



Roj: **STSJ M 7278/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:7278**

Id Cendoj: **28079340052019100451**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **16/09/2019**

Nº de Recurso: **613/2019**

Nº de Resolución: **683/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

R.S. 613/19 TP

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34001360

**NIG:** 28.079.00.4-2017/0060220

**Procedimiento Recurso de Suplicación 613/2019**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid Despidos / Ceses en general 1385/2017

**Materia:** Despido

**Sentencia número: 683**

**Ilmos. Sres**

Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

PRESIDENTE

Dña. ANA MARIA ORELLANA CANO

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

En Madrid a dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación número 613/2019 formalizado por el letrado DON PEDRO LÓPEZ ARIAS, asistiendo a DOÑA Sonia , contra la sentencia número 53/2019 de fecha 8 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 16 de los de Madrid, en sus autos número 1385/2017, seguidos a instancia de la recurrente



frente a COVEX, S.A., en reclamación por despido, siendo magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

*"PRIMERO.- La actora Sonia viene prestando servicios para la empresa COVEX SA en virtud de contrato de trabajo de fecha 20/02/1982, su categoría profesional de Directora de Fabrica, percibido de 7.101,79.-€ brutos con inclusión ppe., folios 89 a 91.*

*SEGUNDO.- Que con fecha 9 de febrero de 2015, la demandada procedió a despedir a la actora, habiéndose alzado contra dicho despido mediante la correspondiente demanda que recayó en el Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid, ante el cual las partes suscribieron acta de conciliación por la que la empresa reconoció la improcedencia del despido con fecha de efectos 30/01/2015 y ofreció la readmisión en el antiguo puesto de trabajo con las mismas condiciones, así como proceder al abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha de efectos del despido a la fecha del acuerdo conciliatorio (28/09/2015).*

*Pese a lo anterior, la empresa impugnó judicialmente el Acta de conciliación referida, habiéndose dictado con fecha 4 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid, en el procedimiento nº 1065/2015, Sentencia por la que desestimó la impugnación realizada.*

*Dicha sentencia fue recurrida por la empresa en Suplicación, habiéndose dictado la Sentencia 976/2016 por el T.S.J de Madrid (Rec. Suplicación 592/2016) el día 23 de noviembre de 2016, desestimatoria el recurso.*

*Nuevamente la referida sentencia fue recurrida por la empresa ante el Tribunal Supremo, en Casación para la Unificación de Doctrina (RECUD 608/2017), habiéndose dictado Auto el 3 de octubre de 2017, notificado a esta parte el día 6 de noviembre de 2017, por el que se inadmite el Recurso.*

*Se hace constar que durante el tiempo que ha durado el procedimiento de impugnación del acta de conciliación y los posteriores recursos, la empresa ha mantenido de alta a la actora en situación de licencia retribuida, abonando el salario correspondiente. Folios 125 a 142.*

*Instado incidente de readmisión irregular ante el Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid, se dictó en fecha 05/02/2018 auto desestimando el incidente y declarando regular la readmisión. Auto que es confirmado por sentencia del TSJ de Madrid, fecha 22.11.2018, folios 104 a 124*

*TERCERO.- El día 27/11/2017 se remite por la empresa a la actora burofax fechado el día 20/11/2017, indicándole que debía presentarse en la empresa para su reincorporación el día 30/11/2017.*

*La actora es cesada en su puesto de trabajo el día 30/11/2017 mediante comunicación fechada y entregada el mismo día. Cese fundado en causas objetivas- económicas folios 83a 85 que aquí se reproducen a efectos narrativos.*

*A la actora en el mismo momento se le abonó la indemnización por despido en cuantía de 84.054,06.-€, así como por falta de preaviso 3.035,40.-€ y su liquidación.*

*(Hecho Incontrovertido, expresamente reconocido por la parte actora).*

**CUARTO.-** La empresa demandada COVEX SA presenta los resultados en sus cuentas anuales siguientes:

*Ejercicio 2016: Ganancias 66.668,38 Euros resultando compensado por ingreso extraordinario con unas pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores de 826.739,69 Euros, folio 169 vuelto.*

*Ejercicio 2017: pérdidas de 1.409.203,60 Euros.-€, folio 169 vuelto.*

*Importe neto de la cifra de negocio 2016: 3.401.877,30.*

*Importe neto de la cifra de negocio 2013: 3.295,516, folio 170 vuelto.*

*Resultado de la explotación:*



Ejercicio 2016 53.526,50

Ejercicio 2017 - 1.369.733,03

Gastos de personal:

Ejercicio 2016 1.734.005,13

Ejercicio 2017 1.863.258,48

El importe anual de sueldo de la demandante asciende 85.221,48.-€

En la empresa se han seguido 2017 iniciado 27/05/2017 ERTE1 63/2017 folios 237 a 298; En 2018 iniciado 7/03/2018 ERTE 53/2018 folios 299 a 339.

