



Roj: **STSJ AND 8823/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:8823**

Id Cendoj: **41091340012019102105**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **25/09/2019**

Nº de Recurso: **2116/2018**

Nº de Resolución: **2237/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Sevilla, núm. 6, 25-10-2017, (proc. 383/2017),
STSJ AND 8823/2019**

Recurso nº 2116/2018-B Sent. Núm. 2237/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMOS. SRES.

D. EMILIO PALOMO BALDA

D. FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO

D. JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

En Sevilla, a 25 de septiembre de 2019.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 2237/2019

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Rodolfo contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de los de Sevilla, autos nº 383/17; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON EMILIO PALOMO BALDA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos, se presentó demanda por D. Rodolfo contra Instalaciones Inabensa S.A. y Fondo de Garantía Salarial, sobre contrato de trabajo, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 25 de octubre de 2017 por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" I.- Don Rodolfo viene prestando sus servicios para la empresa INSTALACIONES INABENSA S.A., con CIF nº A41694266, desde el 10 de diciembre de 2007, en virtud de relación laboral indefinida y con destino en el centro de trabajo Refinería La Rábida de Palos de la Frontera (Huelva) desde el año 2014 y un salario de 122,61 euros/día.



II.- En febrero de 2017 se comunica a los trabajadores la decisión adoptada por la empresa de suspender contratos de trabajo por causas objetiva de carácter colectivo por la concurrencia de causas económicas y productivas al amparo del art. 47 del Estatuto de los trabajadores, procediéndose a la apertura de periodo de consultas previo a la suspensión de contratos de trabajo de carácter colectivo y solicitud, a la representación legal de los trabajadores, del informe previsto en el art. 64.5 del citado texto legal. Dicho acuerdo, que fue comunicado a la autoridad laboral, es notificado a los representantes de los trabajadores y al actor, como miembro de la Comisión Negociadora.

III.- Tras la finalización del periodo de consultas, mediante carta de 22 de marzo de 2017, notificada el día 23 del mismo mes y año (folios 283 a 303), que se da íntegramente por reprochada, la empresa comunica al actor la suspensión de su contrato con fecha de efectos del mismo día 23 de marzo exponiéndole las causas objetivas que justificaban la adopción de la medida que suspensiva que le afectaba, tanto de tramitación de los expedientes de las medidas suspensivas que tuvieron lugar en los meses de mayo y agosto de 2016 como las causas del actual ERTE o expediente de suspensión de contratos, que se concretaban en un grave y continuado descenso de actividad generadora de grandes pérdidas.

IV.- El actor ostenta la condición de representante legal de los trabajadores y miembro de la comisión negociadora.

V.- La medida adoptada por la empresa resultado del acuerdo entre ésta y la representación legal de los trabajadores en fecha 20 de marzo de 2017 fue la suspensión colectiva de contratos de trabajo que afectarían a 165 trabajadores " *seleccionados de acuerdo con los criterios objetivos expuestos en la memoria, mostrando su conocimiento la representación legal de los trabajadores. La lista de trabajadores será comunicada a la representación legal de los trabajadores*". La duración y el período de suspensión de contratos es de 12 meses, comenzando a computar el 22 de marzo de 2.107 y finalizando el 21 de marzo de 2.018 y los centros de trabajo a los que afecta la medida son, entre otros, Huelva y Sevilla.

VI.- El Centro de Trabajo donde presta servicios el actor contaba con otro trabajador de su misma categoría profesional que no se ha visto afectado por el ERTE al tener en cuenta la demandada que este era titulado en Prevención de Riesgos Laborales y poseía una discapacidad.

VII.- En la actualidad, desde el 1 de Septiembre de 2.107, en aplicación del acuerdo alcanzado en el Expediente de Regulación de Empleo Temporal se determinó la desafectación de la suspensión inicialmente comunicada y el actor se ha incorporado a la obra en la Base de Morón de la Frontera (Sevilla) cuyos trabajos tienen una duración prevista de 10 meses, por lo que el actor ha estado suspendido desde el 22/3/2017 hasta el 1/9/2017."

