

Roj: **STS 2422/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2422**Id Cendoj: **28079140012017100425**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/06/2017**Nº de Recurso: **2708/2015**Nº de Resolución: **512/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ GAL 4333/2015,**
STS 2422/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 14 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Securitas Seguridad España, S.A., representada y asistida por el Letrado D. David del Río Balado contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recurso de suplicación nº 645/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, en autos nº 326/2014, seguidos a instancia de D. Dimas contra la referida empresa de seguridad ahora recurrente sobre despido. Ha comparecido en concepto de recurrido D. Dimas, representado y asistido por el Letrado D. Matías Movilla García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Rosa María Virolés Piñol

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de noviembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda formulada por Don Dimas, contra la empresa SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA, S.A., en reclamación por Extinción del contrato de trabajo, debo declarar y declaro la nulidad del despido efectuado a la parte actora el 20/02/2014 condenando a la parte demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que readmita al actor en su mismo puesto y condiciones de trabajo con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido 20/02/2014 y hasta su efectiva readmisión a razón de 49,67 €/día.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «1.- La parte actora por Don Dimas, con DNI nº NUM000 ha venido prestando servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de seguridad, con una antigüedad de 01/04/2001, categoría profesional de vigilante de seguridad, y percibiendo un salario mensual bruto de 1.490,22 € con inclusión de prorratas de pagas extraordinarias.- folios 137 a 184;355 a 357.-

2.- El actor ha estado adscrito desde el inicio de la relación laboral al servicio de Zona Franca, habiendo iniciado la relación laboral con Prosegur desde el 01/04/2001 al 31/12/2008 y sucesivamente subrogado por las siguientes empresas: Grupo Cetsa Seguridad desde el 01/01/2009 al 30/10/2010; Sequor Seguridad desde el 01/11/2010 al 31/12/2010 y, por último en Securitas Seguridad desde el 01/01/2011.- folios 137 a 144 y 356.-

3.- El 22 de abril de 2013 Securitas Seguridad España SA comunicó a las secciones sindicales de UGT, CIG y CCOO en Pontevedra el inicio del período de consultas por despido colectivo, con base en causas organizativas y productivas, que afectaba a los 178 trabajadores con categoría de vigilante de seguridad en la citada provincia. Tal comunicación dio origen al ERE nº NUM001, en cuyo ámbito las partes negociadoras



mantuvieron reuniones en fechas 23, 29, 30 de abril, 8, 13, 21, 27 de mayo, 3, 5 de junio, 6 de agosto, 10 y 24 de septiembre de 2013, cuyos términos damos por reproducidos. -hechos probados Sentencia del TSJ de Galicia de 24/01/2014 , folios 248 a 255.-

4.- El 21 de mayo de 2013 los negociadores fijaron los siguientes criterios para designar a los trabajadores afectados:a) Absentismo, sin tener en cuenta el relativo a las ausencias debidas a huelga legal, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, ni bajas consecuencia de enfermedades muy graves o de carácter crónico, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud. b) Rotación en los servicios como

consecuencia de reclamaciones de los clientes, la pasividad y/o falta de proactividad en la prestación del servicio. c) Sanciones y amonestaciones. d) Incidencias en la prestación anotadas en el sistema de calidad, para el caso de que los anteriores generasen un empate.-hechos probados Sentencia del TSJ de Galicia de 24/01/2014 , folios 248 a 255 y folios 360-361, en relación con la testifical de los Sres. Juan ; Nicanor y Don Sabino .-

5.- Con el fin de nominar a los empleados afectados por el ERE, la sociedad demandada ponderó el período 2008/2013, atribuyó al absentismo 1, 2 y 3 puntos según que las ausencias laborales fueran de 1 a 3, de 3 a 5 y más de 10 respectivamente, asignó 5 puntos por cada cambio en el servicio motivado por las reclamaciones de clientes, baremó las sanciones/amonestaciones con 1, 2 y 3 puntos por faltas leve, grave y muy grave respectivamente, y estableció en orden a las incidencias una "ratio" consistente en dividir el número de inspecciones no conformes entre el número de inspecciones realizadas a cada trabajador. En aplicación de tales consideraciones, Securitas Seguridad España SA, confeccionó la lista de afectados, de los cuales 18 estaban afiliados a CIG.- hechos probados Sentencia del TSJ de Galicia de 24/01/2014 , folios 248 a 255.-

