



Roj: **STSJ EXT 910/2022 - ECLI:ES:TSJEXT:2022:910**

Id Cendoj: **10037340012022100486**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2022**

Nº de Recurso: **229/2022**

Nº de Resolución: **559/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **PABLO SURROCA CASAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Badajoz, núm 5, 04-01-2022 (proc. 286/2021) ,
STSJ EXT 910/2022**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00559/2022

-C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MRG

NIG: 06015 44 4 2021 0002406

Modelo: N92000

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU RECURSO SUPPLICACION 0000229 /2022

JUZGADO DE ORIGEN/ AUTOS: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000286 /2021 JDO. DE LO SOCIAL nº 005 de BADAJOZ

Recurrente SERUNION S.A.

Abogado: JORGE GARCIA DE PRUNEDA PASCUAL

Recurrido: Pablo

Abogado: RAUL TARDIO LOPEZ

Procurador: ENRIQUE DE FRANCISCO SIMON

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

D. PABLO SURROCA CASAS

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. DE EXTREMADURA, 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,

SENTENCIA N° 559 /2022

En CÁCERES, a veintidós de julio de dos mil veintidós.

En el RECURSO SUPPLICACIÓN N° 229/2022, interpuesto por el Letrado D. Jorge García de Pruneda Pascual, en nombre y representación de la entidad SERUNIÓN S.A., contra la sentencia número 4/2022 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N° 5 de Badajoz, en el procedimiento sobre DESPIDO OBJETIVO n° 286/2021 seguido a instancia de D. Pablo, parte representada por el Letrado D. Raúl Tardía López; siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. PABLO SURROCA CASAS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Pablo presentó demanda contra la empresa SERUNIÓN S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 4/2022 de fecha 4 de enero de 2022.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "**PRIMERO.** D. Pablo prestó servicios laborales para la empresa SERUNION S.A. en la Base General Menacho. A estos efectos su antigüedad es de **04-10-2002**, su categoría profesional cocinero y su salario de **52,75** euros brutos diarios (incluido prorrateo de pagas extras). **SEGUNDO.** El 04-10-2002 la empresa EXPLOTACIÓN HOSTELERAS MASENGA S.L. y D. Pablo celebraron un contrato de trabajo de duración determinada eventual por circunstancias de la producción. Los servicios eran como aux. serv. limpieza y la jornada a tiempo parcial de 20 horas a la semana. El contrato fue prorrogado por 3 meses. **TERCERO.** El 04-04-2003 se convirtió en indefinido. Y a partir del 01-07-2013 pasó a jornada de 40 horas semanales. **CUARTO.** Con efectos de 01-10-2008 se produjo la subrogación en la empresa RAMIRO JAQUETE S.A. **QUINTO.** El 01-09-2009 la categoría pasó a la de cocinero. **SEXTO.** El 01-01-2014 pasó subrogado a la empresa CATERING PEREA ROJAS S.L. **SÉPTIMO.** El 01-01-2017 la subrogación se produjo con la empresa SERUNION S.A. **OCTAVO.