TERCERO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue impugnado por la demandada Instalaciones Inabensa S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia el 25 de octubre de 2017, desestimando la demanda formulada por el actor ha declarado ajustada a derecho la decisión adoptada por la empresa Instalaciones Inabensa, S.A. de suspender el vínculo contractual que les une durante un período de 12 meses a partir del 23 de marzo de 2017 al amparo del acuerdo alcanzado por aquella con la representación del personal en el procedimiento colectivo de regulación de empleo tramitado a su instancia en base a causas de índole económica y productiva.

SEGUNDO.- I.- El actor recurre en suplicación con la finalidad de que con revocación del fallo adverso a sus intereses esta Sala declare nula o injustificada la medida impugnada y condene a la demandada al pago de los salarios dejados de percibir desde el 23 de marzo hasta el 1 de septiembre de 2017, fecha en que fue desafectado del expediente.

Fundamenta su petición en tres argumentos centrales que desarrolla conjuntamente en el segundo de los motivos de su recurso construido al amparo de lo dispuesto en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en el que de manera acumulada señala como infringidos los arts. 105 y 138 de ese mismo Texto Legal, los arts. 47 y 68 b) del Estatuto de los Trabajadores, el art. 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y los arts. 7 y 22.2.a) del convenio colectivo para las industrias siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla.

La primera razón que ofrece afecta a la comunicación individual de la medida que tacha de insuficiente al no incorporar los criterios por los que la empresa procedió a incluirle en el ERTE. La segunda reside en que la demandada no acreditó en el proceso la objetividad de su afectación y ausencia de arbitrariedad. La tercera y última razón que hace valer es que la empleadora no respetó la prioridad de permanencia inherente a su condición de representantes de los trabajadores.



II.- Para respaldar los dos últimos alegatos articula un motivo inicial de revisión de los hechos declarados en el que con correcto apoyo procesal propugna una nueva redacción del numerado como primero a fin de dejar constancia de que ostentaba la categoría profesional de Jefe de Obra y subsidiariamente la de técnico de organización y que está en posesión del título de ingeniero técnico industrial y del de grado medio en prevención de riesgos laborales, y la inclusión de un nuevo ordinal del siguiente tenor literal: *"del listado de número y clasificación profesional de los trabajadores empleados obrante al folio 193 y siguientes de los autos se desprende la existencia de diversos puestos de igual o similar categoría a la del actor que no fueron afectados por la medida suspensiva"*.

La adición referida a la categoría profesional debe prosperar en su pretensión subsidiaria pues la sentencia omite ese dato y la de técnico de organización se corresponde con la que figura en el listado elaborado por la empresa (folio 192) y ha sido reconocida expresamente por la recurrente, careciendo de sustento probatorio hábil la pretensión principal al estar fundada en la prueba testifical. Respuesta favorable merece también el añadido concerniente a la titulación pues así se desprende de los documentos designados al efecto (folios 199-200 y 318), y al igual que el dato precedente no resulta manifiestamente irrelevante para la decisión del recurso sin perjuicio de la valoración que finalmente merezcan.

Distinta suerte debe correr la propuesta restante pues el texto cuya inclusión se interesa no incorpora circunstancias de hecho, como la identidad, categoría y puesto de trabajo de los empleados no afectados al ERTE a los que alude sino una consideración de carácter conclusivo y predeterminante del fallo impropia de figurar en la relación de probanzas. A lo anterior se une que del documento invocado se deduce que en la refinería la Rábida de Palos de la Frontera a la que estaba destinado el demandante sólo prestaba servicios otro trabajador con la categoría profesional de técnico de organización, que, como se establece en el hecho probado sexto de la sentencia, no fue incluido en el ERTE.