6.- El 23 de mayo de 2013 un miembro del comité de empresa por la CIG, había formulado denuncia ante la Inspección de Trabajo, solicitando de ésta "iniciar procedimiento de oficio y posterior declaración de nulidad al amparo del artículo 148 de la Ley de Jurisdicción Social frente a la suspensión de la laboral para 28 trabajadores extinción de los no recolocados mismo, ..."; denuncia que reiteró de mayo y 3 de junio de 2013. La Inspección de Trabajo emitió informes en fechas 4 y 14 de junio de 2013, éste último a instancia de la Xefatura Territorial de la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia en el que hace constar su oposición a los criterios tenidos en cuenta para la selección y a la lista definitiva de los trabajadores afectados por los motivos que enumera y damos por reproducidos.- hechos probados Sentencia del TSJ de Galicia de 24/01/2014 , folios 248 a 255.-

7.- El 24 de mayo de 2013 la empresa comunicó a la representación social y a la Inspección de Trabajo, la anulación de la lista y el orden de llamamientos por no responder a los criterios pactados.El 27 de mayo de 2013 las partes negociadoras acordaron la suspensión temporal de los contratos entre el 30 de mayo y el 30 de septiembre de 2013.En la fecha indicada (27-5-2013), Securitas Seguridad España SA, con base en los cómputos y valoraciones que recoge el hecho probado 5º, decidió la lista de afectados, de los que 16 eran afiliados de CIG.- hechos probados Sentencia del TSJ de Galicia de 24/01/2014 , folios 248 a 255.-

8.- En fecha 17/06/2013 Don Jesús Luis , en su cualidad de Secretario nacional de la Federación de Servicios de CIG, formuló demanda en impugnación de ERE frente a Securitas Seguridad España, S.A, con el objeto se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad del listado de trabajadores afectados por el ERE tramitado. Por Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21/01/2014 , se estimó la demanda presentada declarando "1.- La nulidad por vulneración del derecho fundamental de libertad sindical del listado de trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo elaborada por la empresa demandada el 27 de mayo de 2013. 2.-El derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a sus puestos de trabajo, en su caso y de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Y condenamos a Securitas Seguridad España S.A., a respetar tal declaración". Dicha sentencia es firme.- folios 248 a 255.-

9.- Tras la Sentencia a que se ha hecho referencia en el hecho probado anterior la empresa reincorporó a los trabajadores afectados cursando su alta en seguridad social y dando cuenta de ello al Servicio Público de Empleo Estatal.- folios 283 a 285, 344.-

10.- La empresa comunicó tales circunstancias a la Consellería de Traballo e Bienestar de la Xunta de Galicia. En fecha 03/02/2014 tuvo lugar una reunión de la comisión negociadora y la representación de la empresa a fin de consensuar el procedimiento a seguir para determinar la nueva lista de trabajadores afectados, manifestando la CIG; CCOO y UGT que se respetaran los criterios consensuados en el Acuerdo de 05/2013, y en fecha 13/02/2014 tuvo lugar una segunda reunión en la cual se concretó por la empresa lo siguiente: en primer



lugar, el acuerdo al que se llegó para la extinción de los contratos de trabajo de 9 trabajadores inicialmente afectados por el acuerdo de extinción de 21/05/2013, en concreto: con Don Baldomero ; Don Cosme ; Don Feliciano ; Don Imanol ; Don Pascual ; Doña Vanesa ; Doña Amanda ; Don Teodosio y Don Luis María ; en segundo lugar, la minoración del número de trabajadores afectados en dos, por disponer de ocupación efectiva, y por último el despido de 11 trabajadores. Se excluyeron dos trabajadores que estaban en vías de subrogación por el Concello de Vigo Don Abel y Doña Dulce . Se rectificó igualmente la lista inicial excluyendo a la Sra. Guillerma por padecer una enfermedad grave. El Sr. Juan (comité de Empresa) manifestó que no tenía nada que añadir al acuerdo de 21/05/2013, no dando su conformidad los comparecientes a la forma de proceder de la empresa. Se tiene íntegramente reproducida el Acta de la reunión de fecha 13/02/2014. Estas mismas manifestaciones se vertieron en correo electrónico de fecha 06/02/2014 que en aras a la brevedad se tienen por reproducidos, solicitando se respetaran los criterio acordados el 21/05/2013.- folios 256 a 282; 286 a 290; 329330; 335-336; 388-389; 390-392, en relación con la testifical del Sr. Nicanor .-

