



Roj: **STSJ CL 239/2013 - ECLI:ES:TSJCL:2013:239**

Id Cendoj: **47186340012013100120**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **23/01/2013**

Nº de Recurso: **2399/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 00140/2013

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID

-

C/ANGUSTIAS S/N

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2012 0002447

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002399 /2012 R.L.

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000560 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de VALLADOLID

Recurrente/s: Abilio

Abogado/a: SANTIAGO VEGAS NIETO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: CARRION S.A., COMITE DE EMPRESA DE CARRION SA(Fulgencio , Marino , Teodulfo , Juan Miguel Y Calixto)

Abogado/a: JESUS LOZANO BLANCO,

Procurador/a: ,

Graduado/a Social: ,

Ilmos. Sres. Rec. **2399/2012**

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael A. López Parada /

En Valladolid a veintitres de Enero de dos mil trece.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 2399 de 2.012, interpuesto por Abilio contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de Valladolid (Autos:560/12) de fecha 28 de septiembre de 2012, en demanda promovida por referido actor contra CARRION, S.A. COMITÉ DE EMPRESA Fulgencio, Marino, Teodulfo, Juan Miguel, Y Calixto, sobre DESPIDO, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON Rafael A. López Parada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de Junio de 2012, se presentó en el Juzgado de lo Social de Valladolid Número Dos, demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes: " **PRIMERO.-** EL actor D. Abilio, con D.N.I. nº NUM000, ha venido prestando sus servicios por cuenta y a las ordenes de la empresa demandada CARRION, S.A., como Oficial de 1ª Jefe de Taller, desde el 1 de Julio de 1989 y percibiendo un salario mensual de 2.971,18 euros, incluida la pp. de pagas extras y realizaba las funciones propias de su categoría.

SEGUNDO.- La empresa demandada se dedica a la actividad de venta y comercialización de automóviles, reparación y mantenimiento industrial, tiene más de 25 trabajadores. La empresa demandada desde 2007 ha visto reducido considerablemente el número de unidades vendidas:

año UNIDADES

2007 1.077 unidades

2008 730 unidades

2009 710 unidades

2010 501 unidades

2011 370 unidades

Se ha procedido a un progresivo (aunque reducido) ajuste en el personal (ej. 2010), se ha accedido a nuevas financiaciones (con objeto de dotar de liquidez al día a día) y se ha gestionado la incorporación de nuevas marcas (Volvo en diciembre 2010) a su cartera de negocio".

El acceso a la nueva instalación, como vía para un mejor futuro de la sociedad, exigió de un gran esfuerzo financiero por parte de la empresa. Este hecho requirió el acceso a un gran volumen de financiación externa (más de cinco millones de euros), olvidándose la situación previa de endeudamiento (0,2 millones de euros). Tras acceder a estos compromisos sobrevino la crisis, los volúmenes se redujeron y las estimaciones en la generación de recursos para la amortización de esos préstamos se fueron al traste. Este hecho obligó a nuevos cambios en la organización patrimonial exigiendo la renegociación de determinados préstamos, así como la ampliación del nivel global de endeudamiento, con objeto de contar con recursos suficientes para afrontar el día a día. El último hecho relevante en este sentido se ha producido a finales de 2011 en que se accedió a un nuevo préstamo de 1 millón de euros, con objeto de cubrir deudas previas y contar con cierta liquidez para afrontar el 2012. Se ha producido la siguiente evolución de cifra de negocios, personal y resultados:

2007 2008 2009 2010 2011 2011 vs 2007

Volum.vtas Veh Nuevos 1077 730 710 501 370 -66%

I. neto Cifra negoc. 19.797.676 17.014.104 18.113.359 14.487.923 14.321.273 -28%

Personal 57 60 62 74 70 23%

Resultado ante de impios 306.941 66.500 -253.344 -369.018 -321.940 -205%

La disminución de la cifra de negocios de 2009 a 2011 es la siguiente:

EJERCICIO CIFRA DE NEGOCIOS %DISMINUCION

2009 18.113.359,81



2010 14.487.923,31 20% 2009/2010

2011* 13.019.328,66 28% 2009/2010

TERCERO.- Ante tal situación la empresa toma la decisión de iniciar ERE para la extinción de los contratos de once trabajadores, inicia periodo de consultas el 21 de marzo de 2012 y con la misma fecha se solicita su inicio ante la Autoridad laboral que se ha seguido con el n° 100/2012, previas las consultas realizadas y cuyo resultado consta en las actas cuyas copias constan a los folios 57 y siguiente se alcanza con la representación de los trabajadores el acuerdo cuyo contenido obra a los folios 69 y 70 que en aras a la brevedad se dan aquí por reproducidos con anexo de los trabajadores afectados y del importe de su indemnización en el que se incluye el actor reconociéndosele una indemnización de 36.149,36 euros.