** Estuvo de alta en Seguridad Social: - Del 01-01-2107 en adelante por SERUNION S.A. o 01-04-2021 a 30-04-2021 Prestación desempleo. Suspensión o 01-03-2021 a 31-03-2021 " o 15- 02-2021 a 28-02-2021 " o 23-03-2020 a 19-05-2020 " - Del 01-01-2014 al 31-12-2016 por CATERING PEREA ROJAS S.L.- Del 01-10-2008 al 31-12-2013 por RAMIRO JAQUETE S.A. - Del 04-10-2002 al 30-09-2008 por EXPLOTACIONES HOSTELERAS MASENGA S.L. **NOVENO.** La empresa solicitó el 23-10-2020 un ERTE Limitación con efectos de 01-10- 2020 hasta el 31-01-2021 por un total de 306 trabajadores. Afectaba a 18 trabajadores de la cafetería de la Base General Menacho. No hubo resolución expresa por lo que se entendió que operaba el silencio positivo. **DÉCIMO.** Estuvo precedido por el Acta extendida en relación con la reunión de los sindicatos más representativos del sector y la Dirección de la empresa de 19-10-2020. Se ponían de manifiesto las limitaciones a los centros: prohibiciones de accesos a personas a instalaciones y suspensión de servicios, reducción de los aforos, distancia entre comensales y especialmente en los colegios (grupos burbujas, normas de limpieza, jornadas intensivas) (fol. 389). **UNDÉCIMO.** Se adjuntaba además un "informe fuerza mayor por limitación" de 21-10- 2020. Se indicaba que el anterior ERTE FM fue consecuencia directa del COVID y del estado de alarma manteniéndose vigente (fol. 395). Aparecía una información sobre el grupo Serunion, sobre el sector de la restauración colectiva y sobre las medidas y nuevas restricciones acordadas por la Comunidad Autónoma de Extremadura (fol. 407 y ss.) y se centraba sobre todo en el servicio del comedor escolar. 255 trabajadores de Badajoz quedaban afectados (fol. 412). **DUODÉCIMO.** La Junta de Extremadura declaró el 12-11-2020 no constatada la existencia de la fuerza mayor alegada (fol. 415). El 11-11-2020 había emitido informe la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Badajoz (fol. 416 y ss.). Se formuló recurso de alzada que fue desestimado el 21-01-2021. Formulada demanda recayó en el Juzgado de lo Social número 2 de Badajoz, autos 222/2021 que señaló vista para el 13-12-2021 . **DECIMOTERCERO.** El 11-02-2021 el trabajador recibió un correo electrónico en el que se le comunicaba su afectación a un Expediente de Regulación Temporal de fuerza mayor por limitación (ERTE FM por limitación). Estuvo en ERTE desde el 15-02-2021 hasta el 28-05- 2021. **DECIMOCUARTO.** En Base General Menacho prestaban servicios: - Un jefe de cocina con una antigüedad de 14-09-2015 y con un contrato indefinido fijo discontinuo: D. Teófilo .- Un cocinero con una antigüedad de 18-10-2002 y con un contrato indefinido ordinario t. parcial. D. Victorio - Una cocinera 09-11-99 indefinido ordinario t. parcial, D^a. Africa - Una cocinera desde el 07-10-2021 duración determinada, interinidad, t. parcial, D^a. Ángela **DECIMOQUINTO.** El 05-02-2021 la empresa inició un período de consultas para un procedimiento de despido colectivo quedando constituida la



