



Roj: **STS 3041/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3041**

Id Cendoj: **28079140012018100693**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2018**

Nº de Recurso: **3188/2016**

Nº de Resolución: **728/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3188/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 728/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 10 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Luján de Frias, en nombre y representación de D.^a Celsa , contra la sentencia dictada el 13 de julio de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 570/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, de fecha 11 de febrero de 2016 , recaída en autos núm. 581/2015, seguidos a instancia de D.^a Celsa frente a Caixabank S.A. y Barclays Bank SA., sobre despido.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, Caixabank S.A. y Barclays Bank SA. representadas por la letrada Sra. Godino Reyes.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de febrero de 2016 el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid, dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.-Que la actora D.^a Celsa prestaba servicios para Barclays Bank SA desde 5.12.2006, desempeñando funciones de Recoveries Operation y percibiendo un salario bruto anual de 27.103,14 € lo que arroja un bruto mensual de 2.258,59 € con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias.



SEGUNDO.-La actora estaba afecta a Servicios Centrales de la citada Entidad financiera, Departamento de Procesos Especiales de Recuperación. TERCERO.-La empresa Barclays Bank SA, se constituyó por tiempo indefinido con la denominación de Banco de Medina SA en 1946.- En 2003 BBSA, procedió a la adquisición del 100% de las acciones de Banco Zaragozano SA. El 1 de septiembre de 2014, la matriz Barclays Bank PLC, como socio único, comunicó a la CNMV la suscripción de un contrato de compraventa con Caixabank SA, para la transmisión a ésta del 100% de las acciones de BBSA. El 2 de enero de 2015, una vez obtenidas las autorizaciones administrativas pertinentes, el Grupo Caixabank anunció la formalización de la adquisición de la totalidad del capital social de BBSA. El 14.04.2015 se suscribió Acuerdo Laboral de integración por el que la plantilla de BBSA era subrogada por Caixabank. La fusión de ambas por absorción fue el 14.05.2015.- La plantilla de la sociedad antes del ERE era de 2.250 empleados; tras el ERE la plantilla pasó a 1.278 empleados. Hubo 29 empleados excluidos del ámbito de afectación del despido.

CUARTO.-En fecha 2.01.2015, la empresa BBSA formula comunicaciones anunciando su intención de iniciar el expediente extintivo, en la misma comunicación les informa de las formas y condiciones conforme a las cuales se debe formar la única comisión representativa.- En fecha 12 de enero de 2015, se da por iniciado el período previo y limitado en el tiempo a que hace referencia la Disposición Adicional Segunda del Convenio Colectivo de Banca . En esa reunión, la representación de los trabajadores manifiesta que las Secciones Sindicales de CCOO y UGT, han acordado atribuirse la representación prioritaria que les otorga la Ley y convertirse en los interlocutores ante la dirección de la empresa en la negociación del proceso de despido Colectivo, a su vez, señalan que la composición de la comisión negociadora será de 12 miembros, 6 por cada formación sindical, acorde con la representación del 50% de cada sindicato.- En fecha 26 de enero de 2015, se inicia el período de consultas, y queda constituida la comisión negociadora. Por la parte social, se designa a los integrantes en los términos y condiciones anunciados en fecha 12 de enero de 2015.

QUINTO.-Que en relación con el contenido de la comunicación presentada ante la Dirección General de Empleo en fecha 26 de enero de 2015, se constatan los siguientes extremos: - En cuanto a la especificación de la causa, en la comunicación la empresa invoca causa económica, productiva y de organización.- A fin de acreditar tales motivos, la empresa aporta: - Memoria explicativa de las causas.- Informe técnico económico elaborado por "Equipo económico".- Balance, cuentas anuales, informe de gestión e informe de auditoría de los ejercicios 2012 y 2013 de BARCLAYS BANK SAU.- Balance y cuentas anuales e informe de gestión consolidadas de los ejercicios 2012 y 2013 auditadas, del Grupo Barclays Bank SAU y sus Entidades Participadas.- Balance, Cuenta de pérdidas y ganancias, Estado de flujo de efectivo, Estado de ingresos y gastos, Estado total de cambios en el patrimonio neto provisionales individuales y consolidadas a 31 de diciembre de 2014, firmadas.- Cuentas trimestrales 2013-2014.- Impuesto de sociedades de los ejercicios 2012 y 2013 tanto consolidados como individuales de BARCLAYS BANK, PLC SUC ESPAÑA (empresa matriz domiciliada en Londres) y BARCLAYS BANK SAU.- En la memoria de las cuentas anuales del ejercicio 2013, Barclays Bank SAU es la entidad dominante de un grupo de entidades participadas que forman el grupo consolidado de Barclays Bank SAU y sus entidades participadas. En consecuencia la entidad se encuentra obligada a formular, adicionalmente a las cuentas individuales, cuentas anuales consolidadas del grupo.- A la Comisión negociadora de la parte social, les fue entregada en tiempo y forma la documentación relacionada, considerando que la misma es suficiente y adecuada para acreditar las causas que la empresa invoca en la memoria explicativa.- En cuanto a los trabajadores afectados, el número de potencialmente afectados asciende a un total de 1.120 trabajadores (número reducido a 975 tras las negociaciones). La empresa aporta número y clasificación profesional de los afectados por centro de trabajo, provincia y CCAA.- La empresa también aporta información sobre número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, desglosando centro de trabajo, provincia y CCAA.- En cuanto a la aplicación de la medida, la empresa recoge en la comunicación inicial que pretende proceder a la aplicación de la medida, desde el día siguiente a la finalización del período legal de consultas, hasta el 31 de diciembre de 2015 para las extinciones, sin perjuicio de las fechas que para el resto de las medidas se puedan establecer en cada una de ellas.- En cuanto a los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados la empresa los expone en la comunicación inicial, si bien posteriormente se perfilan durante las negociaciones, recogiéndose en el acuerdo.- Plan de Recolocación Externo con entidad autorizada.