ERTE. Seguidos para suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada.

QUINTO.- La sociedad COVEX SA es una sociedad unipersonal siendo su socio único Pioneer Pharma Singapore Pte. Ltd., folio 166.

La actora D<sup>a</sup> Sonia ostentó el cargo de administradora única de la sociedad COVEX SA en 2013/2014 folios 201 y 346 y ss. Siendo titular del 0,0013% del capital social folios 200 y 201.

SEXTO.- El acto de conciliación ante el SMAC de Madrid se celebró el día 27/12/2017 habiéndose presentado la papeleta-demanda en fecha 7/12/2017, finalizando con el resultado de intentado sin efecto

SÉPTIMO.- La demanda origen de las presentes actuaciones aparece interpuesta en fecha 27/ 12/2017."

**TERCERO:** En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Sonia contra COVEX SA debo declarar y declaro procedente la decisión extintiva de la empresa de fecha 30/11/2017.

Absolviendo a la demandada de cuantas reclamaciones contra ella se dirijan."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por el letrado DON LUIS ORTEGO CASTAÑEDA, en representación de la demandada.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 11 de septiembre de 2019 para los actos de votación y fallo.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa la recurrente que se añada al hecho probado primero el siguiente párrafo:

"La actora realizaba además de las funciones propias del Director de Fabrica, las de Directora de Garantía y Calidad, figuras ambas requeridas por el Real Decreto 824/2010 de 25 de Junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, en el que dentro de los requisitos para la autorización, se requiere disponer de un responsable de Fabricación y un responsable de Control de calidad"

Para lo que se remite a los folios 94, 102, 103 y normativa a los folios 206 a 230, en concreto en el artículo 6 (folio 210).

Por la empresa se niega que hiciera las funciones de directora de garantía y calidad, dado que desde enero de 2015 la trabajadora se encontraba en situación de licencia retribuida y no realizaba función alguna, de manera que se admite que antes las realizaba, debiéndose tener en cuenta que dicha situación lo fue mientras se tramitaba el anterior despido, por lo que sus condiciones se mantuvieron durante el paréntesis y, por ende, la readmisión como consecuencia de su improcedencia debió efectuarse en las mismas condiciones que regían antes del mismo, y por tanto con las citadas funciones que se desprenden de los documentos citados, por lo que la adición se admite.



Asimismo solicita la actora la modificación del hecho probado cuarto, que se inadmite porque lo único que se pretende es que expresamente se diga que se reproducen los términos de los ERTES que se citan, que obviamente se tienen ya por reproducidos al remitirse el hecho probado a los folios correspondientes.

**SEGUNDO.-** Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la vulneración de los artículos 14 y 24 de la Constitución, en relación con el 17 del Estatuto de los Trabajadores y la doctrina del Tribunal Constitucional, alegando que la empresa ha procedido a llevar a cabo un ERTE el 27 de mayo de 2017 y después de su despido otro el 7 de marzo de 2018, que afecta el primero a 35 trabajadores de un total de 44 y el segundo a 30 trabajadores de un total de 40, con medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos, sin que conste que se tratase en las negociaciones de la extinción de contratos, amparado en causas económicas y organizativas, indicando en ambos que se solicitan por el carácter coyuntural de las causas, siendo la ahora recurrente la única despedida, cuando mantiene una contienda judicial, señalando que el Ministerio Fiscal solicitó que se declarase nulo el despido, al no haber ninguna justificación objetiva para su despido.