comisión negociadora el 08-02-2021. El 09-02-2021 se inició el período de consultas. Reuniones el 16-02-2021, 23-02-2021; 02-03-2021, el 08-03-2021, el 12-03-2021, el 17-03-2021. Finalizó con acuerdo. Se extinguieron 31 (fol. 149) contratos de trabajo del departamento de estructura. En la de 08-03-2021: "A su vez menciona que la empresa perfectamente conoce los términos legales a través de los cuales puede realizarse un ERE. Por otro lado, mantener indefinidamente los ERTES ya aprobados podría ser considerado fraudulento ya que las causas con estructurales y no coyunturales (fol. 149). **DECIMOSEXTO.** El 06-04-2021 se inició un nuevo periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo para la extinción de contratos de trabajo. El 14-04-2021 quedó constituida la comisión negociadora. Las causas eran organizativa y productiva por pérdida de varios contratos rescindidos por el cliente y afectaba a 141 contratos. Hubo una segunda reunión el 21-04-2021; otra el 28-04-2021 donde se puso de manifiesto que la empresa no se había exonerado por los trabajadores en ERTE FM y otra el 06-05-2021. El 24-05-2021 se alcanzó un acuerdo. Se acordó el despido de 123 personas. Estaba incluido el Sr. Pablo . Se comunicó a la Autoridad Laboral. **DECIMOSÉPTMO.** El 12-04-2021 se realizaron dos informes técnicos. Uno elaborado por RUBIO LÓPEZ & ASOCIADOS y otro BEAGLE ADVISORY S.L. Incluían una visión general de la restauración colectiva en España, de la empresa SERUNION, de la plantilla, de los cambios en la demanda (teletrabajo, el impacto del teletrabajo en el mercado de Serunion, cambios en la utilización de los comedores escolares, impacto del cambio de tendencia de los comedores escolares, el redimensionamiento) y concluían con la existencia de causa productivas, total 141 puestos de trabajo. Para la Base General Menacho y CEFOT n1º se indicaba: "Ambos casos corresponden a cuarteles donde la Sociedad presta los servicios de catering. Desde el ejercicio 2018/2019 se observa una caída sostenida de los cubiertos servicios. En 2020 se observa una reducción del 21% de los cubiertos servicios (32.40) en Base General Menacho y de un 26% en el caso de CEFOT nº 1 (102.422 cubiertos menos) De acuerdo con la evolución más reciente, el número de plazas también ha disminuido en los dos primeros meses de 2021, acumulando caídas de 1.313 plazas en BG Menacho (lo que supone una reducción del 14% con respecto a los dos meses del ejercicio anterior) y de 9031 plazas en el caso de CEFOT nº 1 para el mismo periodo. Ante tal situación, la Sociedad plantea la amortización de 5 puestos de trabajo para los dos centros (3 y 2 respetivamente) lo que supone una reducción de la plantilla conjunta de ambos del 9% (fol. 241 y 22 y 284 y ss.). **DECIMOCTAVO.** La Memoria Explicativa analizaba la evolución del sector y las causas del ERE centrado en causas técnicas, organizativas o de producción. El apartado 4.3. incluía los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados (fol. 315). El criterio principal era su pertenencia a los distintos departamentos, unidades o centros de trabajo afectos por las pérdidas de contratos y el resto por: 1. Polivalencia funcional, perfil y capacidades técnicas específicas para las áreas y puestos de trabajo. 2. Productividad, eficiencia y adecuación o adaptación al puesto de trabajo que se concreta en: - Orientación al cliente... - Orientación al resultado... - Capacidad de adaptación... - Planificación y organización. 3. La experiencia profesional relativa al puesto (fol. 315-316). "De este modo, los criterios enunciados que se proponen a título ejemplificativo, y sin perjuicio de que se tengan en cuenta aquellos otros que se puedan negociar durante el período de consultas y que sean acordes con la finalidad última descrita". **DECIMONOVENO.** El trabajador fue despedido mediante carta fechada el 28-05-2021 al amparo del art. 52.c) del ET que se da por reproducida y que comenzaba indicando: "Mediante la presente carta, que se le entrega por burofax, ponemos en su conocimiento que la Dirección de esta empresa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 52. c) del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y tras la finalización del periodo de consultas sobre el expediente de regulación de empleo de extinción de contrato, la empresa va a proceder a resolver su contrato de trabajo, con efectos del día 28 de mayo de 2021 procediendo a la amortización de su puesto de trabajo por causas organizativas y productivas..." Se le reconocía una indemnización de 30 días por año con un máximo de 23 mensualidades lo que suponía 29.565,13 euros netos. **VIGÉSIMO.** Nuevo procedimiento de despido colectivo iniciándose período de consulta el 06-09-2021 y constituyéndose el 06-09-2021 la comisión negociadora. Se llegó a un acuerdo el 15-10-2021. Afectaba a 375 trabajadores. Se extinguieron 369 contratos. **VIGÉSIMO PRIMERO.** El 02-03-2021 se estableció el Acuerdo Marco de Servicios que tenía por objeto el Acuerdo Marco para el Servicio de Restauración Colectivo en diversas bases del ejército de tierra, lote 13. El contrato administrativo CB DIRECCION000, s ET Lote 13/Abril-Junio se prorrogó hasta el 21-05-2021. Afectaba a la Base General Menacho (fol. 198 y ss.). **VIGÉSIMO SEGUNDO.** La empresa inició un período de consultas para el procedimiento de despido colectivo al amparo del art. 51 del ET . el 14-04-2021 extendiéndose Acta de reunión entre la RLT y la Dirección de la empresa. Siguieron las de 21-04-2021; 28-04-2021; 06-05-2021. Finalmente, se alcanzó un acuerdo el 24-05-2021. **VIGÉSIMO TERCERO.** Es aplicable el Convenio Colectivo de Trabajo "Hostelería de la provincia de Badajoz". **VIGÉSIMO CUARTO.** El trabajador no era en el momento del despido, ni durante el año anterior, representante de los trabajadores. **VIGÉSIMO QUINTO.** El día 14-06-2021 el trabajador promovió el correspondiente acto de conciliación ante la UMAC que se celebró el día 14-07-2021 con el resultado de sin avenencia. "