SEXTO.-Que durante el período de consultas oficial, iniciado el 26 de enero de 2015, se celebraron un total de 9 reuniones, los días, 26 y 29 de enero, 3, 5, 12, 17, 19, 24 y 25 de febrero, finalizando en ésta última fecha "con acuerdo".- De las reuniones mantenidas se levantaron actas firmadas por todas las partes.- En el acta de la reunión de fecha 17 de febrero de 2015, se aporta el borrador de las cuentas anuales completas cerradas a 31 de diciembre de 2014, individuales y consolidadas y que según manifestaciones de ambas partes no varían prácticamente las inicialmente entregadas como provisionales.- Según el contenido de las actas de las reuniones, el período de consultas se desarrolló sin incidencias y bajo el principio de buena fe, obteniendo



la parte social toda la información y aclaraciones que solicitaban. Durante las negociaciones ambas partes formularon numerosas propuestas en aras de alcanzar un acuerdo.

SÉPTIMO.-En relación al contenido del Acuerdo, cabe destacar: - Primero: Se consideran acreditadas las causas justificativas del despido en los términos de la memoria explicativa e informe económico. Asimismo se reconoce la buena fe en la negociación.- Segundo: Tras fijarse qué se entiende por "salario regulador" a efectos de fijar indemnizaciones, se fija el número de afectados por el despido colectivo en un total de 975 trabajadores, reduciéndose así en 145, quedan excluidos de la afectación un colectivo de trabajadores por sus funciones y que se relacionan en un anexo.- El plazo de ejecución de medidas se extiende hasta el 31 de diciembre de 2015. Como "plan social" se recogen las siguientes medidas: - Priorizar el criterio de la voluntariedad en la adopción de las distintas medidas.- Favorecer la recolocación de los trabajadores en otras empresas del grupo, o ajenas al mismo. - Facilitar la movilidad interna en el propio banco mediante movimientos de plantilla entre servicios centrales y Red. - Establecer cauces que permitan a trabajadores con edad cercana a la jubilación contar con una cobertura compensatoria suficiente. - Mejorar las indemnizaciones legales.- Criterios de afectación.- En cuanto a los criterios de afectación recogidos en el acuerdo, se mantiene la prioridad de la voluntariedad, procediéndose a extinciones forzosas en el caso de no alcanzarse la cifra de 975 desvinculaciones.- Se fijan tres colectivos de trabajadores potencialmente afectados, en función de su edad: A, B ó C, (siendo los del colectivo "A" los de mayor edad) y años de servicio.- Medidas de acogimiento voluntario.- Incluirían por un lado medidas de extinción indemnizadas y distintas medidas de recolocación según el colectivo.- Extinción indemnizada directa.- Los empleados del colectivo A, que se acojan a ésta medida así como los de los colectivos B y C que se acojan a la misma y no lo hagan simultáneamente además a alguna de las medidas de recolocación causarán baja por despido, en la fecha que determine el banco.- Las indemnizaciones pactadas, dentro del colectivo "A" varían desde el 75% del salario neto hasta el 90% del mismo fijándose unos topes indemnizatorios, garantizándose siempre el importe de la indemnización legal.- La empresa asume el compromiso de la aportación al Convenio Especial de éste colectivo hasta que el afectado cumpla 63 años de edad.- Se regula en el acuerdo las situaciones de compatibilidad de éste convenio especial con prestación de servicios por cuenta propia o cuenta ajena.- Para el colectivo "B", se fija una indemnización de 38 días de salario regulador por año de servicio, se establece adicionalmente el pago de unas primas en función de la antigüedad en el banco y que oscilan entre los 10.000 y los 30.000 euros. Además de la anterior se fija otra prima adicional de 1.000 euros brutos por año de antigüedad, no pudiendo ascender el importe total de 250.000 euros.