Entiende también la actora que se infringe lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y en el 7.2 del Código civil, así como de la jurisprudencia que cita, dado que a la fecha del despido, 30 de noviembre de 2017, estaba vigente un ERTE, siendo las causas alegadas para aquel, económicas y en éste, se aducen igualmente causas económicas y productivas, que se tildan de coyunturales, habiendo estado vigente desde el 3 de julio hasta el 17 de diciembre de 2017, iniciándose otro con las mismas alegaciones, tres meses después vigente del 26 de marzo al 23 de septiembre de 2018, por lo que entiende que no se ha acreditado causa económica para justificar la extinción de su contrato, al haber reconocido la empresa que se trata de una circunstancia coyuntural y no estructural, remitiéndose a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2014, no habiéndose agravado la situación de la empresa en noviembre, máxime cuando después de nuevo se implementa otro ERTE igualmente por causas económicas y organizativas coyunturales, citando la sentencia de esta Sala 91/2016 y las que en ella se citan del Tribunal Supremo, por lo que en todo caso el despido sería improcedente, denunciando la vulneración del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 51.1 y 53.4 del mismo cuerpo legal y la jurisprudencia que cita, por considerar que no hay prueba de los resultados del año 2017, ni hay pérdidas en 2016, poniendo de relieve que es inexplicable que la empresa con prácticamente la misma cifra de negocio en 2016 y 2017 de beneficios en el primer año y pérdidas en el segundo sin explicación o fundamento alguno.

Por la empresa se niega la existencia de un trato discriminatorio, alegando que si no se incluyó a la actora en el ERTE es porque en mayo de 2017 estaba en situación de licencia retribuida, consentida por ella y dada la agravación de la situación económica se procedió al despido, no extinguiéndose el contrato de otros trabajadores, porque la demandante estaba en la particular situación citada, poniendo de manifiesto que no son iguales los motivos económicos que provocaron el ERTE que los que dieron lugar al despido, al haberse agravado la situación de la empresa, considerando cuestión nueva el aducir que no se han producido hechos necesarios para procederse al despido objetivo durante la vigencia de un ERTE, ni ello fue objeto de debate o de prueba, no habiendo propuesto prueba alguna en relación con la inexistencia de hechos que permitan la válida adopción del despido durante la vigencia del ERTE, por lo que entiende que se infringe el artículo 80 de la citada ley procesal.

El Tribunal Supremo en la sentencia que cita la recurrente de 12-03-2014, rec. 673/2013, recoge la doctrina relativa a la posibilidad de extinguir contratos por causas objetivas estando vigente un ERTE, doctrina que se reitera en la sentencia de 17-07-2014, rec. 32/2014, como sigue:

*"SÉPTIMO.- 1.- El argumento de la concreta inalegabilidad de la causa productiva.- El cuarto y último motivo del recurso va dirigido -como hemos dicho- a dejar constancia de una doble infracción del art. 51 ET. De un lado, porque la causa productiva es meramente coyuntural y no estructural, de manera -se argumenta- que únicamente justificaría la suspensión de los contratos de trabajo y no su extinción; y de otro, que "durante la aplicación de un expediente colectivo de suspensión de contratos no se podría aplicar un ERE extintivo a los mismos trabajadores afectados por la suspensión, siempre y cuando ambos expedientes estuvieren motivados por las mismas causas". Trataremos separadamente los argumentos.*

*2.- La coyunturabilidad/estructuralidad como apreciación empresarial.- El art. 51 ET -bajo el título "despido colectivo"- dispone que "(s) en entiende que concurren... causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado"; pero es que idéntica redacción también la ofrece el art. 47.1 ET, aunque refiriéndola como posible causa de la suspensión del contrato o reducción de la jornada.*

*A la vista de ello, de la identidad formal de conceptos, todo invita a sostener que mediando la causa descrita, el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas (ERE) o meramente*



suspensivas (ERTE); y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de "oportunidad" que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude de ley, que lógicamente no pueden encontrar amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba.

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 aún 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 -).

4.- Aplicación de la doctrina anterior al supuesto de autos.- En el caso debatido nos encontramos con que el relato de hechos refiere -en el correspondiente apartado y en la fundamentación jurídica-: a) que desde el primer trimestre de 2012 al primero de 2013 la facturación en kilogramos descendió un 33,05 %; b) que en enero/2013 "se aprobó" -se supone que por acuerdo con la representación legal de los trabajadores- un ERTE de 42 días que afectaba a la totalidad de la plantilla y que sería aplicable a lo largo de todo el año; c) que la causa alegada en tal expediente de suspensión temporal era el referido descenso de facturación, que se suponía que en 2013 alcanzaría el 30% de lo despachado a cierre de 2012, déficit que se cifraba en 17.000.000 Eur., siquiera la situación expresamente se calificase como coyuntural; d) que la causa alegada en mayo para el ERE de que tratamos contempla la misma causa y aporta los mismos datos (con referencia comparativa de 2012/2013), con la exclusiva diferencia de que en este segundo expediente se proporcionan datos -que no previsiones- del primer trimestre de 2013 y que la causa ya se considera no superable mediante la suspensión de contratos; y e) que la causa -productiva- aceptada por la Sala consiste (fundamento jurídico octavo, en relación con ordinal decimoquinto de los HDP) en la comparación de la facturación entre "el primer trimestre del año 2012... y.. el mismo periodo del 2013", sin que se hiciese referencia cuantitativa alguna a los términos de facturación entre enero y mayo/2013, es decir, entre la aprobación del ERTE y el inicio del ERE, que era -como veremos- la que correspondía.