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

" Estimo la demanda presentada por D. Pablo contra la empresa SERUNION S.A. Por ello, previa declaración de improcedencia del despido practicado, condeno a la empleadora a que, a su opción, readmita al trabajador



despedido en las mismas condiciones vigentes con anterioridad al despido y al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (31-05-2021) hasta la fecha de la notificación de la sentencia a razón de 52,75 euros diarios (incluida p.p. extras) o le indemnice con la cantidad de 37.980,00 euros debiendo descontarse en este caso la cantidad ya percibida. La expresada opción deberá efectuarse, por escrito o comparecencia en el juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia. Caso de no efectuarse en tiempo y forma se entenderá que opta por readmitir a la trabajadora demandante ."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la entidad SERUNIÓN S.A., interponiéndolo posteriormente.

Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte. Conferido el oportuno traslado de ésta última, según lo previsto en el art. 197.2 de la LRJS., la entidad recurrente dejó transcurrir el plazo sin efectuar alegaciones al respecto.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos Nº 286/2021 a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 24 de marzo de 2022.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 9 de junio de 2022 para los actos de deliberación, 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 sentencia objeto de recurso estima la demanda interpuesta por un trabajador que impugna su afectación por un despido colectivo efectuado por su empleadora, cuyo trámite de consultas concluyó con acuerdo, declarándolo improcedente con las consecuencias legales inherentes. La sentencia declara probados los hechos contenidos en la carta de despido, pero con cita de la jurisprudencia contenida en la STS de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014, razona que el trabajador estuvo anteriormente afectado por un ERTE por fuerza mayor motivado por la pandemia, y que si bien las causas del ERE son distintas, no serían sobrevenidas y de tratarse de la misma causa no concurriría " *un elemento cualificador determinante*" (sic).

En un plano estrictamente individual, relacionado con la concreta selección del trabajador demandante, la sentencia concluye que " *no se han aportado los parámetros necesarios para efectuar la comprobación de la aplicación de los criterios de selección en el caso del actor*"

Frente a dicha sentencia se alza la empresa vencida en la instancia por el cauce de los apartados b) y c) del art 193 LRJS, proponiéndose redacción alternativa de los hechos probados, concretamente la inclusión como nuevos de los HHPP 26º, 27º y 28º y la modificación del HP 9º, y alegando la infracción de los arts. 51 y 47 ET así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita.

La defensa del trabajador impugnó el recurso, solicitando una rectificación del HP 14º y la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Comenzaremos por las revisiones fácticas instadas por la empresa recurrente.

No accedemos a la adición de un nuevo hecho probado, el 26º, que se limita a reproducir el contenido del informe preceptivo emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con ocasión del despido colectivo obrante como documento nº 9 de su ramo de prueba. La razón es que lo que se pretende reflejar no son hechos directos sino indirectos. El relato fáctico debe contener la convicción judicial sobre los hechos controvertidos o necesitados de prueba (art. 97.2 en relación con el art. 90.1, ambos de la LJRS) Es decir, la versión judicial de lo ocurrido y no el contenido de los medios de prueba, como es el informe de la Inspección de Trabajo, que es lo que se quiere introducir. La inclusión en el *factum* de la sentencia de hechos indirectos induce a confusión por falta de claridad, infringiendo así el mandato que contiene el art. 218.1 LECv, que es instrumental respecto al deber constitucional de motivación ex art. 24 y 120.3 CE, pues no se sabe a ciencia cierta si se da por acreditado un hecho o el contenido de un medio de prueba, que es cosa bien distinta. En el presente caso, además, la sentencia da por acreditados los hechos incluidos en la carta para justificar el despido (FD 4º, in fine), por lo que carece de trascendencia alguna incluir el contenido fáctico, pero también valorativo, del informe.

Tampoco accedemos a la inclusión del HP 27º, pues no pretende reflejar hechos, sino el contenido de una norma jurídica como es el art. 17 del V Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal de Hostelería (en adelante V ALEH), publicado BOE nº 121, de 21 de mayo de 2015, y ello sin perjuicio de su toma en consideración en sede de censura jurídica como convenio estatutario.



No accedemos a la inclusión del HP 28º por la misma razón expuesta anteriormente, se trata de un hecho indirecto. Además es intrascendente pues no se cuestionan los criterios de selección sino su concreta aplicación al trabajador.

Respecto al HP 14º, se pretende su modificación a fin de hacer constar por la empresa que el trabajador prestaba servicios a tiempo completo, lo que no es algo discutido, pues así lo afirma el propio trabajador en su demanda.

Para finalizar, respecto a lo pretendido por la defensa del trabajador, esto es, que se haga constar que una cocinera contratada tras su despido prestaba servicios también a tiempo completo, accedemos pues así resulta del informe de datos de cotización de la trabajadora identificada como Ángela, que presta servicios desde el 7 de octubre de 2021, en virtud de contrato de interinidad a tiempo completo (vid. acontecimiento 45, documento nº 4, f. 100)

TERCERO.- Por el cauce procesal del apartado c) art. 193 LRJS se alega infracción de los arts. 51 y 47 ET e indebida aplicación de la jurisprudencia contenida en la STS de 17 de julio de 2014, de la que parte la sentencia para declarar improcedente el despido por razones de fondo.