- Se fija una prima única de 60.000 euros brutos, respetándose siempre como mínimo la indemnización legal.- Se establece finalmente un importe mínimo de indemnización para los trabajadores de este colectivo que opten por la baja directa de 3 anualidades de salario regulador y acrediten un mínimo de 10 años completos de antigüedad en el banco.- Por último, para el colectivo "C", se fijan indemnizaciones de 38 días de salario regulador por año de servicio, se fijan igualmente primas adicionales de hasta 30.000 euros, según antigüedad, además de una prima adicional por antigüedad de 1.000 euros por año, con tope total de 250.000 euros.- Se establece para ellos un importe mínimo de indemnización si optan por la baja directa que se cifra en 65.000 euros.- Medidas sociales de recolocación.- Solo para los colectivos "B" y "C", se establecen dos tipos de recolocaciones: Recolocación en empresas del grupo CaixaBank, participadas o en empresas vinculadas al Grupo y Excedencia especial e incorporación a CaixaBank. Asimismo un programa de Recolocación Garantizada.- Tercero: Que de no alcanzarse el número de 975 extinciones mediante la aplicación de medidas voluntarias, se procederá a la aplicación de medidas de extinción forzosa del contrato, atendiendo a los siguientes criterios de afectación, pactados por las partes: 1. Afectación del colectivo A: Se afectará a los empleados de tal colectivo incluidos en el ámbito de aplicación del despido, la empresa podrá decidir no afectar a un número máximo de 45 empleados, por motivos organizativos, comerciales o por motivos estratégicos.- 2. Distribución del excedente de plantilla según segmentación, según se detalla en el informe técnico, en la memoria y en la comunicación de inicio del período de consultas.- 3. Criterio de adecuación del perfil profesional dentro de cada segmento, (también aquí se remite a la documentación inicial).- 4. Criterio social, se excluye de la aplicación de la medida de extinción forzosa a los siguientes colectivos: empleados nacidos en los años 1965 y 1964, trabajadores con discapacidad reconocida igual o superior al 33% o con hijos discapacitados, víctimas de violencia de género, supuestos de matrimonio o pareja de hecho cuando ambos sean empleados del Banco.- Los empleados del colectivo A afectados por la extinción forzosa percibirán indemnizaciones en los términos ya recogidos. El resto de empleados afectados percibirán una indemnización de 30 días de salario por año con límite de 22 mensualidades. Tal cifra no podrá ser superior a 250.000 euros garantizándose siempre la indemnización legal.- Cuarto: Se establece asimismo un Plan de Recolocación Externa para los afectados que no se hayan podido recolocar en empresas del grupo o bien no hayan sido admitidos en el Plan de Recolocación Garantizada; suscripción de un Convenio Especial para trabajadores que tengan 55 o más años de edad sin cotizaciones anteriores a 1.01.1967.- Por último constitución de una Comisión de Seguimiento. En este sentido, es importante destacar, que en Acta de reunión de fecha 16.04.2015 de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Laboral de Reestructuración de



BBSA anterior, se recoge que la empresa aplicará los criterios de afectación y de prelación descritos en la memoria, comunicación el inicio del periodo de consultas y el acuerdo de 25.02.2015, de forma más concreta, para el personal en Red, fuera de Madrid y Barcelona, se aplicarán los criterios de perfil profesional, valorando experiencia profesional, evaluación del desempeño de los últimos tres ejercicios y capacidad y competencias comerciales.

OCTAVO.-Por carta de 28.04.2015 y efectos de esa fecha la actora recibe comunicación de despido objetivo como resultado del reseñado ERE y Acuerdo de 28.02.2015.- Obra incorporada a las actuaciones y se reproduce. La actora percibió la indemnización establecida en la carta de 18.712,30 €.