Por la Inspección de trabajo se emite informe favorable de fecha 13 de abril de 2012.

CUARTO.- Con fecha 16 de abril de 2012 se notifico al actor comunicación escrita por la que procedía a su despido por causas objetivas ex art. 51) ET , con efectos desde el día 21 de abril de 2012 mediante carta cuyo tenor literal consta al folio 10 que en aras a la brevedad se dan aquí por reproducidos.

Se le ha abonado la indemnización en los términos que constan en el acuerdo, restándole de abono el último pago que está previsto para octubre de 2012.

QUINTO.- EL actor no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores.

SEXTO.- Con fecha 8 de Mayo de 2012 se presento papeleta de demanda de conciliación, habiéndose celebrado el preceptivo acto de conciliación con fecha 31 del mismo, con resultado de SIN AVENENCIA.

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte demandante. fue impugnado por la parte demandada. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El presente recurso se estructura en tres motivos separados. El primero de ellos se ampara simultáneamente en las letras b y c del artículo 193 de la Ley 36/2011 , reguladora de la Jurisdicción Social, estando una parte del mismo destinado a la revisión de hechos probados y otra parte a la cuestión de fondo jurídica. El segundo motivo tiene por objeto la revisión de hechos probados y se ampara en la letra b del mismo artículo, aunque se añaden algunos razonamientos jurídicos, si bien esencialmente lo que se pretende es añadir un hecho trascendente de cara a la estimación de la parte jurídica del primero motivo de recurso. El ordinal tercero vuelve, como en el caso del ordinal primero, a unir en un mismo motivo la revisión de hechos probados al amparo de la letra b del artículo 193 de la Ley jurisdiccional y la denuncia de infracciones de fondo jurídico al amparo de la letra c (en este caso con cita de jurisprudencia).

Se trata sin duda de una sistemática deficiente, pero que no impide el análisis del recurso, ni puede llevar a rechazar estos motivos por tal causa, en cuyo caso esta Sala incurriría en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente ex artículo 24.1 de la Constitución . Hubiera sido deseable, desde luego, que primero se concentrasen separadamente los motivos de revisión fáctica y se situasen en ordinales separados los motivos de fondo jurídico, pero la forma en que se ha hecho no puede llevar por sí misma a rechazar el análisis de los motivos. Sí es necesario, sin embargo, para poder analizar las revisiones de hechos probados pretendidas (independientemente de su estimación o no), que éstas cumplan con los requisitos propios de las mismas, lo que en este caso sucede, ya que se concretan los textos que han de modificarse y se propone redacción alternativa.

En todo caso y para respetar dicha sistemática esta Sala ha de ir analizando primero las revisiones de hechos y, posteriormente, las cuestiones de fondo jurídico que se suscitan en cada uno de los motivos.

SEGUNDO.-En el primer motivo de recurso y en lo relativo a la revisión fáctica se pretende que se añada un ordinal donde se diga que el comité de empresa negoció el pago diferido de la indemnización de despido del actor y del resto de los afectados sin el consentimiento de éstos.

Lo primero que ha de decirse es que, no citándose prueba documental o pericial alguna que apoye una revisión fáctica, la misma ha de ser desestimada en cuanto tal, según se ha explicado antes. Ahora bien, dicha desestimación del motivo de revisión fáctica no significa que haya de darse por acreditado lo contrario de lo que se pretende introducir, esto es, que hubiera algún tipo de autorización o consentimiento individual del actor (o de algún otro trabajador, lo que a efectos de este litigio resulta irrelevante) respecto del contenido del pacto alcanzado entre el comité de empresa y la empresa en el marco del despido colectivo, en concreto respecto del



pago diferido de la indemnización por despido. Tal extremo no consta en la sentencia como acreditado y, en virtud de las normas de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si hubiera existido tal declaración de voluntad del actor en algún momento correspondería acreditar la misma a quien la hubiese alegado. En este caso ni siquiera ha sido alegada, por lo que hemos de partir de que no existió. Cuestión distinta es lo relativo al fondo jurídico del asunto, por cuanto lo que sí consta es que hubo un acuerdo de la empresa con la representación legal de los trabajadores en el periodo de consultas del despido colectivo en virtud del cual se pactó que la indemnización por la extinción del contrato se pagaría de forma aplazada y no se pondría a disposición de los trabajadores despedidos simultáneamente con la notificación del despido.