En el desarrollo de la pertinencia y fundamentación del motivo, exigido por el art. 196.2 LRJS, se alega, en esencia:

1º.- No es de aplicación la jurisprudencia invocada por la sentencia pues el ERTE previo al ERE fue por fuerza mayor limitativa y no por causas ETOP.

2º.- No es exigible la exigencia de causa sobrevenida para acometer un ERE por causas ETOP.

3º.- La empresa no tuvo exoneración de cuotas por ninguno de los trabajadores incluidos en el ERTE afectados después por el ERE.

4º.- Las causas productivas y organizativas del ERE son distintas y estructurales, no coyunturales.

5º.- La medida es razonable y proporcionada.

Respecto al segundo argumento que utiliza la sentencia para declarar la improcedencia del despido del actor, relativo a la aplicación de los criterios de selección, y que sería, literalmente: "*no se han aportado los parámetros necesarios para efectuar la comprobación de la aplicación de los criterios de selección en el caso del actor.*", se aduce:

1º.- Era necesario amortizar dos puestos de trabajo a tiempo completo en el centro de trabajo, la Base General Menacho.

2º.- El trabajador era el único que prestaba servicios como cocinero a tiempo completo.

3º.- El resto de cocineros que trabajaban a tiempo parcial podían asumir la carga de trabajo así como el jefe de cocina por su mayor polivalencia.

4º.- La otra cocinera era la más antigua.

CUARTO.- Hemos de partir de que el despido colectivo que nos ocupa, por causas organizativas y productivas y que afectó finalmente a 123 personas de las 141 inicialmente previstas (HP 16º) terminó con acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Si bien es cierto que dicho acuerdo no impide al trabajador afectado cuestionar en el procedimiento individual la concurrencia de las causas al no existir precepto legal expreso que así lo permitiese, a diferencia de lo que sucede con los arts. 41, 47 y 82 ET, y ello en aras a salvaguardar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el art. 24.1 CE (vid. STC nº 140/2021, de 12 de julio de 2021), entendemos vigente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS, 17 de mayo de 2017, rec. 221/2016; 21 de diciembre de 2016, rec. 1416/2015; 16 de noviembre de 2016, rec. 1245/2015; 1 de junio de 2016, rec. 3111/2014 y 10 de mayo de 2016, rec. 3541/2014) que ha destacado el valor reforzado de la existencia de este acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores cuando judicialmente se cuestiona la concurrencia de las causas del despido colectivo. Además, la sentencia de instancia considera probados los hechos contenidos en la carta de despido que, básicamente, vendrían dados por un recorte de contrataciones y actuaciones desde 2018 hasta 2020 que ha implicado una disminución de los servicios y, en consecuencia, un sobredimensionamiento de la plantilla (FD 4º) que, concretado en el centro de trabajo del actor, en el que prestaban servicios cuatro trabajadores (HP 14º) implicaba la necesidad inicialmente planteada de amortizar tres puestos de trabajo (HP 17º).

No obstante, la sentencia de instancia, con apoyo en la jurisprudencia del TS a la que hemos hecho referencia, concluye que si bien las causas del ERTE por FM (derivadas de las limitaciones y restricciones impuestas por la pandemia) y del ERE por causas ETOP (disminución de los servicios de 2018 a 2020 por un recorte de



contratas y actuaciones) son distintas, no son sobrevenidas, y aunque entendiéramos que las causas son las mismas no concurre " *un elemento cualificador determinante*" (sic)

Ciertamente, la STS de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014, nos dice:

" 3.- *La doctrina de la Sala sobre la posibilidad de un ERE vigente un ERTE.- Con arreglo a la doctrina -escasa-hasta fecha dictada por la Sala, si bien es factible que una empresa pueda tomar una decisión extintiva -por las causas especificadas en el art. 51 ET - respecto de trabajadores cuya relación contractual se halle suspendida o haya de estarlo al amparo del art. 47.1 ET, «ello exigirá, que concurra al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión» (SSTS 12/03/14 -rcud. 673/13 -; y SG 16/04/14 -rco 57/13 -). Y en la misma línea hemos indicado que el pacto colectivo sobre la suspensión de contratos impide su desconocimiento, revisando el acuerdo suspensivo por aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus», si no se ha producido un cambio radical y la gravedad de la crisis, así como su carácter estructural, eran notorias (STS SG 18/03/14 -rco 15/13 -).*