NOVENO.-La actora está afectada al grupo de extinciones forzosas reseñadas en el citado Acuerdo. Por adscripciones voluntarias se produjeron 861 y forzosas 114. Respecto a este grupo fueron afectados 14 trabajadores del colectivo A, no afectándose a 8 empleados (de un máximo de 45 autorizado en el acuerdo) por criterios organizativos, comerciales o bien por ocupar dichos empleados posiciones consideradas estratégicas por la Entidad o críticas, procede aplicar 100 extinciones a empleados pertenecientes a los colectivos B y C.- En concreto y respecto a los trabajadores pertenecientes a Servicios Centrales, la plantilla total era de 721, de los cuales el excedente se situaba en la comunicación de inicio en 641 (el 90% de los SSCC), dejando 80 puestos críticos. Tras la negociación, se pacta que sean 113 en lugar de 80, incrementando el número de puestos críticos y necesarios. Del total de los 721 -que finalmente se quedaron en 703-, 493 causaron baja por adhesión voluntaria, 5 del Colectivo A por afectación forzosa, 77 estaban excluidos por estar en el "criterio social". Eso supuso afectar a 16 empleados de SSCC que no estaban en ninguna de las posiciones necesarias como forzosas.- La actora es administrativo de riesgos irregulares en el Departamento de Procesos Especiales de recuperación, donde se fija que debe quedarse una persona de 6.- El compañero de la actora que no fue afectado al ERE, Sr Luis María , consta con mejor evaluación en los últimos tres años y mayor antigüedad.

DÉCIMO.-A este respecto, indicar que los criterios de selección aportados por la empresa en su memoria, debatidos en el proceso de negociación y recogidos en el Acuerdo se basaban en un triple parámetro: 1. Experiencia profesional.- 2. Polivalencia funcional.- 3. Idoneidad de capacidades y competencias.- Con relación al desempeño, que se evalúa en los tres últimos ejercicios.- En el Acuerdo se concretan en el siguiente sentido:- 1. Afectación de empleados comprendidos en el colectivo A.- Considerando las particularidades de este colectivo, las partes han establecido un esquema de desvinculación específico para estos empleados que comprende condiciones claramente orientadas a minimizar los efectos de la pérdida de su empleo, con la finalidad de acercarlos a la jubilación.- En este contexto, se afectará a los empleados del colectivo A incluidos en el ámbito de aplicación del presente despido colectivo. No obstante, con la finalidad de preservar la continuidad del negocio, y considerando el volumen de empleados incluidos en este colectivo, la empresa podrá decidir no afectar a un número máximo de 45 empleados, por motivos organizativos, comerciales o bien por ocupar dichos empleados posiciones consideradas estratégicas por la Entidad o críticas tanto en SS.CC., como en la Red, según proceda.- 2. Distribución del excedente de plantilla según segmentación (SS.CC. / Red Madrid / Red Cataluña / Red resto de España): según detallado en el Informe Técnico, en la Memoria Jurídica y en la comunicación de inicio del periodo de consultas.- No obstante lo anterior, las partes convienen que, teniendo en cuenta el excedente global que ha motivado el presente expediente de despido colectivo, con independencia de su adscripción a los distintos segmentos, es prioritario alcanzar el número total de 975 extinciones.- En consecuencia, el criterio de afectación por segmentación se aplicará partiendo del excedente identificado inicialmente en el Informe Técnico y la Memoria, si bien, en todo caso, la empresa podrá realizar los reajustes que sean necesarios, teniendo en cuenta (i) el número final de afectados (que supone una reducción de 145 personas respecto al inicialmente identificado), (ii) la afectación voluntaria que resulte del proceso de adscripción a las medidas acordadas, (iii) los empleados excluidos de la afectación forzosa según criterios más adelante establecidos, (iv) las medidas de movilidad funcional y/o movilidad geográfica, así como (v) cualquier otra circunstancia que tenga incidencia en la distribución del excedente inicialmente identificado. Todo ello con el objetivo de hacer efectivas las 975 desvinculaciones, finalidad ésta que las partes reconocen como necesaria y prioritaria.- 3. Criterio de adecuación del perfil profesional dentro de cada segmento: detallada en Memoria, Informe Técnico y Comunicación de inicio del periodo de consultas.- En todo caso, las herramientas de evaluación que se utilicen para valorar la adecuación de perfil profesional se adaptarán a cada segmento, así como a las competencias concretas que deban evaluarse conforme al rol efectivamente desempeñado.- 4. Criterio social: no podrán ser objeto de aplicación de dicha medida forzosa aquellos empleados en que concurra alguna de las siguientes circunstancias, al haber considerado las partes que son colectivos a proteger en mayor medida: - Empleados nacidos en los años 1965 y 1964.- Quienes padezcan una discapacidad reconocida igual o superior al 33%, acreditada antes del 2 de enero de 2015.- Quienes tengan hijos que padezcan una discapacidad reconocida igual o superior al 33% acreditada antes del 2 de enero de 2015.- Quienes acrediten ser víctimas de violencia de género.- Cuando dos miembros de