TERCERO.-En el segundo motivo de recurso y en lo relativo a la revisión fáctica, se quiere introducir otro hecho probado en el que se diga que la empresa no ha acreditado su falta de disposición económica o liquidez para hacer frente al pago de la indemnización del despido objetivo del actor. Ha de repetirse lo señalado anteriormente, puesto que de nuevo se trata de un hecho (la falta de liquidez) que, de concurrir, debería haber sido acreditado por quien lo alegase, conforme a las normas de distribución de la carga de la prueba, de manera que, aunque no es posible admitir una revisión fáctica en los términos planteados, aunque la misma sea rechazada esta Sala ha de partir de que no está acreditada la situación de falta de liquidez para el pago de las indemnizaciones por despido. Al contrario, basta con leer el ordinal segundo de los hechos probados para comprobar cómo la conclusión de la Magistrada es la contraria: "el último hecho relevante en este sentido se ha producido a finales de 2011 en que se accedió a un nuevo préstamo de un millón de euros, con objeto de cubrir deudas previas y contar con cierta liquidez para afrontar el 2012". La notificación del despido al actor se produce el 16 de abril de 2012 (ordinal tercero), siendo la indemnización que le correspondía de 36.149,36 euros, cuyo abono íntegro no se hizo en aquel momento, sino en los términos del acuerdo colectivo alcanzado.

CUARTO.-La última modificación fáctica pretendida en el motivo tercero se refiere a las causas del despido objetivo practicado y que se dan por acreditadas en el ordinal segundo de los hechos probados, cuyo texto quiere suprimirse para que en su lugar no conste probada situación económica alguna de la empresa. Se fundamenta dicha pretensión en dos puntos:

a) En lo que llama "informe de auditoría" obrante a los folios 104 y siguientes (hay un evidentemente problema de foliado de los autos, puesto que después del folio 237 se reanuda la numeración a partir del folio 23, siendo el 104 que referimos el que corresponde a la segunda numeración), que no es tal, sino la memoria del ejercicio 2011 que forma parte de las cuentas anuales de la empresa, memoria que firman los administradores solidarios de la misma (folio 134). Se basa el recurrente en el siguiente párrafo:

"Por otro lado las pérdidas generadas en los últimos ejercicios no son significativas con respecto al Patrimonio Neto de la Sociedad y son debidas principalmente a las amortizaciones de las nuevas instalaciones".

Dicha conclusión, resultante de la propia documentación de la empresa, ha de ponerse en correlación con las cifras contables concretas, que aparecen, por ejemplo, en el folio 117 dentro de la misma memoria, según la cual las dotaciones para amortización del ejercicio 2010 fueron de 418.724,95 euros y las del ejercicio 2011 440.353,86 euros. Tales cifras, efectivamente, son superiores a las pérdidas de los mismos ejercicios que constan en los hechos probados (369.018 y 321.940 euros, respectivamente). Esto significa que el flujo de caja o "cash-flow", o en conceptos más actuales, el EBITDA, no es negativo, sino positivo.

Por consiguiente la modificación de los hechos debe ser aceptada en este punto, de manera que claramente se diga que estamos ante una empresa con EBITDA positivo en los ejercicios 2010 y 2011, pero con saldo contable de la cuenta de pérdidas y ganancias negativo tras la aplicación de las amortizaciones de valor de las inversiones en las nuevas instalaciones de la empresa realizadas unos años antes.

Dicho lo cual ello no desacredita ninguno de los hechos declarados probados en el ordinal segundo, según los cuales la financiación de las nuevas instalaciones se hizo esencialmente a crédito y se ha producido una disminución en la generación de recursos (no se combate por el recurrente este extremo) que han dificultado hacer frente a esos créditos y han llevado a una renegociación de parte de ellos, llegando a obtener el nuevo préstamo de un millón de euros a finales de 2011. Tampoco se desacredita la caída de ventas que consta en el mismo ordinal de los hechos probados. Por ello el hecho relativo al EBITDA ha de añadirse a los hechos probados, no sustituir los mismos.

b) Se alega también que el administrador de la empresa ha percibido como remuneración en el año 2011 la cantidad de 66.098,68 + 17.846,61 euros, pero ni se cita el documento en el que dicha afirmación se funda, por lo que no puede darse por acreditada, ni tampoco queda justificada la trascendencia de dicho dato de estimarse probado, puesto que, en definitiva, no aparece tampoco que dicha retribución sea desproporcionada, ni contraria a Derecho, o que no retribuya realmente el trabajo personal del administrador, ni tampoco que se haya incrementado en los últimos ejercicios.