Tales datos han de ser puestos en relación con nuestra doctrina sobre la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" (para la viable aplicación del enjuiciado ERE durante la vigencia de un previo ERTE), que no hace sino reproducir la propia jurisprudencia civil, la cual desde la STS 14/12/40 -primera en abordar frontalmente el tema- ha destacado la excepcionalidad de la medida ("tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa") y con mayor motivo tras haber destacado sus rigurosos requisitos la STS 17/05/57 : a) alteración extraordinaria de las circunstancias; b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes; y c) surgimiento sobrevenido de circunstancias radicalmente imprevisibles. Exigencias de las que siempre se hizo eco la jurisprudencia social, limitando la posible excepción al principio "pacta sunt



*servanda" a supuestos extraordinarios en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevistos resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener lo convenido en su inicial contexto (aparte de las muy recientes ya citadas, también las SSTS 11/03/98 -rec 2616/97 -; 16/04/99 -rec 2865/98 -; 26/04/07 -rco 84/06 -; 14/10/08 -rco 129/07 -; 05/04/10 -rco 119/09 -; 20/09/10 -rco 190/09 -; 20/10/10 -rco 214/09 -; 30/05/11 -rco 69/10 -; 12/03/13 -rco 30/12 -; 17/12/13 -rco 107/12 -).*

Pues bien, las razones que en el caso sometido a debate nos llevan a excluir la posibilidad del ERE, por estar aún vigente el ERTE, son las siguientes: a) con arreglo a los principios generales de la carga de la prueba (art. 217 LECiv), era a la empresa a quien correspondía acreditar todas y cada de las exigencias que imponía la aplicación de la doctrina liberadora del "pacta sunt servanda" (alteración extraordinaria; desproporción exorbitante; y surgimiento imprevisto), y precisamente durante el tiempo que había mediado entre la aprobación del ERTE y el inicio del ERE; b) la confirmación de la sentencia recurrida, en este punto, hubiera precisado que las referidas exigencias hubiesen sido plasmadas como datos de hecho acreditados, lo que -como veremos- en manera alguna se ha producido en autos; c) ni tan siquiera ha pretendido la empresa introducir dato alguno sobre tal extremo en este trámite de casación, tal como autoriza el art. 211.1 LRJS que se haga mediante el escrito de impugnación del recurso (trámite procesal al que la empresa ha renunciado: folio 1362), consintiendo solicitar en él "eventuales rectificaciones de hechos que... pudieran igualmente sustentar la estimación de las pretensiones de la parte"; y d) en autos no consta, cuando menos de manera procesalmente eficaz, que desde la fecha del ERTE se haya producido una alteración sustancial e imprevisto que justificase la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", y con ella la posibilidad de acudir a un ERE cuando todavía está pendiente de ejecución un ERTE pactado (conforme al criterio jurisprudencial expuesto en el precedente apartado "3").

Profundizando en lo dicho hemos de añadir que no solamente no constan declaradas probadas tales exigencias (alteración extraordinaria; desproporción exorbitante; y surgimiento imprevisto), sino que muy contrariamente el relato fáctico contradice su existencia, porque: a) la comparativa de producción que la Sala de instancia tiene por acreditada y que a su juicio justifica el ERE no se refiere al periodo enero/Mayo de 2013 (desde la aprobación del ERTE al inicio del ERE), que sería el que exclusivamente habría de justificar la posible "liberación" del compromiso del ERTE para poder acudir al ERE, sino entre los primeros trimestres de 2012 y de 2013, es decir comprendiendo toda la evolución del año 2012, que es precisamente la que ya se había alegado y tenido en cuenta para el ERTE previo; y b) es más, la evolución negativa de la productividad en el periodo enero/Mayo de 2013, que no consta en detalle alguno y que tampoco se ha pretendido subsanar en este trámite por la empresa, ya fue alegada como causa justificativa del ERTE de enero/2013, al afirmarse -ordinal quinto de los HDP- la "previsible disminución de la facturación durante el año 2013 de hasta 17 millones de euros, lo que equivaldría al descenso de un 30% en relación con el año 2012".