un matrimonio o pareja de hecho sean empleados del Banco, uno de los dos, siempre que dicho matrimonio o pareja de hecho acrediten su constitución con anterioridad al 2 de enero de 2015.- Los empleados del colectivo A afectados por la medida de extinción forzosa de su contrato percibirán las indemnizaciones que, para estos empleados, se han detallado en el apartado I (extinción indemnizada directa), y se aplicarán las condiciones de desvinculación allí establecidas.- El resto de empleados afectados por la medida de extinción forzosa, percibirán una indemnización bruta de 30 días de salario por año de servicio con el límite de 22 mensualidades. La cifra final resultante no podrá ser superior a 250.000 euros brutos, salvo que la indemnización legal por despido colectivo exceda de tal importe, cuya percepción mínima en todo caso estará garantizada.- UNDÉCIMO.-Que en relación a la adscripción forzosa, al no llegar la voluntaria al cupo según los criterios expuestos, la empresa a efectos de la selección de los trabajadores afectados a este tipo de adscripción, contrató a la empresa Right Management para la correspondiente evaluación y selección, la cual conforme a los criterios MPA (Máster Persons Analysis) que se detallan en el documento 9 aportado por la empresa (el mismo se reproduce), dada la complejidad de la fórmula de utilización se estableció una nota de corte de 60,41.- Consta respecto a la actora que el resultado de su evaluación fue de 46% (véase doc 8 de la empresa).- El sistema de selección y bajo los criterios expuestos se realizó por la empresa Right Management en base a un listado proporcionado por BBSA de las 1.543 personas pertenecientes a la Red y en base a las puntuaciones de las diferentes piezas consideradas y a las ponderaciones establecidas para toda la plantilla, de estas 1.543 personas: - 658 son hombres.- 885 son mujeres, con el siguiente desglose: Desafectadas, 123.- Bajas voluntarias, 207.- Vetos, 10.- Puntuaciones superiores a la puntuación de corte, 487.- Puntuaciones inferiores a la puntuación de corte, 58.- Significar que su compañero de la Sección y que no resultó afecto (Sr Luis María) presentó una evaluación del 88%, en este sentido documentos 10 y 11 de la demandada.

DUODÉCIMO.-Que en el transcurso de los nueve días del periodo de adhesión voluntaria, concretamente el 4.03.2015, la actora remite correo a la empresa indicado que tiene un hijo de cinco años de edad afectado de la enfermedad de Legg-Calve-Perthes, diagnóstico establecido en el año 2013, y desde entonces está siendo tratado.- A pesar de la buena evolución radiográfica, el niño presenta cuadros de dolor y cojera repetitivos por lo que puede precisar reposo relativo y la toma de antiinflamatorios. Durante los años 2013, 2014 y 2015 ha presentado una mejoría radiográfica del proceso.- Sigue tratamiento en el Hospital Infantil del DIRECCION000 , teniendo establecido un grado de discapacidad del 10% por la Comunidad de Madrid.- Asimismo la actora gozaba de reducción de jornada por cuidado de hijo desde 1.11.2013.

DECIMOTERCERO.-Respecto a las causas económicas, organizativas y productivas motivadoras del ERE, damos íntegramente reproducidas las que constan en la Memoria Explicativa aportada por la empresa, reproducidas en la carta de despido y asimismo adveradas en el informe de la Inspección de Trabajo; igualmente en el citado Informe se constata la legalidad del procedimiento formal llevado a cabo, y la ratificación del Acuerdo suscrito por todas las partes sin que conste coacción, dolo o vicio de consentimiento.- Asimismo por el informe pericial que consta al documento 5 aportado por la demandada y ratificado en la vista oral.

DECIMOCUARTO.-Que las empresas demandadas están afectas al Convenio Colectivo de la Banca.

DECIMOQUINTO.-Que se ha intentado la preceptiva conciliación ante el SMAC.».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Que desestimando como desestimo la demanda de despido formulada por D^a Celsa contra CAIXABANK SA y BARCLAYS BANK SA, debo absolver y absuelvo a las demandadas del petitum de la misma».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D^a Celsa , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 13 de julio de 2016, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Celsa contra la sentencia de fecha 11 de febrero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid , en autos nº 581/2015, seguidos a instancia de Celsa contra BARCLAYS BAN- S.A. y CAIXABAN-S.A., en reclamación por DESPIDO, confirmando la misma».

TERCERO.- Por la representación de D^a Celsa , se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 14 de octubre de 2013 (RSU 891/13).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 5 de mayo de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar no procedente la estimación del recurso.



SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de julio de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso .

1.- Objeto del recurso.

El escrito de preparación del recurso, como primer punto de contradicción, se cuestionaba si corresponde a la empresa acreditar, en supuestos de trabajadores especialmente protegidos, cómo aplica los criterios de selección y su valoración para lo cual señalaba como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, de 4 de diciembre de 2015 . Como segundo punto de contradicción se planteaba si los criterios de selección, del art. 51.2 e) ET han de quedar determinados y concretados, sin ambigüedad y sin generalidades, citando a tal fin una serie de sentencias, entre ellas la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 14 de octubre de 2013, rec. 891/2013 .