QUINTO.-Entrando ahora a analizar cada uno de los motivos en lo relativo a los razonamientos jurídicos de fondo que contienen, hemos de comenzar por el análisis de la cuestión relativa a la falta de puesta a disposición de la indemnización por parte de la empresa en el momento de comunicar al mismo su despido objetivo al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores . Esta cuestión se plantea por el recurrente en sus dos primeros motivos de recurso.

Estamos ante un despido colectivo producido bajo la vigencia del Real Decreto-Ley 3/2012. A diferencia del régimen anterior, basado en autorizaciones administrativas, cuya concurrencia determinaba en principio la licitud del despido y no hacía necesaria la puesta a disposición de la indemnización, la reforma laboral introducida por dicho Real Decreto-Ley, posteriormente convertido con modificaciones en la Ley 3/2012, ha homologado el régimen del despido colectivo y del individual objetivo, siendo la diferencia esencial la exigencia de un periodo previo de negociación colectiva con los representantes de los trabajadores, que puede determinar la nulidad del despido si no se produce o se incurre en irregularidades en el mismo. Una vez finalizado dicho periodo de negociación con acuerdo o con la adopción por el empresario de la "decisión final de despido colectivo" a la que se refiere el último inciso del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores , el empresario debe notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que debe realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 del Estatuto, lo que incluye la obligación de "poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades", de tal manera que la falta de puesta a disposición simultánea, aunque no afecta a la legalidad de la decisión empresarial de despido colectivo, sí afecta a la legalidad del concreto despido de cada trabajador, que por dicha causa deviene improcedente. A diferencia del régimen legal anterior a la reforma, en el cual una vez recaída autorización administrativa el despido no exigía del pago simultáneo de la indemnización, ahora tal pago sí es exigido en los mismos términos que para el despido individual objetivo.

No obstante el artículo 53.1.b del Estatuto de los Trabajadores permite a la empresa no realizar tal puesta a disposición, sin que se afecte la legalidad del despido, cuando la decisión extintiva se funde en el artículo 52.c del Estatuto y con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización, haciéndolo constar en la comunicación escrita. Se trata en este caso de una imposibilidad de poner a disposición del trabajador la indemnización por motivo económico, lo que se identifica con la falta de disposición de liquidez suficiente para realizar tal pago. Pero la iliquidez no puede confundirse con la causa económica alegada en forma de pérdidas o de alteraciones de la cuenta de resultados. La iliquidez no es algo que se deduzca de una cuenta de resultados, sino del balance y consiste en una falta de disponibilidad inmediata de fondos para hacer frente al pago de la indemnización (lo que también es diferente a un eventual desequilibrio patrimonial), por lo que la existencia de iliquidez no deriva necesariamente de la apreciación de la causa de despido ni tampoco condiciona la misma. Como dijo esta Sala en sentencia de 27 de mayo de 2011 (suplicación 756/2011), no puede confundirse la causa económica que pueda justificar un despido objetivo con la falta de liquidez que impide poner a disposición del trabajador la indemnización legal prevista en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores . Puede suceder que una empresa que no disponga de liquidez en el momento del despido para hacer frente al pago de la indemnización vea sin embargo declarado el despido económico como improcedente si no acredita una causa estructural de mayor calado para su justificación que esa transitoria iliquidez. Por el contrario una empresa que pueda disponer de liquidez para hacer frente al pago puede presentar una situación de pérdidas y desequilibrio patrimonial que justifiquen el despido económico. Por tanto en el caso de que el despido del artículo 53 por causas económicas se haya efectuado sin poner a disposición la indemnización correspondiente, la empresa deberá justificar de forma separada la situación de falta de liquidez que impidió dicho pago indemnizatorio en tiempo, a falta de lo cual el despido habrá de ser declarado improcedente sin entrar en el análisis de las causas económicas invocadas para su justificación. La prueba de la iliquidez es por ello diferente a la relativa a la causa económica y ha de ir dirigida a demostrar cuál era el saldo de tesorería en las fechas próximas a aquélla en que debió pagarse la indemnización, justificando los movimientos de las cuentas de tesorería y poniendo en su caso en correlación dichos saldos y movimientos con el vencimiento de otras deudas líquidas que hubieran de ser pagadas por la empresa en fechas próximas a la comunicación del despido, así como el motivo que justificase la prioridad en el pago de estas otras deudas respecto de la indemnización por despido.