*O lo que es igual, conforme al relato fáctico, el descenso de la producción entre el tiempo que media entre el ERTE y el ERE: a) no se presenta extraordinario, pues se trata de un descenso continuo de la facturación que se había iniciado a principios de 2012, coincidiendo con la crisis de la construcción, que persiste en la fecha en que se pacta el ERTE y que presumiblemente se prolonga -cuando menos- hasta que comienza la tramitación del ERE; b) tampoco consta -como era imprescindible- el cuantitativo descenso de productividad en el periodo que necesariamente se habría de tener en cuenta (Enero/Mayo 2013), lo que impide que ese descenso -que aceptamos- pueda calificarse como exorbitante, en la forma que exige la doctrina jurisprudencial más arriba citada; y c) sobre todo, mal puede calificarse como imprevisto, si precisamente ya había sido argumentado -como dijimos más arriba- para justificar el ERTE.*

*En conclusión, a juicio de la Sala bien pudiera haber ocurrido que inicialmente la empresa hubiese atendido a unas expectativas de recuperación que a su entender -en ejercicio de gestión empresarial que los Tribunales han de respetar siempre- justificarían el ERTE y harían innecesario en tales fechas el ERE (para el que bien podría haber causa legal), pero que tales confianzas bien pronto pudieran haberse desvanecido, hasta el punto de cuatro meses después el empresario opta ya por el ERE, pero erróneamente lo hace sin esperar a agotar el entonces vigente ERTE (que obviamente pudo haber acelerado en su desarrollo, incluso con el mismo número de trabajadores a los que posteriormente extinguiría el contrato), puesto que -conforme al quinto de los HDP- "Sic Lázaro, hasta septiembre de 2013 sólo ha hecho uso del 55% de la medida suspensiva acordada". Precisamente por ello, aunque la Sala no tiene razón alguna para dudar la buena fe con la que la demandada "Sic Lázaro SL" pudiera haber actuado y aún a pesar de que resulta innegable la gravedad de la crisis por la que la empresa atraviesa, el hecho de que su actuar haya sido desajustado a las previsiones legales y a los criterios jurisprudenciales -para la que no cabe acudir a un ERE durante la aplicación de un ERTE, salvo los referidos supuestos excepcionales-, nos obliga a entender que el recurso ha de ser acogido y que la decisión extintiva empresarial ha de ser declarada disconforme a Derecho. Punto final éste en el que discrepamos del muy documentado informe del Ministerio Fiscal, que en este extremo creemos atiende muy primordialmente -lo mismo que la decisión recurrida- a razones de estricta justicia material, pero que la Sala considera que deben*



*ceder ante claras exigencias legales y/o jurisprudenciales sobre el solapamiento ERTE /ERE. Sin imposición de costas ( art. 235.1 LRJS )."*

Doctrina que esta Sala y sección, en sentencia de 15-02-2016, nº 91/2016, rec. 795/2015, ha señalado aplicable a supuestos como el presente en el que el despido es individual y a cuya luz hemos de examinar los hechos que concurren, que son los siguientes:

1º) La empresa inició un ERTE el mayo de 2017 que estaba vigente cuando se produjo el despido de la actora el 31 de octubre de 2017.

2º) La causa alegada en la carta de despido es económica y, tal y como reconoce la empresa en su escrito de impugnación, los dos ERTES, el que estaba en curso cuando el despido tiene lugar y el que se inició pocos meses después, tenían como causa los resultados económicos de la empresa.

Debiéndose tener en cuenta que la especial situación de la trabajadora a la que alude la empresa, no impedía, en modo alguno, que fuera incluida en el ERTE, dado que se estaba ejecutando provisionalmente la obligación de readmisión asumida por la empresa en conciliación judicial celebrada el 28-9-2015 y fijada para el 2-11-2015, vinculada a un primer despido disciplinario acordado con efectos del 30-1-2015, que fue después impugnada por aquélla, en tanto se tramitaban los recursos correspondientes, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 297 de la LRJS, la empresa había de abonar a la trabajadora los salarios pertinentes y esta continuar prestando sus servicios salvo que, como ocurrió, la empresa eligiera que no lo hiciera, lo que no obsta para que la trabajadora tenga la consideración de personal de la empresa y, como tal, pudo ser incluida en el ERTE.