TERCERO.- Pasando al análisis del motivo dedicado a la censura jurídica la primera línea discursiva relativa a la insuficiencia de la comunicación escrita de la medida impugnada está abocada al fracaso de conformidad con la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al contenido de la carta de despido individual derivado de una extinción colectiva, aplicable con mayor razón si cabe en los supuestos de suspensión del contrato de carácter colectivo, a tenor de la cual la empresa no está obligada a expresar en la comunicación individual so pena de improcedencia la forma en que ha aplicado los criterios de selección fijados en el período de consultas. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entre otras en sentencias de 11 y 12 de julio de 2018 (Rec. 1758/16 y 3611/16) a cuyos razonamientos "in extenso" nos remitimos.

Pero es que a mayor abundamiento se da la circunstancia de que en el escrito que entregó al actor la empresa hizo constar que *"el Departamento/proyecto para el que Usted presta servicios como Oficial 1 se ha visto especialmente afectado por ésta negativa coyuntura económica, productiva y organizativa que se han expuesto en el cuerpo de esta carta. De esta forma, su afectación deviene de un criterio estrictamente objetivo, sustentado en (que) como consecuencia del proyecto para el cliente Cepsa en el que Vd. viene prestando sus servicios, la compañía se ve en la necesidad de racionalizar tareas y reducir los costes directos de este proyecto de manera que el mismo resulte sostenible y se pueda mantener al mismo la actividad de una parte significativa de trabajadores del CT"*.

La redacción de la carta pone de manifiesto que el demandante tuvo cabal conocimiento, sin sombra alguna de indefensión, de las razones por los que la empresa le afectó al ERTE en cuya negociación participó firmando el acuerdo final.

CUARTO.- Tampoco merece favorable acogida el segundo eje argumental sobre el que el recurrente construye el motivo de revisión del derecho aplicado. Lo que pretende en realidad es invertir la regla general de la carga de la prueba contenida en el art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según la cual incumbe al trabajador acreditar las circunstancias de las que pueda inferirse la falta de objetividad o el carácter arbitrario de la decisión empresarial de afectarle al ERTE, invocando además un precepto - art. 105.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción - que no resulta aplicable en la presente modalidad procesal ni a los fines perseguidos, y partiendo de una inadmisibles sospecha de falta de probidad de la demandada en la selección del personal al que alcanzó la medida pactada con la representación de los trabajadores.

El planteamiento del actor carece de soporte legal y desconoce la doctrina jurisprudencial anteriormente citada expresiva de que la demanda del trabajador sólo podrá prosperar en aquellos casos en que habiendo combatido la específica aplicación de los criterios de selección en lo que a él respecta aporte indicios suficientes de que en su afectación ha concurrido fraude de ley o abuso de derecho, o se ha producido con vulneración de derechos fundamentales o incurriendo en trato discriminatorio, además de en los supuestos en los que no se hayan respetado los criterios legales o convencionales de preferencia en la permanencia de



la empresa, cuestión a la que el recurrente dispensa un tratamiento diferenciado que abordaremos también de manera separada.

Pues bien, en el presente caso el juzgador afirma en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia que el actor no probó ni siquiera indiciariamente que la empresa le designase por motivos que no fuesen meramente organizativos y que no existe atisbo alguno de que la demandada actuase de forma arbitraria, por lo que al razonar así aplicó correctamente las reglas de la carga de la prueba lo que nos lleva a rechazar el presente frente argumental.

QUINTO.- I.- El tercer alegato sí debe prosperar. Situándonos en el mismo ámbito en el que el recurrente residencia su prioridad legal, esto es en el definido por el centro de trabajo de Palos de la Frontera al que está adscrito, nos encontramos con que en esas instalaciones presta servicios otro técnico de organización que no fue incluido en el ERTE y no tiene la condición de representante del personal, que según indica la demandada en el escrito de impugnación del recurso es D. Jose Carlos .