De lo anterior resulta que, no constando en este caso dicha falta de liquidez, el despido debiera declararse improcedente por no haberse puesto a disposición del trabajador la cantidad indemnizatoria íntegra de forma simultánea a la comunicación del despido. La cuestión central en este caso es si el acuerdo respecto al pago aplazado de las indemnizaciones con la representación legal de los trabajadores debe llevar a otra conclusión distinta.

SEXTO.-Lo relevante de este caso, como decimos, es que ha existido un acuerdo en el periodo previo de consultas con la representación legal de los trabajadores y que en dicho acuerdo se ha pactado precisamente



que las indemnizaciones por extinción del contrato no se pondrían a disposición de los trabajadores al comunicar el despido, sino que se haría en unos determinados plazos. No consta que dicho acuerdo haya sido impugnado, pero ha de recordarse que para dicha impugnación no tiene legitimación el trabajador individual en el marco de los artículos 148.b y 154 de la Ley de la Jurisdicción Social, como tampoco la tiene para la impugnación de la decisión final de despido colectivo del empresario al amparo del artículo 124 de la misma Ley. El trabajador individual habrá de limitarse a impugnar su propio despido, pero, como es propio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en dicho proceso podrá alegar cualesquiera causas de ilicitud sobre el acuerdo de despido colectivo o sobre la decisión final de despido colectivo que estime conveniente, salvo que se hubiera tramitado ya un proceso judicial colectivo de impugnación de tales acuerdos o decisiones, en cuyo caso dicho proceso colectivo suspende la tramitación del despido individual y su resolución final vincula al juez que ha de dictar sentencia sobre el despido individual en aquellos aspectos que ya hayan quedado resueltos, que no pueden ser otros que los de naturaleza colectiva relativa a la apreciación de las causas del despido, pero no los relativos a los derechos individuales de los trabajadores afectados por el mismo.

Por consiguiente lo que ha de decidirse es si es válido un pacto en el periodo de consultas que derogue en perjuicio del trabajador su derecho a percibir la indemnización por extinción del contrato de forma simultánea a la comunicación de dicha extinción. Nos referimos, claramente, a la indemnización legal, puesto que el pago de toda cantidad que se pueda pactar por encima de la misma podrá diferirse sin que ello afecte al derecho del trabajador resultante del artículo 53.1.b del Estatuto de los Trabajadores. Si el pacto colectivo fuese nulo en lo relativo al pago de la indemnización, de ello derivaría la improcedencia del despido, puesto que afectaría a uno de los requisitos exigibles para que, como se ha dicho, el despido objetivo resulte procedente.

Lo primero que ha de afirmarse es la legalidad de la representación que asumen los sindicatos o representantes colectivos de los trabajadores (los primeros bajo protección constitucional) para representar y negociar en nombre de los trabajadores, sin necesidad de autorización personal de cada trabajador. En este punto la argumentación del recurrente ha de ser rechazada por completo. No obstante es cierto que la libertad negociadora de los representantes colectivos en nombre de sus representados tiene límites, fuera de los cuales se produce la nulidad del acuerdo al que puedan llegar. Uno de esos límites, conforme al artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, es que no pueden pactar condiciones por debajo de los mínimos legales de Derecho necesario. En principio uno de esos mínimos legales es actualmente y como consecuencia de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012 el derecho a percibir la indemnización de despido no solamente en su cuantía mínima legal de 20 días por año (lo que ya constituía mínimo de Derecho necesario antes de la reforma laboral), sino también simultáneamente a la comunicación del despido individual de cada trabajador. Ese derecho necesario cede en supuestos de falta de suficiente liquidez, lo que puede agudizarse en casos de despido colectivo cuando son muchas las indemnizaciones que han de abonarse simultáneamente, pero solamente en ese caso. Cuando se acredite que concurre tal supuesto (valorando todas las indemnizaciones que han de abonarse en el mismo momento temporal y no solamente cada una de ellas separadamente), cuya prueba corresponde a quien lo alega, no existe la obligación de mínimo necesario de pagar la indemnización simultáneamente a la comunicación del despido y, por ello, queda abierto el terreno a la negociación colectiva sobre plazos e intereses. Pero cuando no conste acreditado, como aquí ocurre, entonces ni el empresario ni la negociación colectiva no puede imponer esperas a los trabajadores acreedores de la indemnización. Tales esperas no justificadas suponen romper la simultaneidad exigida legalmente y determinan la improcedencia del despido.