El escrito de interposición del recurso se centra solo en el segundo punto de contradicción, denunciando como preceptos normativos infringidos los artículos 51. 2 e), 51.4 y 52.1 a) del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el art. 124 a) 13 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Según dicha parte, los criterios de afectación recogidos en el Acuerdo alcanzado en el despido colectivo (experiencia profesional, polivalencia funcional, idoneidad de capacidades y competencias), son genéricos y ausentes de concreción referida a trabajadores afectados que les impide comprobar la adecuación de su inclusión en la relación de afectados y no detallan ni indican la puntuación obtenida por la trabajadora en relación a los mismos o circunstancias tenidas en cuenta a tal fin. La recurrente manifiesta que la empresa, tras el Acuerdo, encargó a una entidad externa la evaluación y selección de los trabajadores estableciendo una nota de corte de 60,41 sin que ello fuera negociado en el ERE, máxime cuando la demandante estaba con reducción de jornada, lo que revela un trato discriminatorio que invierte la carga de la prueba hacia la empresa. Además, alega preferencia sobre el compañero excluido del ERE. En definitiva, que se ha vulnerado el art. 51.2 ET porque en la carta no se expresa debidamente los criterios de selección de la trabajadora.

2.- Impugnación del recurso.

La parte recurrida ha impugnado el recurso alegando la falta de contradicción entre las sentencias contrastadas al ser diferentes los supuestos de hecho y los fundamentos sobre los que se emiten los respectivos fallos, así como por falta de contenido casacional no ajustarse lo pretendido en el recurso a los criterios jurisprudenciales, recogidos en la STS 659/2016, de 14 de julio . Además, señala que la parte recurrente está introduciendo en este recurso cuestiones novedosas que no fueron objeto ni en la demanda, ni en el recurso de suplicación, al alegar ahora cuestiones no tratadas entonces lo que, a su juicio, vulnera la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 CE y lo dispuesto en el art. 80.1 c) y 87.4 LRJS y 400 LEC

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso debe ser desestimado porque no existe contradicción de la sentencia recurrida con la de contraste, así como que las pretensiones de nulidad se amplan en distintas razones. Además, señala que en la sentencia recurrida no se analizó, por no estar planteada, la cuestión relativa a la ambigüedad de los criterios de selección.

SEGUNDO. -Sentencia recurrida .

1.- Debate en la instancia

La demanda de la que trae causa el presente recurso fue presentada por la trabajadora a la que le fue extinguida su relación laboral, en el marco de un despido colectivo. La impugnación de la extinción del contrato se amparaba en que la demandante debía estar considerada como trabajadora excluida del ERE al entender que le eran aplicables los criterios sociales, en virtud de los cuales quienes tuvieran un hijo discapacitado estaba fuera del despido colectivo. Esta circunstancia, según la demandante, era conocida por la empresa, mediante envío de un correo electrónico, de 4 de marzo de 2015 como la de que estaba con jornada especial reducida en virtud de las medidas de "emBARcate", impulsadas por la empresa. Es por ello que, según se dice en la demanda, el despido debía declararse improcedente. Y sigue diciendo "No obstante lo anterior, y dado que en el momento del despido me encontraba disfrutando de una reducción de jornada por guarda legal, el despido ha de ser declarado nulo, debiéndose proceder a mi inmediata readmisión, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores ". Esta petición la hacía con carácter principal respecto de la declaración de improcedencia, a tenor del suplico de la demanda.



La sentencia del Juzgado de lo Social recoge como hechos probados que el Acuerdo alcanzado en el despido colectivo, fijaba como criterios de afectación la prioridad de voluntariedad, procediéndose a extinciones forzosas en el caso de que no se alcanzase la cifra de 975 desvinculaciones. Se fijan tres colectivos potencialmente afectados en función de la edad (A, B y C) y años de servicios. En caso de no alcanzarse esa cifra, se adoptarían medidas de extinción forzosa atendiendo a los siguientes criterios de afectación pactados por las partes basados en la experiencia profesional, polivalencia funcional e idoneidad de capacidades y competencias, con relación al desempeño en los últimos tres ejercicios, concretados en los extremos que se especifican en el hecho probado décimo. Se constituyó una comisión de seguimiento que, el 16 de abril de 2015, en una reunión se indicó que la empresa aplicaría los criterios de afectación y prelación descritos en la memoria. La demandante fue despedida el 28 de abril de 2015. Estaba afecta al grupo de extinciones forzosas del Acuerdo. La demandante, como administrativo de riesgos irregulares, estaba en el Departamento de Procesos Especiales de recuperación donde se fijó que se quedaba una persona de cada 6. El compañero de la demandante que no estuvo afectado obtuvo una evaluación mejor en los últimos tres años y ostentaba mayor antigüedad. Durante el proceso de adhesiones voluntarias la demandante remitió un email a la empresa el 4 de marzo de 2015 en el que indicaba la situación que presentaba su hijo y que gozaba de una reducción de jornada desde el 1 de noviembre de 2013.