Abundando en la misma línea, en el caso de que el ERTE haya traído causa en acuerdo con la representación legal de los trabajadores, no ofrece duda que la excepción al principio «pacta sunt servanda» se limitaría a supuestos extraordinarios en los que por virtud de acontecimientos posteriores, trascendentes e imprevistos resultase extremadamente oneroso para una de las partes mantener el negocio -acuerdo- en su inicial contexto (SSTS 04/07/94 -rco 3103/93 -; ... 26/04/07 -rco 84/06 -; 05/04/10 -rco 119/09 -; ... 30/05/11 -rco 69/10 -; ... y 17/12/13 -rco 107/12 -). Y aun para el supuesto de que el ERTE hubiese obedecido a exclusiva decisión empresarial, ese negocio jurídico unilateral tiene plena eficacia [art. 1258 CC] y no puede ser dejado sin efecto de forma unilateral, por expresa disposición del art. 1256 CC, a no ser que también mediase aquella grave alteración de las circunstancias concurrentes o de la base del negocio; e incluso a mayor abundamiento podría sostenerse -al margen del citado art. 1256 CC - que frente a ese cambio de criterio en último término siempre resultaría invocable la doctrina de los actos propios, que impone la vinculación del autor de una declaración de voluntad -de significación jurídica inequívoca- al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla (STC 73/1988, de 21/Abril, FJ 5. SSTS -entre las recientes- 27/09/11 -rcud 4146/10 -; 24/01/13 -rco 22/12 -; 11/03/13 -rco 70/12 -; 25/07/13 -rco 100/12 -; 30/09/13 -rco 97/12 -; 25/07/13 -rco 100/12 -; y 26/12/13 -rco 291/11 -).

Ahora bien, este pronunciamiento se enmarca en el tránsito de un ERTE vigente por causas ETOP, finalizado con acuerdo con la representación legal de los trabajadores (activando así la presunción legal de concurrencia de las causas ex art. 47.1, párrafo 10º ET y limitando la impugnación a la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo) a un ERE de tramitación posterior, también por causas ETOP, que afecta a trabajadores " *cuya relación contractual se halle suspendida o haya de estarlo al amparo del art. 47.1 ET*".

En el presente caso resulta que las causas no solo son distintas en su configuración legal abstracta o genérica (por fuerza mayor limitativa y por causas ETOP), sino también en sus circunstancias concretas, esto es, como dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión suspensiva o extintiva (vid. STS 30 de marzo de 2010, rec. 1068/2019). En el caso examinado por la sentencia invocada las causas abstractas (causas ETOP) y las concretas eran prácticamente las mismas: un descenso de la facturación en kilogramos en un periodo temporal determinado. Y ello explica que en tales situaciones las causas, entendidas como causas motivadoras concretas de la decisión suspensiva y extintiva, deban ser distintas y, además, sobrevenidas, pues si concurrían al tiempo de acordarse la suspensión no pueden esgrimirse como sustento de una decisión extintiva posterior cuando la suspensión estaba aún en vigor y además fue acordada con la representación legal de los trabajadores. Y si son las mismas debe haberse " *producido un cambio sustancial y relevante respecto a las circunstancias que motivaron que se autorizara la suspensión*". Aunque quizá en tal situación (cambio sustancial y relevante de las circunstancias) realmente nos encontraríamos ante causas motivadoras distintas.

En el caso presente las causas del ERE son estructurales, pues se trataría de una disminución de los servicios consecuencia de un recorte de contrataciones y actuaciones desde 2018 hasta 2020, que producen un exceso de plantilla que se trata de corregir mediante la extinción de los puestos de trabajo sobrantes, acomodando así la plantilla a las necesidades productivas y organizativas de la empresa ante la nueva situación.