Esta conclusión no se altera por la redacción del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. El número dos de dicho artículo nos dice que la negociación con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. Es la única mención que se hace al contenido de lo que puede negociarse en el periodo de consultas y, si bien constituye un mínimo, que deja abierta a la negociación colectiva cualquier otro contenido relacionado con el despido colectivo, desde luego no implica derogación alguna de la obligación de respetar en dicha negociación los derechos mínimos de los trabajadores individuales reconocidos por la Ley laboral. De ahí que el recurso haya de ser estimado para declarar la improcedencia del despido cuando menos por esta causa.

SÉPTIMO.-El último motivo de recurso es relativo a la causa económica alegada, sosteniéndose que en este caso no concurre la causa económica del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores por cuanto no existirían pérdidas, al tener la empresa un resultado positivo antes de aplicar la dotación para amortizaciones, en la medida en que la determinación de tales dotaciones anuales depende de un acto de voluntad de la empresa en cuanto a su distribución temporal.



Para entrar en el análisis de tal cuestión ha de analizarse esta Sala previamente si el trabajador individual puede cuestionar la concurrencia de la causa del despido colectivo en el caso de que exista acuerdo con los representantes legales o sindicales de los trabajadores, o bien solamente podría cuestionar tal acuerdo en supuestos de dolo, coacción o fraude. Pues bien, ni el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores ni el artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social contienen una norma como la del artículo 41.4 in fine del mismo Estatuto, igualmente reproducida en el artículo 47.1, según la cual "cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1 y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión". Por consiguiente en el caso del despido colectivo el trabajador puede, a través de su demanda individual de despido, cuestionar la concurrencia de las causas justificativas del despido estimadas suficientes por la empresa y los representantes de los trabajadores en el pacto resultante del periodo de consultas. Ello explica, precisamente, que en la regulación de la impugnación de los despidos colectivos se haya introducido por la Ley 3/2012 en el artículo 124.13.a de la Ley de la Jurisdicción Social la siguiente previsión procesal:

"Igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquéllos, siempre que no se haya impugnado la decisión extintiva, de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores, por los representantes de los trabajadores no firmantes del acuerdo".

Por consiguiente, el trabajador individual tiene derecho a impugnar judicialmente el acuerdo para determinar su conformidad a las causas que legalmente justifican el despido, de manera que dicho acuerdo puede ser sometido en su plenitud al control jurisdiccional, solución que parece más acorde con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que la introducida en los artículos 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. Lógicamente esto hace necesario que el empresario, al comunicar al trabajador la extinción de su contrato en base al acuerdo de despido colectivo, al igual que debe hacerlo cuando tal acuerdo no existe, informe de manera suficiente al trabajador sobre las causas económicas, organizativas, etc que lo justifican, puesto que esa información es un requisito básico para posibilitar la defensa judicial de su derecho y además delimita el contenido posible de las alegaciones empresariales en caso de impugnación judicial. No basta con informar sobre la existencia del acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, como aquí se ha hecho. La Ley laboral tras la reforma de 2012 hace obligatorio el cumplimiento de la garantía de forma escrita, con comunicación suficiente de las causas, a la que se refiere el artículo 53.1.a del Estatuto, al cual expresamente se remite, con toda lógica, el artículo 51.4 del mismo. Lo que refuerza la idea de que el despido de cada trabajador posterior al periodo de consultas del artículo 51 del Estatuto no es más que un despido individual del artículo 52.c del Estatuto sobre el que se añade la obligación de previo periodo de negociación y consultas, con las consecuencias previstas legalmente, como expresamente ha previsto el artículo 124.13 de la Ley de la Jurisdicción Social tras la Ley 3/2012.

En ese contexto normativo lo primero que ha de decirse es que la carta de despido a la cual se remiten los hechos probados solamente contiene una referencia sucinta a las causas económicas que justifican el despido, referencia insuficiente para entender cumplido el mandato del artículo 53.1.a del Estatuto de los Trabajadores y que además limita la posibilidad de alegar y probar en juicio, por parte del empresario, hechos distintos a los allí consignados. Debe recordarse que es al empresario al que corresponde la carga de la prueba de la causa justificativa del despido, dentro de los márgenes expresados en la carta de despido, debiendo resultar lo probado suficiente para declarar la procedencia del mismo. En este caso lo probado es lo que consta en el ordinal segundo de los hechos probados, que ya de por sí es más amplio que lo expresado en la carta de despido (si bien tal cuestión no se suscita por el recurrente). Para dictar nuestra resolución hemos de atenernos a los hechos declarados probados, debiendo recordar que la parte impugnante puede intentar su ampliación con idénticos requisitos a los exigibles a un motivo de la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, conforme al artículo 197.1 de la misma, lo que no ha hecho.