En cualquier caso, el hecho de que la actora no llegara a estar incluida en el ERTE por la decisión de la empresa, no obsta a la aplicación de la doctrina antes transcrita, siendo claro que, conforme a la misma, es a la demandada a la que correspondía acreditar que la situación de la empresa había sufrido una variación sustancial para que las circunstancias coyunturales que dieron lugar a dicho expediente hubieran pasado a ser definitivas y justificasen una extinción del contrato, por lo que no es atendible que se trate de cuestión nueva aducida por la recurrente sino que era la empresa la que había de probar que se habían producido hechos justificantes del despido objetivo durante la vigencia de un ERTE, y no a la demandante acreditar su inexistencia, tal y como pone de relieve la sentencia citada del Tribunal Supremo, al tener la demandada la carga de la prueba.

Sentado lo anterior, es lo cierto que las causas económicas que dieron lugar al ERTE eran coyunturales y que se mantenían cuando el despido tuvo lugar y posteriormente al justificar el siguiente ERTE, no siendo de recibo la alegación relativa a que al haber permanecido la trabajadora sin prestar sus servicios mientras se tramitaban los recursos frente a la eficacia de lo acordado en conciliación, su puesto de trabajo había quedado vacío de contenido, lo que ni se aduce en la carta de despido ni por tanto ha sido ni podía ser objeto de prueba, por lo que no puede tomarse en consideración tal circunstancia.

Lo cierto es que la empresa incumplió con lo acordado en el acuerdo conciliatorio en el que se obligaba a reincorporar a la actora en su puesto de trabajo y en lugar de hacerlo le fijó fecha para ello y simultáneamente procedió a su despido de forma injustificada, acto éste que no constituye una vulneración de la garantía de indemnidad como pretende la recurrente, porque no se trata de una reacción de la empresa ante una reclamación previa por parte de aquélla, sino que lo que se pretende es que cause estado el despido acordado en el año 2015, cuya improcedencia fue reconocida por la empresa y respecto del cual no se adujo por la trabajadora causa alguna de nulidad o, en todo caso, se asumió por su parte tal improcedencia, de manera que, pese a haber optado la empleadora por la readmisión, pretende ahora que la misma no tenga lugar y no abonar la indemnización que corresponde al despido improcedente sino la reducida inherente a un despido objetivo procedente, lo que no supone discriminación alguna ni vulneración de ningún derecho fundamental, sino únicamente un despido improcedente en tanto carece de causa que lo justifique.

En consecuencia es de aplicación lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores que determina, para los supuestos de despido improcedente, los siguientes efectos:

a) Treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades.

Si bien ha de tenerse en cuenta lo establecido por la Disposición transitoria undécima del Estatuto de los Trabajadores, conforme a la cual dicha indemnización, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012, y la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio



resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Así en el presente caso corresponden las indemnizaciones siguientes, siendo el salario mensual de 7.101,79 euros, incluida la prorrata de pagas extraordinarias anuales, lo que da un salario diario de 233,48 euros y el tiempo de servicio:

\* desde el 20 de febrero de 1982 hasta el 12 de febrero de 2012, 30 años , a razón de 45 días por año, supone 1350 días equivalentes a 45 mensualidades, lo que supera el máximo indemnizatorio legal al que hemos de estar, por lo que la indemnización asciende a:

- 42 mensualidades x 7.101,79 euros..... 298.275,18 euros

La opción por esta indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

b) En caso de que se opte por la readmisión, la trabajadora tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación número 613/2019 formalizado por el letrado DON PEDRO LÓPEZ ARIAS, asistiendo a DOÑA Sonia , contra la sentencia número 53/2019 de fecha 8 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 16 de los de Madrid, en sus autos número 1385/2017, seguidos a instancia de la recurrente frente a COVEX, S.A., en reclamación por despido y en consecuencia revocamos la misma y declaramos el despido de la trabajadora improcedente, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre el abono de una indemnización cifrada en DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS CON DIECIOCHO CÉNCIMOS (298.275,18 euros) o por la readmisión y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que la trabajador haya encontrado otro empleo, si tal colocación es anterior a la misma y se prueba por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, en el presente caso a razón de 233,48 euros diarios, así como a mantenerla en alta en Seguridad Social durante el mismo período. SIN COSTAS.

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

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.

**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. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0613-19 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:





Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0613-19.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