12.- Para la elaboración de la nueva lista de afectados a los efectos de extinción de sus respectivos contratos de trabajo, la empresa unilateralmente tomó en consideración el período 28/05/2012 a 27/05/2013, y atendió únicamente al criterio de absentismo, encontrándose en idéntica situación 17 trabajadores, realizando por sorteo la lista definitiva de afectados entre los cuales se encontraba el actor (posiciones del 6 al 16. El actor figuraba en el puesto nº 13). En fecha 20/02/2014 la empresa comunicó al Comité de Empresa que entre los 11 afectados por el sorteo para la extinción de su contrato de trabajo estaba Don Diego , debiéndose excluir al mismo por no pertenecer al colectivo afectado por el ERE extintivo, al tener la categoría profesional de Escolta privado y no de vigilante de Seguridad. Asimismo le comunicó la lista de los 10 trabajadores definitivamente afectados, así como las respectivas cartas de comunicación extintiva de Don Gabino ; Don Jesús ; Don Dimas (actor); Don Raúl ; Don Victoriano ; Don Luis Pablo ; Don Agapito ; Don Borja ; Don Elias ; Don Geronimo .- folios 291 a 323; 394 a 403.-

13.- El actor ha estado en situación de incapacidad temporal durante los siguientes periodos: del 02/04/2012 al 20/09/2012 con el diagnóstico de "Traumatismo craneal. Herida erosiva frontal. Traumatismo torácico cerrado con fractura de cuerpo escápula dch. Policontusionado. Erosiones varias".- folios 185 a 190; 412 a 414.-

14.- En fecha 20/02/2014 la empresa entregó carta al actor comunicándole la extinción de su contrato de trabajo en los siguientes términos:"Muy Sr. Nuestro: Por medio de la presente, ponemos en su conocimiento que, al amparo de lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores , **con fecha de efectos 20 de febrero de 2014, quedará extinguido el contrato de trabajo**, que mantiene con esta empresa, **por despido basado en causas productivas y organizativas**. La decisión de proceder a su despido de forma individual, forma parte del procedimiento de despido colectivo iniciado por la empresa el pasado 23 de abril de que concluyó finalmente **el día 21 de mayo de 2013 con ACUERDO**. En el citado acuerdo se estableció la extinción de los contratos de 27 trabajadores con categoría laboral de vigilante de seguridad, siendo finalmente los afectados por el despido veintidós. En fechas 1 y 31 de octubre de 2013 se llevaron a cabo la extinción de los contratos de los trabajadores que fueron designados en la lista confeccionada en fecha 27 de mayo de 2013. El Sindicato Confederación Intersindical Galega-CIG, en fecha 17 de junio de 2013, formuló ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, demanda en la cual solicitaba la declaración de nulidad del listado de trabajadores afectados por el ERE tramitado por la empresa, dando lugar a los autos 32/2013. Tras la tramitación de los autos y celebración de la vista, la Sala de lo Social dictó sentencia en fecha 21 de enero de 2013 (*debió decir 2014*), notificada el siguiente 30 a las partes, en la cual se estimó la demanda, declarando **la nulidad por vulneración del derecho fundamental de libertad sindical del listado de trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo elaborada por la empresa en fecha 27 de mayo de 2013 así como el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación de sus puestos de trabajo**. Dando cumplimiento al fallo de dicha sentencia, hemos procedido a la readmisión de los trabajadores cuyos contratos fueron extinguidos en su momento; en consecuencia se hace preciso elaborar una nueva lista atendiendo a los criterios de selección pactados entre las partes. Tras la aplicación de dichos criterios, se evidenció la falta de registros respecto de sanciones disciplinarias firmes y rotación en los servicios como consecuencia de reclamaciones de los clientes, pasividad y falta de proactividad en la prestación del servicio, en estas circunstancias, siendo el único criterio objetivable para confeccionar la lista de trabajadores es el absentismo. En reunión conjunta de la representación legal de los trabajadores y la empresa, tenida lugar en fecha 13 de febrero de 2014, se confeccionó la lista definitiva de trabajadores que cumplían el criterio de selección "absentismo", constando la lista de 18 posiciones. Como quiera que todos los integrantes de la lista se encontraron en igualdad de puntos, no siendo posible el desempate por el criterio de selección "incidencias anotadas en el sistema de calidad", se celebró un sorteo por insaculación, cuyas normas se reflejan en el acta de la reunión de 13 de febrero, y que ponemos a su disposición para consulta. De las 18 posiciones de las que consta la lista, resultaron afectados por el despido los trabajadores incluidos entre las posiciones 6 a 16, ambos inclusive, ocupando Ud. la posición nº 5. (*aclaró el demandado que la posición fue la 13*). Es por