Las causas del ERTE por fuerza mayor por limitaciones alegadas serían en todo caso coyunturales: limitaciones de la actividad derivadas de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias para hacer frente a la pandemia. Pero es que, además, como consta en los HHPP 9º y 12º, el ERTE por fuerza mayor por limitaciones que afectaba a 306 trabajadores, entre los cuales figuraban los 18 trabajadores que prestaban servicios en la



cafetería de la Base General Menacho (que la empresa entendió autorizado, en cuanto a la existencia de fuerza mayor, por silencio administrativo) no fue finalmente autorizado por la Junta de Extremadura que declaró mediante resolución de 12 de noviembre de 2020 no constatada su existencia, tras informe desfavorable de la Inspección de Trabajo de 11 de noviembre de 2020, habiendo sido dicha resolución recurrida en alzada y ante su desestimación impugnada en vía judicial que no consta finalizada. En consecuencia, a la fecha de la sentencia y del recurso, no cabe partir de vigencia del ERTE por fuerza mayor por limitaciones durante la tramitación del ERE cuya impugnación individual nos ocupa, por lo que en ningún caso sería de aplicación la jurisprudencia invocada.

Así las cosas, la sentencia incurrió en la infracción denunciada, pues pese a entender acreditados los hechos contenidos en la carta y alegados como justificativos del despido colectivo que terminó con acuerdo, y sin razonar acerca de la adecuación y proporcionalidad de la medida extintiva, la consideró improcedente por entender que las causas esgrimidas, aun siendo distintas, no eran sobrevenidas respecto a las consideradas para un ERTE por fuerza mayor con limitaciones previo, siendo algo intrascendente, como hemos visto, a efectos de apreciar la concurrencia de causa justificativa del despido colectivo dado, además, que el referido ERTE ni siquiera llegó a ser autorizado.

Por lo demás, una vez acreditados los hechos contenidos en la carta, la decisión extintiva se muestra como razonablemente adecuada y proporcionada, tal y como apreciaron los representantes de los trabajadores. Pues ante la disminución de los servicios consecuencia de un recorte de contrataciones y actuaciones desde 2018 hasta 2020, se produce un sobredimensionamiento de la plantilla que ya no se adecua a las necesidades productivas derivadas de la nueva situación generándose así la necesidad de amortizar parcialmente puestos de trabajo, en particular en el centro de trabajo donde prestaba servicios el trabajador (vid. SSTs de 18 septiembre de 2018, rec. 3451/2016 , de 26 de marzo de 2014, rec. 158/2913 y de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014)

QUINTO.- Respecto a la segunda cuestión suscitada en el recurso, no debe olvidarse que es potestad de la empresa la selección de los trabajadores afectados por un despido siempre y cuando no se vulneren derechos fundamentales, se incurra en causa discriminatoria, se infrinjan preferencias legal o convencionalmente establecidas, o se produjera con abuso de derecho o fraude de ley (vid. SSTs de 15 de octubre 2003, rec. 1205/2003 y de 24 de noviembre de 2015, rec. 1681/2014) o pueda, en fin, tacharse la selección de arbitraria o irracional. Existiendo además criterios de selección pactados con ocasión del despido colectivo, como es nuestro caso, el empresario debe respetarlos si bien a la hora de valorar criterios genéricos como es la polivalencia funcional -algo difícilmente objetivable o mensurable- aquél dispone de un amplio margen de apreciación, sin perjuicio de que los hechos probados pongan de relieve una apreciación arbitraria, irracional o caprichosa del dicho criterio en detrimento del trabajador. Además, no solo se negociaron y acordaron los criterios con la representación legal de los trabajadores, sino que además existió durante la negociación una lista nominal de trabajadores afectados, lo que *prima facie* desvirtúa cualquiera reproche de arbitrariedad o irracionalidad en la selección del trabajador afectado incluido en dicha lista, conocida y aceptada por el banco social.

En el HP 14º, tras la revisión fáctica, consta:

1º.- El trabajador prestaba servicios como cocinero en el centro de trabajo de la Base General Menacho con contrato indefinido a tiempo completo y con una antigüedad de 4 de octubre de 2002.

2º.- En el momento del despido también prestaban servicios en el mismo centro de trabajo, un jefe de cocina, con un contrato fijo-discontinuo; y otros dos cocineros, ambos con contratos indefinidos pero a tiempo parcial.

3º.- El 7 de octubre de 2021 fue contratada en virtud de contrato de interinidad a tiempo completo una cocinera.