El Magistrado "a quo" justifica la decisión empresarial de preterir al demandante en dos circunstancias particulares que declara probadas en el ordinal sexto del apartado histórico y que a su juicio impedían su afectación: 1ª) que presenta una discapacidad, por lo que según dice en la fundamentación jurídica de su sentencia la suspensión de su contrato podía ocasionar problemas a la empresa teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 35 y 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre; 2ª) que ostenta el título de prevención de riesgos laborales, añadiendo en la fundamentación jurídica que según manifiesta la empresa eso le confería una mayor cualificación técnica y así se lo exigía la entidad cliente.

II.- No podemos compartir el razonamiento del órgano de instancia ni la conclusión a la que lleva por las razones que siguen.

En primer lugar, la discapacidad del trabajador no afectado - de cuyo grado y características no existe constancia - no es una circunstancia que pueda evitar la debida aplicación de la garantía establecida en el art. 68 b) de los Trabajadores conforme a la cual los representantes del personal tienen prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores en los supuestos de suspensión de contratos por razones vinculadas al funcionamiento del negocio.

De un lado, la preferencia de los trabajadores con disminución reconocida de la discapacidad, que no consta sea el caso del compañero del actor que ocupa puesto de su categoría en el mismo centro de trabajo, no dimana de la norma que cita la sentencia impugnada, que no la consagra, ni de ninguna otra disposición del ordenamiento jurídico, como lo confirma que en lo que respecta al despido colectivo el art. 51.5 del Estatuto de los Trabajadores admita la posibilidad de que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se establezca una prioridad de permanencia a favor de las personas con discapacidad, lo que ni siquiera se contempla en relación a la suspensión.

Por otra parte, ese mejor derecho tampoco deriva del pacto suscrito en el ERTE en el que no se tuvo en cuenta el mencionado factor, a diferencia de la prioridad legal de permanencia de los representantes del personal a la que se hizo mención expresa.

Las mismas consideraciones resultan aplicables a la condición de titulado en prevención de riesgos laborales del trabajador no afectado, que por sí sola no le otorga el estatus jurídico propio de un delegado de prevención, a lo que hay que añadir que el actor también acredita esa titulación. Por lo demás, la alegación de la empresa referida a la exigencia de la empresa cliente además de estar huérfana de sustento fáctico no justifica la postergación del actor.

III.- En definitiva, existiendo otro trabajador en el mismo centro de trabajo con la misma categoría profesional que el actor, que no ostenta la condición de representante de los trabajadores, sin que concurra ninguna otra circunstancia que permita dejar de aplicar el derecho de preferencia del demandante a no ser incluido en el ERTE se impone la estimación del recurso y la declaración de nulidad de la suspensión de su contrato en aplicación analógica de lo previsto en el art. 124.11.c) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, sin que proceda pronunciamiento sobre las costas del recurso dado el signo del mismo.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Rodolfo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla el día 25 de octubre de 2017 en los autos nº 383/17, que se revoca. En su lugar estimando la demanda formulada por el ahora recurrente declaramos nula la suspensión de su contrato de trabajo acordada por Instalaciones Inabensa, S.A. con efectos



de 23 de marzo de 2017 y se condena a dicha mercantil a estar y pasar por la anterior declaración y a abonarle los salarios dejados de percibir desde dicha fecha hasta el 1 de septiembre de 2017.

No procede imposición de costas.

Dese traslado de esta resolución al Servicio Público de Empleo Estatal a los efectos oportunos.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del art. 53 LRJS; así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Adviértase al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-66- 2116-18, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

Asimismo, se advierte a la parte condenada que si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita o la exención de consignar el importe de la condena, al preparar el recurso deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" que esta Sala tiene destinada a tal fin en la cuenta corriente de "Depósitos y Consignaciones" núm. 4.052-0000-66-2116-18, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso, tal consignación podrá sustituirla por aval solidario de duración indefinida y pagadero al primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado registrado y depositado en la oficina judicial, debiendo expedir testimonio el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala para su unión a los autos, que facilitará recibo al presentante".

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

Recurso nº 2116/2018-B Sent. Núm. 2237/2019

2