En relación a lo que se dice en este motivo de recurso, relativo a la inexistencia de pérdidas, por cuanto las mismas serían producidas artificialmente por la dotación de amortizaciones, hay que empezar por recordar lo que dijimos en nuestra sentencia de 26 de marzo de 2010 (suplicación 387/2010), esto es:

"El Real Decreto 1514/2007 nos dice que las amortizaciones han de establecerse de manera sistemática y racional en función de la vida útil de los bienes y de su valor residual, atendiendo a la depreciación que normalmente sufren por su funcionamiento, uso y disfrute, sin perjuicio de considerar también la obsolescencia técnica o comercial que pudiera afectarlos, debiendo amortizarse de forma independiente cada parte de un elemento del inmovilizado material que tenga un coste significativo en relación con el coste total del elemento y una vida útil distinta del resto del elemento. Todo ello independientemente de los ajustes posteriores que puedan realizarse por deterioro del valor de los bienes. La amortización acumulada se incluye, con signo negativo, en la valoración contable de los distintos elementos del inmovilizado, con independencia de que cuando el bien sea dado de baja la diferencia entre el importe que se obtenga y su valor contable determine un



beneficio o una pérdida a imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que ésta se produce. Y no es ocioso recordar que el hecho de que un determinado activo del inmovilizado aparezca completamente amortizado no implica obligación alguna de dar de baja el mismo, ni que éste haya perdido utilidad productiva necesariamente. Es más, los límites a los calendarios de amortización resultantes de la normativa fiscal (artículos 1 a 5 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades , Real Decreto 1777/2004), pueden determinar que, si no se ha establecido ningún valor residual, el elemento aparezca como amortizado a pesar de seguir físicamente en la empresa con posterioridad y adscrito a sus funciones productivas. Es sabido por ello que los calendarios de amortización, que determinan el volumen de las dotaciones anuales a los fondos de amortización, dotaciones que se detraen como gastos a efectos del cálculo de las pérdidas o ganancias del ejercicio, son de gran importancia a la hora de determinar los resultados y permiten manejar los resultados contables. Así una empresa que en un momento determinado (sea por su instalación inicial o por cambios posteriores) realice una importante inversión en inmovilizado, en función del sistema de amortización que siga imputará esos gastos a unos ejercicios u otros, de forma más o menos rápida o lenta en el tiempo, incidiendo con ello en los resultados contables de los distintos ejercicios... No se trata... de que para valorar la causa económica de los despidos haya de tomarse el EBITDA en lugar del resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias. Aunque las dotaciones a los fondos de amortización del inmovilizado no constituyen gastos monetarios en el momento en que se computan contablemente, no son completamente ficticios, puesto que responden a la necesidad de recuperar las inversiones en inmovilizado ante la depreciación de éste. Sin embargo las incidencias que puede tener el calendario fijado de amortización y el valor residual calculado del bien sobre la cuenta de resultados aconsejan que, ante las distribuciones irregulares en el cómputo de esas dotaciones, cuando afecten de forma sustancial al resultado contable de la cuenta de pérdidas y ganancias, se de una explicación razonada y razonable de los criterios aplicados, algo que solamente podrá hacer la empresa".

En este caso hay que tener en cuenta que los costes financieros de los créditos que financiaron las inversiones de cuya amortización se trata ya están por definición computados dentro de la cuenta de resultados y, si hemos de atender a la citada cuenta de resultados, con un EBITDA positivo, determinando el resultado negativo exclusivamente la dotación para amortizaciones, se hace exigible, como hemos dicho, una mínima explicación de los calendarios de amortización, en virtud de los cuales se demuestre la razonabilidad de la imputación temporal del coste de la inversión. El concepto de "pérdidas" del artículo 51 es susceptible de valoración judicial sobre los datos contables probados, debiendo matizarse las mismas cuando se produce por decisiones contables que corresponden a la empresa, como ocurre en el caso de que se generen exclusivamente por la dotación de amortizaciones. El cómputo de las mismas debe quedar justificado en cuanto a su imputación temporal cuando sea determinante de la aparición de las pérdidas.