ello que en este momento y en esta carta, es cuando procedemos a la concreción individual de la decisión colectiva adoptada y que se efectúa al amparo de lo establecido en el art. 51.4 del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 14 del R.D. 1483/2012, con pleno respeto a las condiciones establecidas en ambos preceptos. Aun cuando a continuación exponemos las causas que justifican la decisión adoptada por la empresa, tiene a su disposición, para su consulta, en las oficinas de la empresa y también a través de los Representantes Legales de los Tribunales, la memoria Explicativa confeccionada por la empresa y que desarrolla las citadas causas de forma más pormenorizada. Es preciso comenzar significando que las dificultades que atraviesa la empresa en Pontevedra, tiene su origen en una conjunción de factores de índole organizativo y productivo, los cuales no sólo están en **el origen sino que también son causa de extinción de los contratos de trabajo**, no sólo en esta empresa sino en cualquier otra, siendo que estas causas están contempladas legalmente como motivos suficientes para acomodar el volumen de la plantilla a las necesidades y circunstancias de pedidos en cada momento. Detallando ahora las causas, la inicial es claramente **productiva**, y se concreta en el descenso acusado en la demanda de horas de vigilancia; sin embargo dado que no ha sido ni correlativo ni proporcional a las horas recortadas el descenso del número de trabajadores contratados en la delegación, se añade una causa **organizativa**. Así, en el mes de abril de 2013, cuando se pone de manifiesto a la representación legal de los trabajadores la situación que atraviesa la compañía en la provincia de Pontevedra, se puede resumir en una frase: **las reiteradas reducciones y cancelaciones sin continuidad por parte de otras empresas de seguridad**, por parte de varios clientes de la provincia de Pontevedra, de los contratos de arrendamientos de servicios de vigilancia hasta ese momento encomendados a nuestra empresa. Esta circunstancia final ha generado un desequilibrio entre las horas de trabajo contratadas por nuestros clientes y las que Ud. y sus compañeros, como trabajadores, han de realizar la reducción del número de horas de trabajo contratadas por los clientes y también de facturación es significativa y :sostenida desde el año 2011, manteniéndose la caída del volumen de horas de trabajo en el año 2012, y culminando en abril de 2013 de la forma que detallamos a continuación: En el año 2011, la disminución de horas de servicio de vigilancia contratadas con nuestros clientes fue equivalente a la jornada anual de 42 trabajadores, de los cuales fueron subrogados a otras compañías del sector 9. En ese momento, fueron recolocados 31 en servicios de vigilancia dependientes de otros clientes y 2, finalmente, vieron extinguida su relación laboral por causas objetivas. En el año 2012, se perdieron horas de trabajo equivalentes a 70 trabajadores, de los cuales 40 fueron subrogados. Fueron recolocados un total de 22 y 8, desgraciadamente, fueron despedidos por causas objetivas. Debemos destacar aquí que, en ese momento, aunque la capacidad de recolocación de trabajadores en servicios de vigilancia dependientes de otros clientes tocó fondo, coincidió en el tiempo con servicios esporádicos relacionados, principalmente, con clientes del sector bancario afectados por reclamaciones de lo que se ha venido a llamar "caso preferentes". El despido colectivo que afectó a la compañía a nivel nacional en diciembre de 2012, no resolvió el exceso de plantilla que hemos detallado en Pontevedra; y como colofón del deterioro de las ventas de la delegación, culmina en el mes de abril de 2013 cuando se hacen públicas las dificultades por las que atraviesa el cliente Pescanova, que desembocó en la fulminante cancelación de todos sus servicios, a la que debemos añadir la del servicio de vigilancia de Samper Refinsa, centro comercial y la pérdida de clientes del servicio de rondas, de acuerdo con el siguiente detalle:

