que por razones de economía procesal ligadas al interés público del procedimiento y al principio de tutela judicial efectiva consagrado por el art.24 de la Constitución , únicamente debe acordarse en supuestos excepcionales cuando como consecuencia del defecto sea prácticamente imposible la correcta decisión del problema debatido o se originen situaciones de indefensión para las partes lo que no se da en el presente caso desde el momento en que los trabajadores estaban personados en el procedimiento concursal por lo que tenían acceso a la totalidad del mismo y no solo al expediente laboral y de otro lado y al igual que en el motivo anterior no consta que interpusieran recurso de reposición contra la diligencia de entrega de los autos de ahí que el motivo resulte inatendible.

TERCERO.- Al amparo del art.193 c) LRJS denuncia la indebida aplicación del art.64 de la ley 22/03 de 9 de julio , Ley Concursal, y en concreto su apartado 3, alegando al efecto que del expediente facilitado a los recurrentes no se desprende que se haya emitido el informe de la administración concursal previsto en el mismo ni que se haya justificado su omisión, pretensión que no prospera ya que en el escrito de la administración concursal de 30 de mayo consta que la empresa es absolutamente inviable lo que justifica la adopción de la medida de extinción colectiva de los contratos de trabajo, sin que se emita el informe de referencia.

CUARTO.- Denuncia asimismo la infracción del apartado 4 puesto que de la documentación facilitada no se justifican las causas que motivan la extinción de los contratos ni se acompañan los documentos necesarios para su acreditación y del quinto porque no consta que se haya celebrado ninguna consulta en el expediente ni aparece acta alguna, constando al f.50 un escrito del administrador del concurso en el que se dice que ha finalizado el periodo de consultas sin acuerdo, sin que este hubiera empezado y al solicitar el juez (f.52) que aporte las actas le contesta aportando una serie de documentos pero sin aportar las actas y al respecto sostiene que se presentaron escritos que obran a los f.58, 84 y 85 haciendo constar que no se ha celebrado periodo de consulta alguno e insiste finalmente en que no habido reunión alguna al dar por hecho la administración concursal que no se llegaría a ningún acuerdo.

Al respecto procede decir que el art.51.2 ET , en la redacción dada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, regula los requisitos del despido colectivo, estableciendo al respecto que el despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, 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, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad y que transcurrido el período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo".

Constan en los autos los siguientes datos de interés en orden a la resolución del recurso. 1) Con fecha 19 de marzo el Juzgado de lo mercantil acuerda admitir a tramite la solicitud de la empresa concursada y del administrador concursal tendente a la extinción de carácter colectivo de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla compuesta de seis trabajadores y convoca a las partes al periodo de consultas cuya duración no será superior a quince días naturales.

2)Por providencia de 23 de abril el juzgado pone en conocimiento del administrador concursal que consta en autos el emplazamiento de todos los trabajadores afectados por el ERE así como su personación y que el periodo de consultas se computa desde el 18 de abril fecha del último emplazamiento.

3) El administrador concursal presenta escrito el 7 de mayo en el que pone de manifiesto la finalización del periodo de consultas sin acuerdo, recayendo providencia del día nueve en la que se acuerda requerirle para que aporte a los autos las actas de las reuniones celebradas entre las partes implicadas en el expediente laboral.

4) El administrador contesta haciendo referencia a una reunión habida el 28 de marzo con la totalidad de los trabajadores que entendían que no concurrían las causas económicas y productivas siendo viable la empresa e insiste en que finalizo el periodo de consultas sin acuerdo entre las partes.



Pues bien de lo expuesto resulta que tal como alegan los trabajadores no ha habido aquí período de consultas por lo que se impone acoger su recurso sin necesidad de examinar los restantes motivos del mismo. Y al efecto la reforma introducida en la Ley 3/2012 respecto al contenido del RDL 3/2012 en este extremo preceptúa que " *Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida* ", que " *La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva* " y que " *La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta Ley* " (art.124.11 LRJS).

El no obstante en el recurso se esta impugnando un despido colectivo iniciado el día 15 de marzo de 2012, fecha en que estaba vigente el Real Decreto Ley 3/2012 y, por ello, afectado por el mismo, toda vez que su Disposición Transitoria Décima prevé que se aplicará la normativa anterior a los expedientes de regulación de empleo que estuvieran ya en tramitación al momento de su entrada en vigor, lo que significa que a los nuevos expedientes, como el presente, se les aplicará la normativa vigente al momento de su inicio, esto es, el Real Decreto Ley 3/2012, dado que el expediente se inició en mayo de 2012.

Esta norma dio una nueva redacción al artículo 124 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social - LRJS-, de modo que su apartado 9 contenía la previsión de declaración de nulidad de los despidos colectivos realizados con vulneración de lo previsto en el art.51-2 ET en cuanto a la celebración de un periodo de consultas entre otras causas. Ahora bien, esta norma no contemplaba para la declaración de nulidad del despido colectivo concreto efecto alguno. Todo ello a diferencia de la actual y vigente redacción del citado artículo 124.11 LRJS, transcrito mas arriba, de modo que a partir de la Ley 3/2012 la declaración de nulidad del despido colectivo conlleva el tradicional efecto de readmisión de las personas trabajadoras afectadas por la decisión empresarial y el abono de los salarios dejados de percibir y siendo ello así la Sala no puede realizar más que la declaración de nulidad. Ahora bien, todo ello lo es sin perjuicio de lo que pueda decidirse en las demandas individuales que las personas trabajadoras concretamente afectadas por el despido colectivo hayan interpuesto ya o tengan intención de hacerlo, según prevé el artículo 124.11 LRJS.

Éste es el criterio de la Sala del País Vasco en sentencia de 9 de octubre de 2012 en interpretación de la normativa indicada, que esta sala comparte.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Se estima el recurso formulado por la representación letrada de los trabajadores Geronimo y Serafina contra el auto dictado el 18 de junio de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Gijón en procedimiento de concurso de acreedores 60/12, en el que se autorizaba la extinción colectiva de los contratos de trabajo de la empresa Sánchez Fueyo SL, que se revoca en el sentido de declarar la nulidad de la decisión extintiva, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración.

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 apercebimientos en él contenidos.

En cumplimiento del Art.229 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 TSJA 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.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