No tiene incidencia en ello la discrepancia entre dichos periodos de imputación y los periodos pactados contractualmente para la devolución de los créditos bancarios, puesto que el vencimiento de los créditos origina un problema de liquidez, que es lo que consta probado, pero que se resuelve por la concesión de un nuevo crédito a finales de 2011, tal y como se acredita. Por otra parte la insolvencia (esto es, la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, conforme al artículo 2.2 de la Ley Concursal) no constituiría causa de despido al amparo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , sino al amparo de la Ley 22/2003, Concursal. Debe recordarse que, conforme al artículo 5 de la misma, la solicitud de concurso es obligatoria para el deudor en situación de insolvencia, lo que significa que para que la mera insolvencia pueda justificar un despido ha de tramitarse el mismo conforme al artículo 64 de la Ley Concursal , lo que afecta incluso a la atribución de las competencias a los órganos jurisdiccionales. Lo contrario sería admitir que en vía jurisdiccional social se pudiera declarar *iuris tantum* a las empresas en situación de concurso a los meros efectos laborales del despido, lo que resulta imposible por estar excluido tal pronunciamiento de las cuestiones sobre las que se puede resolver a título prejudicial por los Juzgados de lo Social, conforme al artículo 4.1 de la Ley de la Jurisdicción Social.

Lo relevante en este caso, por ello, atendiendo a los hechos probados, sería la evolución de la cuenta de resultados, que pasa a números negativos en el año 2009, esto es, dos años antes del despido. Pero no consta cuándo se realizaron las inversiones y cuando se comenzó la imputación de su coste por vía de amortizaciones y parece que la generación de pérdidas a partir del tal año se debe al inicio de la dotación de amortizaciones en ese ejercicio 2009. Por ello no se puede considerar que, a falta de una plena justificación de la lógica del plan de amortización de aquellas inversiones, esté plenamente probada la existencia de pérdidas.

Es cierto no obstante que desde la reforma laboral de 2010 no solamente las pérdidas de la empresa pueden justificar un despido económico, sino también la "la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas". Sin embargo la apreciación de esta otra causa está muy objetivada en su marco temporal a partir del Real Decreto-Ley 3/2012, debiendo hacerse siempre la comparación de dos periodos de tres trimestres, dato que aquí no consta. No es posible, bajo esta nueva legislación, justificar los despidos sobre las disminuciones



de los ingresos ordinarios o ventas en otros periodos temporales distintos (mayores o menores), como aquéllos a los que se refiere el ordinal segundo de los hechos probados. Es cierto que la exigencia de comparación por periodos de tres trimestres en los términos legales puede dar lugar a resultados paradójicos, pero la voluntad del legislador ha sido, precisamente, que se objetivase así la comparación de los ingresos ordinarios o ventas, excluyendo en este concreto punto otras posibles comparaciones.

Por otra parte hay que tener en cuenta que en dicho hecho probado no solamente no se referencian los datos de dos trimestres a efectos de su comparación, sino que tampoco se nos da el volumen de los "ingresos ordinarios" ni de las "ventas". No puede tomarse como ingresos ordinarios la cifra de negocios, que son conceptos distintos. Tampoco pueden confundirse las ventas con las ventas de vehículos que constan acreditadas (aunque para periodos temporales de referencia distintos a los previstos en la norma, como hemos dicho), porque esa venta solamente es una parte de la facturación de la empresa, al tener también un taller, del que precisamente el despedido era el jefe. Esa caída de ventas de vehículos no podría servir en este caso ni siquiera como causa productiva para justificar el despido del actor, primero porque parece que por decisión del legislador la disminución de ventas ha de tratarse a todos los efectos como causa económica, con sus exigencias propias, y no como causa productiva; segundo porque la misma no se ha alegado como tal por parte de la empresa; y finalmente porque el actor es oficial de primera jefe de taller, sin relación alguna por tanto con la actividad de venta de vehículos.

Todo lo cual significa que las meras cifras contenidas en el ordinal segundo de los hechos probados (y más aún lo que se expresa en la carta de despido) resultan insuficientes para justificar un despido en el marco del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores resultante de la reforma del mismo por el Real Decreto-ley 3/2012.

Por lo cual este motivo de recurso también debe ser estimado y por él procede también declarar la improcedencia del despido.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso

Por lo expuesto y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación presentado por el letrado D. Santiago Ignacio Vegas Nieto en nombre y representación de D. Abilio contra la sentencia de 28 de septiembre de 2012 del Juzgado de lo Social número dos de Valladolid (autos 560/2012), revocando el fallo de la misma para, en su lugar, estimar parcialmente la demanda presentada y en su virtud declarar improcedente el despido del actor, condenando a Carrión S.A. a optar, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, entre el abono al actor de una indemnización de 99.636,28 euros o su readmisión en el puesto de trabajo, en dicho caso con el abono de una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir, a razón de 97,68 euros diarios, desde la fecha de despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se acreditase lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación. Se condena a los codemandados, miembros del comité de empresa de Carrión S.A., a estar y pasar por lo aquí declarado.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm 2031 0000 66 2399 12 abierta a nombre de la sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.



Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha leída y publicada la anterior sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy Fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