Pérdida Fecha Horas año Jornadas 100%

PESCANOVA 06/04/2013 8.760,00 4,9
PESCANOVA 15/04/2013 8.760,00 4,9
PESCANOVA 15/04/2013 4.380,00 2,5
PESCANOVA 16/04/2013 8.760,00 4,9
SAMPER 30/04/2013 3.458,00 1,9
Centro Comercial 30/04/2013 2.496,00 1,4
Mobile Primer Q 4.740,00 2,7

Cancelaciones totales 41.354,00 23,2

Todos estos datos, y todos los adicionales que fueron solicitados y entregados a la parte social, llevaron a aquellos a aceptar como suficientes las causas motivadoras del despido colectivo, siempre en la intención de lograr un mejor futuro para los trabajadores de la empresa, tal como consta en las actas del proceso negociador. El devenir de la empresa no ha mejorado, pues vigente el periodo de suspensión de contratos de trabajo, en septiembre de 2013 finalizó por cancelación el servicio de vigilancia de nuestro cliente Astilleros y Construcciones As Lagoas, y en el mes de octubre de 2013, el del el Centro social NGB, resultando afectados otros 4 trabajadores. A todo el conjunto de circunstancias anteriormente expuesto hay que añadir otro efecto negativo nuevo: parte de la plantilla sin ubicación no llega a realizar las horas de jornada, rompiéndose



el equilibrio trabajo/salario. Este efecto imposibilita la viabilidad del negocio, al incrementarse de forma insostenible, desproporcionada e injustificada el gasto de personal sin ingresos que lo sustente. Concluimos pues, que los contratos de trabajo han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva, manifestándose una relación directa entre las causas alegadas y la pérdida de la eficacia económica de los contratos de trabajo. El resultado final de ello es la **ruptura del equilibrio organizativo** previo existente y que debe existir entre los encargos realizados por nuestros clientes y las jornadas comprometidas en los contratos de trabajo vigentes con nuestros empleados. En consecuencia, y por todo lo expuesto anteriormente, procedemos a la extinción de su contrato de trabajo. Dando cumplimiento, finalmente, a lo establecido en el art. 51.4 del Estatuto de los Trabajadores , **se pone en este acto a su disposición una indemnización equivalente a 33 días de salario por cada año de servicio, con el tope de doce (12) mensualidades.** En su caso, atendiendo a su antigüedad y salario, supone el derecho al cobro de una indemnización DIECISEIS MIL TRESCIENTOS VEINTE Y TRES EUROS Y SETENTA Y SEIS CENTIMOS (//16.323,76 ?//) brutos. Atentamente." -folios 191 a 193.-