Evidentemente solo los dos primeros ordinales son relevantes pues la contratación posterior y por causa de interinidad de una nueva cocinera no afecta a la selección del trabajador efectuada en mayo de 2021. Ni tampoco pone de manifiesto la inexistencia de causa en lo que se refiere al centro de trabajo, pues se efectuó transcurridos más de cuatro meses después del despido del trabajador, pudiendo haber variado las necesidades productivas, y fue por interinidad (ya sea porque el puesto estaba vacante o para sustituir a otro trabajador con reserva de puesto) sin que del HP 14º ni de lo razonado por la sentencia (que nada dice sobre este hecho en relación con la existencia o inexistencia de causa) pueda inferirse que dicha prestación de servicios era simultánea, es decir, que a fecha 7 de octubre de 2021 prestaban servicios en la base tres cocineros.

La sentencia, en fin, no falla contra la empresa porque no haya aplicado correctamente los criterios de selección, singularmente el de polivalencia funcional, sino porque " *no se han aportado los parámetros necesarios para efectuar la comprobación de la aplicación de los criterios de selección en el caso del actor*" Es decir, porque considera que la empresa no ha aportado los elementos probatorios que permitan comprobar



si la aplicación de los criterios de selección ha sido correcta, entre los cuales alude a las " *hojas de recuento horario de los cocineros de la Base de Menacho desde junio de 2021*".

En primer lugar, no consideramos que dichas hojas de recuento horario de fecha posterior al despido sirvan para determinar si la empresa aplicó o no correctamente el criterio de la polivalencia funcional, que era uno de los acordados en el despido colectivo. Las jornadas efectivamente realizadas por los cocineros que no fueron afectados por el despido colectivo no permite llegar a ninguna conclusión razonable en orden a determinar si el criterio de la polivalencia funcional no fue correctamente aplicado.

En segundo lugar, y al margen de lo ya razonado (existencia durante el periodo de consultas de una lista con los trabajadores afectados, que fue aceptada, junto con los criterios de selección, por la representación de los trabajadores y amplio margen de discrecionalidad empresarial para la selección) no se nos ofrece como arbitrario, irracional ni caprichoso que existiendo la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo de cocinero en el centro de trabajo, ante la disminución de la actividad, y partiendo como principal (aunque no único) criterio de selección de la polivalencia funcional, la empresa optase por despedir al único cocinero a tiempo completo, manteniendo los contratos de los otros dos cocineros, que además de tener una mayor o similar antigüedad, eran a tiempo parcial, favoreciendo así a flexibilidad empresarial, además de al jefe de cocina, único trabajador que desempeña funciones superiores de control y supervisión que no son propias del trabajador despedido. Y a este juicio o ponderación se llega valorando las alternativas que serían:

1º.- Despedir al jefe de cocina, lo que no es racional en términos de gestión empresarial, dado que su necesidad, a la vista de las funciones superiores de control y supervisión que le son propias, permanece pese a la disminución de actividad y que por su mayor cualificación se le presume mayor polivalencia funcional que a un cocinero.

2º.- Despedir a uno de los dos trabajadores con contrato a tiempo parcial, en cuyo caso no es eficiente la medida si la disminución de actividad justifica una amortización de un puesto de cocinero a jornada completa.

3º.- Despedir a los dos trabajadores con contrato a tiempo parcial, incrementando así los costes del despido y prescindiendo de dos puestos de trabajo en vez de uno, reduciendo la flexibilidad empresarial.

En definitiva, consideramos, en contra de lo razonado por la sentencia, que sí se dispone en los autos de parámetros que permiten enjuiciar la corrección del criterio de selección aplicado al trabajador despedido, y que aquellos no permiten concluir que se haya efectuado una indebida aplicación del mismo ni, en fin, que la afectación del trabajador al despido colectivo pueda tacharse de irracional, arbitraria o caprichosa.

Por lo tanto, estimamos el recurso, revocamos la sentencia y resolviendo el debate planteado desestimamos la demanda, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 122, 123 y 124 LRJS en relación con los arts. 52 c), 51.1 y 53 ET vigentes en la fecha del despido, declaramos procedente el despido del trabajador y extinguida la relación laboral a la fecha de efectos del despido, consolidando la indemnización percibida.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con **estimación del recurso** de suplicación interpuesto por SERUNIÓN S.A. contra la sentencia dictada el 4 de enero de 2022 por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Badajoz, recaída en autos nº 286/2021 sobre despido, promovidos por D. Pablo contra la empresa recurrente, y como consecuencia **revocamos** dicha sentencia, desestimamos la demanda y declaramos **PROCEDENTE** el despido del trabajador y extinguida la relación laboral a la fecha de efectos del despido, consolidando la indemnización percibida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 64 022922., debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación". La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. 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. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