El Juez de lo Social dicta sentencia el 11 de febrero de 2016, en los autos 581/2015, desestimando la demanda, partiendo del contenido de la demanda y las razones que en ella se daban para oponerse a la medida extintiva que impugnaba. Así, el juez de lo social considera que la razón única y central de la demanda se centraba en la inaplicación a la demandante de los criterios sociales de exclusión. Y, respecto de este único extremo base de la demanda, considera que la actora no podía incluirse en ninguno de los supuestos que se allí se establecieron. Igualmente, indica la sentencia de instancia que en el acto de juicio se alegó discriminación respecto al colectivo afectado, principalmente mujeres que no admite porque no constaba en la demanda. Además, se dice que los criterios pactados -aunque poco concretos- se aplicaron por igual a todos los trabajadores y trabajadoras afectados por el despido. Finalmente, recalca respecto de los criterios sociales de exclusión, que en Servicios Centrales el ERE afectó al 90% y que en el Departamento de la actora solo quedó un trabajador, de mayor antigüedad y mejor puntuación o valoración.

Esta sentencia fue recurrida en suplicación por la demandante

2.- Debate en la suplicación.

El recurso de suplicación de la trabajadora, tal y como se dice en la sentencia recurrida, "alega infracción del artículo 53.4.b) del ET, aunque por error indica de la LRJS, y jurisprudencia que cita. En síntesis expone que había interesado la nulidad del despido por disfrutar de reducción de jornada por cuidado de hijo menor, porque debido a su situación se tenía que haber efectuado una justificación especial de porqué se extingue el contrato de la demandante y no de otro trabajador, sin que se haya cumplido un nivel de justificación especial porque la sentencia de basa en un certificado autoelaborado pocos días antes de la vista por una persona de la empresa que ni siquiera compareció al juicio para ratificarse en el mismo; que en la Memoria aparece dentro de Servicios Centrales el Departamento de Riesgos, que es en el que estaba encuadrada la actora y del que no existe comparativa alguna con el resto de compañeros pues la comparativa es solo con un compañero y las calificaciones se basan en simples certificados, sin adjuntar pruebas completas para poder comprobar la veracidad de dicho certificado; que no se le permite contrastar en base a que parámetros se conceden las puntuaciones.

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dicta sentencia el 13 de julio de 2016, en el recurso de suplicación 570/2016, en la que desestima el recurso diciendo que la demandante no puede incluirse en el criterio social de exclusión. Tampoco puede obtener la nulidad del despido por estar con reducción de jornada porque para ello sería necesario que la extinción no fuera procedente y, en relación con el recurso, que no hay indicio alguno del que obtener que su elección haya sido por estar ejercitado ese derecho de conciliación familiar. También rechaza que la actora tuviera preferencia sobre el único trabajador de su departamento que no se incluyó en el ERE.

TERCERO. -Cuestiones nuevas no suscitadas en suplicación .

A la vista de las alegaciones vertidas en los escritos de impugnación del recurso y en el informe del Ministerio Fiscal, es preciso analizar las causas de inadmisión que en ellos se invocan, dando preferencia a aquellas que, por su naturaleza, harían innecesario seguir analizando el recurso. Ello significa que debemos resolver si lo planteado en unificación de doctrina tiene la condición de cuestión nueva, sobre la que la sentencia recurrida no se ha podido pronunciar y, por ende, quedaría vacío de contenido cualquier análisis de contradicción sobre extremos no tratados en la sentencia aquí impugnada.



Esta Sala viene señalando que en este extraordinario recurso no es posible introducir cuestiones nuevas que no se hayan suscitado en suplicación ya que difícilmente puede examinarse la contradicción, que es elemento esencial de este recurso de unificación de doctrina, si la sentencia recurrida no basa su pronunciamiento en la cuestión que plantea quien recurre la misma. Así se ha dicho por esta Sala que "...el recurso debió inadmitirse en el trámite previsto en el artículo 225 de la LJS porque plantea cuestiones nuevas, Y porque ese planteamiento hace que no haya contradicción, al no haber sido analizados y resueltos esos temas por la sentencia recurrida..." "constituye jurisprudencia constante que la alegación de una cuestión nueva es incompatible con el carácter extraordinario que tiene el recurso de casación, y, concretamente, en la esfera del recurso de casación para la unificación de doctrina, hemos sostenido que (STS 5-11-1993; R. 3090/92 ; 7-5-1996, R. 3544/96 ; 17-2-1998, R. 812/97 ; 14-6-2001, R. 1992/00 ; 31-1-2004, R. 243/03 ; 13-2- 2008, R. 4348/06 ; 13-5- 2008, R. 1087/06 ; y 26-10-2009 , R. 2945, entre otras muchas) todo motivo formulado en este recurso, que no coincida con el recurso de suplicación, constituye una cuestión nueva, dado que la identidad, a efectos de la contradicción exigida en el art. 217 LPL , se produce a partir de la controversia en suplicación, en cuanto el término de referencia en el juicio de contradicción es una sentencia que al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente en el recurso de suplicación (TS 31-1-2004 , R. 243/03)" [STS 423/2018, de 19 de abril , y las que en ella se citan].