15.- La empresa puso a disposición del trabajador la indemnización legal procedente.-folios 194 a 197.-16.- La empresa, en relación con las sanciones/amonestaciones acordó: En el período marzo/diciembre de 2008 un despido, dos sanciones graves y dos sanciones leves. De enero a junio de 2009 amonestó al trabajador Sr. Valeriano . Durante 2010 dos advertencias por escrito, tres amonestaciones verbales, dos sanciones de empleo y sueldo de 20 y 25 días e incoó dos expedientes por faltas muy graves. En 2011 amonestó por escrito a los trabajadores Sres. Jesús Ángel y Alberto , otra amonestación y sancionó durante 15 días a los trabajadores Sres. Bernabe y Eladio . Durante 2012 sancionó con suspensión de empleo y sueldo de 50 días a los trabajadores Sres. Gumersindo y Alberto . En 2013, hasta el 19 de febrero, amonestó a un trabajador e impuso una sanción leve a otro (Sres. Millán y Santos). -hecho décimo de la Sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24/01/2014 , folios 248 a 255, en relación con la testifical Sr. Nicanor .-

17.- La sociedad demandada, en relación con las incidencias en la prestación anotadas en el sistema de calidad, registró diversas Incidencias en el servicio a los clientes. Las Incidencias diarias en la prestación del servicio se anotaron en oportunos libros; así, aparecen registradas las acontecidas en los períodos 9-10/18-12-2012; 9-11-2012/24-11-2013, 3- 9/28-11-2013.- hecho probado decimoprimer de La Sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24/01/2014 , folios 248 a 255.-

18.- En el Consorcio de la Zona Franca de Vigo vienen prestando servicios un total de 25 vigilantes de seguridad. Según certifica Don Luis Enrique Secretario General del Consorcio de la Zona Franca de Vigo, el actor prestó sus servicios en el mismo satisfactoriamente.- folios 345-346; 411.-

19.- En Octubre de 2013, la empresa procedió a la extinción contractual de tres trabajadores del Centro Social de Novagalicia.-no controvertido.-

20.- El actor no se encontraba en ninguna de las dos listas de afectados presentadas por la empresa con anterioridad a la Sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.-no controvertido.-

21.- La existencia de causas productivas y organizativas en el momento en que se acordó el despido colectivo no fueron discutidas. Existía un acusado descenso en la demanda de horas de vigilancia, sin el correlativo descenso de número de trabajadores.- testifical de los Sres. Sabino ; Sr. Nicanor y Sr. Juan .-

22.- Durante el año 2013 en la empresa se realizaron horas extras.-folios 415 a 420.-

23.- El actor no es ni ha sido representante legal de los trabajadores en el último año.-no controvertido.-

24.- Se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC de Vigo el 18/03/2014 habiéndose Celebrado el acto en fecha 07/04/2014 con el resultado de sin avenencia.- folio 13.- »

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Securitas Seguridad España, S.A., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 26 de mayo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que Desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Tres de Vigo de fecha 17 de noviembre de 2014 , debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el Letrado de Securitas Seguridad España, S.A. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 6 de mayo de 2014 (rec. 808/2014).



QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 31 de mayo de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso se centra en determinar si la empresa aplicó o no correctamente los criterios de selección de los trabajadores afectados por los despidos individuales adoptados en el marco de un ERE, y la calificación que, en su caso, merece el incumplimiento.

Es objeto del recurso, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de mayo de 2015 (rec. 645/2015), confirmatoria de la de instancia que con estimación de la demanda declara la nulidad del despido objetivo adoptado en el marco de un despido colectivo, con condena a la empresa SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA, a las consecuencias inherentes a tal declaración.

Consta acreditado que, tras el periodo de consultas, se alcanzó un Acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores en fecha 21/05/2013, fijando los criterios para designar a los trabajadores afectados, que se relatan en extenso en el hecho probado cuarto y se dan aquí por reproducidos (absentismo, rotación en los servicios, sanciones y amonestaciones e incidencias). En aplicación de tales criterios, SECURITAS confeccionó la lista de afectados. Tras diversas vicisitudes, en junio de 2013, se formuló demanda en impugnación de ERE, que fue estimada por sentencia del TSJ de Galicia de 21/01/2014 declarando la nulidad del listado de trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo elaborado por la empresa demandada el 27 de mayo de 2013, por vulneración del derecho a la libertad sindical, con condena a la reincorporación de los mismos. Tras diversas reuniones entre la comisión negociadora y una representación de la empresa a fin de consensuar el procedimiento a seguir para determinar la nueva lista de trabajadores afectados, se acordó que se respetarían los criterios consensuados en el Acuerdo de 21/05/2013, concretando finalmente la empresa los trabajadores afectados, no dando conformidad los sindicatos comparecientes a la forma de proceder de la empresa, solicitando se respetaran los criterios acordados en el acuerdo de 21/05/2013. Para la elaboración de la nueva lista de afectados a los efectos de la extinción de sus respectivos contratos de trabajo, la empresa unilateralmente tomó en consideración el periodo de 28/05/2012 a 27/05/2013 y atendió únicamente al criterio de absentismo, y encontrados en idéntica situación 17 trabajadores realizó por sorteo la lista definitiva de afectados entre los que se encontraba el actor. En fecha 20/02/2014 la empresa entregó carta al actor comunicándole la extinción de su contrato de trabajo, al amparo de lo dispuesto en el despido colectivo.

Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación, sostienen que la empresa incumplió el acuerdo al que se llegó en mayo de 2013, declarando la nulidad del despido. En el acuerdo de mayo de 2013, se fijaron como criterios para designar a los trabajadores afectados: a) absentismo, b) rotación en los servicios, c) sanciones y d) incidencias, y sin embargo, la empresa únicamente acudió al criterio del absentismo, cuando la existencia de situaciones en las que aplicar tales criterios existía. Dado que la empresa estableció un nuevo criterio, en base a una sola causa, se estima que no respetó lo pactado, en particular las prioridades de permanencia del despido colectivo, y concluye con la nulidad del despido en aplicación del art. 124.3 LRJS.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia, por la empresa demandada SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que sostiene básicamente que se han cumplido los criterios de selección de trabajadores. Invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de mayo de 2014 (rec. 808/2014) aclarada por Auto de 24 de junio de 2014, que revoca la de instancia, y con estimación parcial de la demanda declara la improcedencia del despido del demandante de 12/12/2012.

Consta en dicha sentencia referencial, que en la empresa BRIDGESTONE se siguió un ERE extintivo cuyo periodo de consultas finalizó con Acuerdo con la representación del personal, de fecha 5/12/2012, Acuerdo en el que se incluyeron los criterios de selección de las personas afectadas y dejando a la empresa la determinación de las mismas, según consta en el acta final: "la concreción de los trabajadores afectados por el despido será competencia exclusiva de la empresa". No obstante la empresa no aplicó el criterio número 3 de los inicialmente incluidos para los grupos profesionales de Producción y Servicio de Fabricación en el escrito de comunicación del periodo de consultas.

La Audiencia Nacional dictó sentencia el 11/03/2013 desestimando una demanda colectiva frente al Acuerdo y ratificando los criterios de selección pactados. Al demandante se le notificó, con fecha de efectos de 31/12/2012, su despido individual por causas económicas y productivas, mediante una extensa carta en la que se hacen constar las causas del despido y se relacionan los también extensos criterios de selección, así



como la indicación del concreto criterio en aplicación del cual ha sido despedida cada persona, si bien no se indicaba el específico modo en que dicho criterio de selección afectaba o se aplicaba a cada trabajador.

La Sala de suplicación sostiene que la empresa no ha aplicado correctamente los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo puesto que no cabe excluir el criterio de antigüedad respecto a quienes prestan servicios en puestos clave.

Ciertamente concurren circunstancias fácticas diferenciadas en los asuntos resueltos en las sentencias objeto de comparación, con las que provocaron la nulidad del primer listado de trabajadores y la nueva lista de afectados. Ahora bien, tal diferencia no se considera relevante, por no tratarse este de un elemento decisivo para la sentencia de suplicación, que no aborda la problemática de que la segunda lista pudiere estar injustificada por el periodo de consultas inicial. No obstante ello, y teniendo en cuenta las soluciones dispares que aportan ambas sentencias, ha de apreciarse la existencia de la contradicción requerida por el art. 219 de la LRJS, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal. Y superado el requisito de la contradicción procede entrar en el examen de los concretos motivos de recurso.