Pues bien, es evidente que en este caso la parte recurrente no solo alteró en vía de suplicación el debate que se suscitó en la instancia sino que, en lo que aquí interesa, en este momento procesal está introduciendo una cuestión que no fue planteada en vía de suplicación, tal y como han advertido la parte recurrida, con cita del art. 24.1 CE y demás preceptos procesales, como el Ministerio Fiscal.

En efecto, y como claramente se advierte en el escrito de preparación del recurso, la parte demandante indicaba que iba a centrar la casación para la unificación de doctrina en dos extremos: uno, sobre la carga de la prueba de la empresa de tener que justificar la elección de la demandante como afectada por el despido al estar la misma con reducción de jornada, y otro, relativo a la generalidad de los criterios de afectación pactados y su alcance en el contenido de la carta de extinción. En fase de interposición del recurso prescinde del primer punto de debate contradictorio y se centra en el segundo, referido a la generalidad de los criterios de selección de trabajadores afectados por el despido colectivo y su traslación a la comunicación de extinción del contrato de la demandante.

Así como el primer punto fue el que introdujo en el recurso de suplicación y la sentencia recurrida dio respuesta en el sentido que hemos indicado anteriormente, resulta que la sentencia recurrida para nada analiza el alcance de los criterios genéricos de afectación ni si los que se han aplicado en el despido colectivo tienen tal condición ni menos si la carta de despido es suficiente en ese extremo. La parte recurrente discrepaba en vía de suplicación de la prueba documental que la empresa había presentado para justificar la afectación de la demandante y no la de su compañero, pero nada razonó, ni podía hacerlo, sobre los criterios generales de afectación que no fueron alegados en la demanda como causa que pudiera dar lugar a la nulidad del despido, ya que en ella solo se discrepaba de no haber sido incluido dentro de los criterios sociales de exclusión, tal y como claramente señaló el juez de lo social, ni tampoco en el recurso de suplicación, que lo centró en otra cuestión vinculada a los criterios para elegir a la demandante con reducción de jornada sobre otros compañeros.

La parte actora ha ido construyendo sus causas de oposición al despido, para obtener su nulidad o improcedencia, introduciendo debates en las sucesivas fases de impugnación cuando no configuraban la base de su pretensión ni pudieron ser resueltas en las decisiones judiciales que combatía, olvidando que, no solo el recurso de suplicación, sino el que ahora nos ocupa, es un recurso extraordinario en el que las partes no pueden introducir cuestiones sobre las que el órgano judicial que emite la sentencia que se recurre no ha podido pronunciarse.

Y desde luego que el hecho de que la sentencia de instancia, que no la aquí recurrida, se haya referido, al hilo de otra cuestión y sin relevancia real, a los criterios de selección, tal mención se hace acompañada del resto de hechos probados y de todo ello el juez de instancia considero adecuada la valoración de la demandante como afectada por el despido colectivo, confirmando así la procedencia de la extinción de su contrato, no solo por no inclusión de la situación de la actora en los criterios sociales de exclusión, sino desde la novedosa alegación de discriminación por razón de sexo que la parte actora introdujo en el acto de juicio, tal y como también advirtió la sentencia de instancia. Pues bien, esa referencia del juez de lo social no implica que ahora dicha parte pueda tomarla para ahora desviar el debate hacia otra infracción -la del art 51.2 f) del ET , en relación con la carta de despido y su contenido- que tampoco en suplicación se denunció.

CUARTO.- Por todo lo razonado, ha de concluirse, que incurriendo el motivo que conforma el presente recurso en causa de inadmisión, que debió justificar su adopción en el trámite del art. 225 LRJS , procede ahora la desestimación del recurso, conforme a lo informado por el Ministerio Fiscal.



Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS , no procede la condena en costas.

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D^a Celsa , representada y defendida por el letrado Sr. Luján de Frias.

2º) Confirmar la sentencia dictada el 13 de julio de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 570/2016 interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de febrero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid , en autos nº 581/2015, seguidos a instancia de D^a Celsa frente a Caixabank S.A. y Barclays Bank SA., sobre despido.

3º) No procede la imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