TERCERO.- 1.- El motivo de censura jurídica lo dedica el recurrente a denunciar la infracción de los arts. 124.13, apartados a) 3 y 4º y b) 3º de la LRJS, así como del art. 51.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Pretende la empresa recurrente que se declare la improcedencia del despido.

Las causas de nulidad del despido individual dimanante de uno colectivo previo son tasadas: Así, el despido es nulo cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 122.2 de la LRJS; cuando el despido colectivo no se hubiera impugnado, será nulo si se ha omitido el periodo de consultas o cuando no se respeten las prioridades de permanencia legal o convencionalmente establecidas; y en el caso de haberse impugnado, asimismo por no respetarse las prioridades de permanencia.

En el presente caso, los criterios de selección establecidos en el Acuerdo alcanzado antes referido, no se han respetado.

Esta Sala IV/TS ha tenido ocasión de analizar la cuestión relativa a determinar si el incumplimiento por el empresario de los criterios de selección pactados durante el periodo de consultas es determinante de la nulidad o la improcedencia del despido, aunque de forma indirecta, entre otras en las SSTS/IV de 13 de julio de 2015 (rcud. 2691/2014), que justamente es la que confirma la sentencia referencial, 25 de noviembre de 2016 (rcud. 3967/2014) y la de 8 de febrero de 2017 (rcud. 614/2015), puesto que todas ellas desestiman los respectivos recursos apreciando falta de contradicción.

2.- Respecto a la prioridad de permanencia, el art. 13 del RD. 1483/2012 señala: *"1.- Conforme a lo establecido en el art. 51.5 y 68 b) del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo. 2.- Dicha prioridad de permanencia favorecerá igualmente a los trabajadores pertenecientes a otros colectivos cuando así se hubiera pactado en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad. 3.- La empresa deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el art. 12 la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa"*.

El supuesto enjuiciado, no nos hallamos en ninguno de los supuestos enumerados en el precepto; y no obstante ello, la nulidad del despido contemplada en la ley, está reservada a los supuestos de prioridad de permanencia. La nulidad apreciada en la sentencia recurrida es la consecuencia de que la empresa ignorara cualquier otro criterio de selección distinto al absentismo, que además limitaba a un periodo concreto unilateralmente elegido. Tal actuar merecía la calificación del despido como improcedente, como el recurrente pretende en el recurso, y no la de nulidad prevista en el art. 124.13 de la LRJS, por lo que la buena doctrina se contiene en la sentencia referencial.

CUARTO.- Por cuanto antecede, y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, ha de estimarse el recurso, casando y anulando la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, estimar el recurso de tal naturaleza formulado por la empresa demandada, y con revocación en parte de la sentencia de instancia, estimar en parte la demanda, declarando la improcedencia del despido del trabajador, condenando a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días contados desde la notificación de la presente sentencia, opte por la inmediata readmisión del mismo con el abono de los salarios dejados de percibir o por la indemnización que resulte del art. 56 ET, teniendo en cuenta la antigüedad y salario fijados en el primero de los hechos probados de la sentencia. No procede la imposición de costas (art. 235.1 LRJS), acordándose la devolución de los depósitos establecidos para recurrir, dándose a la consignación el destino legal.

**FALLO**

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

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. David del Rio Balado, en nombre y representación de SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA, contra la sentencia de 26 de mayo de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación núm. 645/2015 , formulado frente a la sentencia de 17 de noviembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo seguidos a instancia de D. Dimas , contra la ahora recurrente SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA. sobre despido. 2º) Casar y anular la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, estimar el recurso de tal naturaleza formulado por la empresa demandada, y con revocación en parte de la sentencia de instancia, estimar en parte la demanda, declarando la improcedencia del despido del trabajador, condenando a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días contados desde la notificación de la presente sentencia, opte por la inmediata readmisión del mismo con el abono de los salarios dejados de percibir o por la indemnización que resulte del art. 56 ET , teniendo en cuenta la antigüedad y salario fijados en el primero de los hechos probados de la sentencia. 3º) Sin costas. Se acuerda la devolución de los depósitos establecidos para recurrir, y dar a la consignación el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D.^a Rosa María Virolés Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.