



Roj: **STSJ AS 4559/2012 - ECLI:ES:TSJAS:2012:4559**

Id Cendoj: **33044340012012103017**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2012**

Nº de Recurso: **2563/2012**

Nº de Resolución: **3110/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 03110/2012

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2012 0102621

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002563 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 462/2012 del JDO. DE LO SOCIAL nº 3 d1e OVIEDO

Recurrente/s: Marino

Graduado/a Social: RUBEN MONTESERIN AMEZ

Recurrido/s: ELVIRO VAZQUEZ SA (EVASA), ADMINISTRACION CONCURSAL DE AUCONLEX SL , FONDO DE GARANTIA SALARIAL , MINISTERIO FISCAL

Abogado/a: JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO, ABOGADO DEL ESTADO

Sentencia nº 3110/2012

En OVIEDO, a treinta de noviembre de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el Tribunal de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, formado por los Ilmos. Sres. D^a. MARÍA ELADIA FELGUEROSO FERNÁNDEZ, Presidenta, D. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ y D^a. MARÍA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN **2563/2012**, formalizado por el Graduado Social D. Rubén Monteserín Ámez, en nombre y representación de D. Marino , contra la sentencia número 450/2012 dictada por el JDO. DE LO



SOCIAL N. 3 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 462/2012, seguido a instancia del citado recurrente frente a la empresa ELVIRO VÁZQUEZ SA (EVASA), representada por el Letrado D. Jorge Álvarez de Linera Prado, la Administración Concursal de la empresa AUCONLEX SL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y habiéndose designado en calidad de Magistrado-Ponente al **Ilmo. Sr. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Marino presentó demanda contra la empresa ELVIRO VÁZQUEZ S.A. (EVASA), la Administración Concursal de la empresa AUCONLEX S.L. y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y habiéndose turnado para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 450/2012, de fecha veintinueve de agosto de dos mil doce.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- En ERE NUM000 se dictó resolución por la autoridad laboral el 2 de diciembre de 2011 en virtud de la cual se resolvía: "Autorizar a la empresa ELVIRO VÁZQUEZ S.A., nº CIF A33041583 de Llanera, conforme a los acuerdos suscritos entre la empresa y el Comité de Empresa de los trabajadores, que se adjuntan como anexo I, a proceder a la suspensión de los contratos de trabajo de los 95 trabajadores relacionados en el anexo II, que comienza por D. Luis Manuel y termina por D. Romulo durante un periodo de tiempo de 12 meses, a partir del 1 de diciembre de 2011 y según las condiciones establecidas en el Acuerdo".

El acuerdo con la representación legal de los trabajadores establecía que la duración del ERE suspensivo sería como máximo de un año, dentro del cual cada trabajador vería suspendido su contrato de trabajo un máximo de tres meses, los operarios de administración y oficina técnica verían reducida su jornada en un 50%, durante el ERE no se podrían hacer horas extras y no se perdería la antigüedad a todos los efectos,

Así resulta de sentencia dictada el pasado 25 de junio de 2012 (autos 378-12) por este mismo juzgado.

2º.- El 3 de abril de 2012 se le comunica al demandante (sic):

"Muy Sr. nuestro:

De conformidad con lo establecido en el art. 53.1 a) del Estatuto de los Trabajadores le comunicamos que, procedemos a la extinción de su contrato con efectos del día de hoy 3 de abril de 2012, en base a lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en concreto, con causa en el EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO NÚMERO NUM001, cuyo inicio de periodo de consultas fue anunciado a la autoridad laboral, con fecha 29 de febrero de 2012, y del que es plenamente conecedor.

En tal sentido, transcurridos 30 días desde la comunicación de inicio del periodo de consultas, y habiéndose comunicado a la autoridad laboral, tanto el aludido inicio del periodo de consultas, como la decisión extintiva adoptada por la empresa, procedemos a su comunicación individual.

Por todo ello, esperamos comprenda las razones que nos llevan a tomar esta medida que supone la resolución de su contrato de trabajo.

Así mismo, la empresa le reconoce el derecho a la indemnización legal prevista en el art. 53.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, entregándole adjunto la liquidación de las cantidades pendientes y finiquito, significándole que conforme al art. 208.1.1 d) de la vigente Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, en su redacción aprobada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en relación con la Disposición Transitoria Segunda, apartado 3.a) de ésta última, la presente notificación escrita de despido le da derecho a encontrarse en situación legal de desempleo y a solicitar, si reúne el resto de requisitos legales, la prestación por desempleo.

Sin otro particular, rogamos firme el duplicado de la presente carta en prueba de haber quedado notificado/a y conforme.

Atentamente".

En la documentación entregada simultáneamente con la carta de despido se le reconocía una indemnización por despido de 12.433,30 € (f. 503º), que no consta abonada. Se le entregó asimismo certificado de empresa a efectos de desempleo y nóminas pendientes de pago, entre ellas la extra de Navidad de 2011.



Tiene reconocida en la empresa una antigüedad de 20 de septiembre de 1999 con fecha de alta de asimismo 20 de septiembre de 1999. Su categoría es la de oficial de 2ª y el salario día en cómputo anual de 51,62 euros (18.843,33 euros/año).

Prestaba servicios en Pol. Ind. Silvota C/ Peñasanta 65, 33192 Llanera (Asturias), sujeto en cuanto a sus condiciones laborales al Convenio Colectivo del Metal - Asturias. Tenía contrato indefinido a tiempo completo si bien inició la relación laboral merced a la suscripción de un contrato de trabajo temporal, de obra o servicio determinado a tiempo completo cuyo objeto contractual era la obra sita en Hotel Vila de Avilés. No consta fraude en la suscripción de éste.

Fue incluido en el ERE suspensivo NUM000 en el 1º turno de afectados.

3º- El 24 de abril de 2012 presentó papeleta ante la UMAC versando sobre despido, cuyo acto previo concluyó con el resultado de darse por "intentado sin efecto" el día 8 de mayo de 2012, presentándose la posterior demanda, turnada por reparto a este Juzgado, el día 17 de mayo de 2012.

4º.- EVASA ha sido declarada en concurso ordinario y voluntario acreditado su estado de insolvencia actual, merced a Auto de 27 de abril de 2012 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo (autos 75-12), designándose como administrador concursal a Auconlex S.L., quedando intervenidas las facultades de administración y disposición del patrimonio del deudor concursado por la referida administración concursal que deberá autorizarlas o prestarles conformidad.

5º.- El 24 de febrero de 2012 EVASA participó a la Consejería de Economía y Empleo del Principado de Asturias la apertura de periodo de consultas para la extinción de 49 contratos de trabajo de su plantilla de 98 operarios, acompañando:

a) informe de gestión

b) balance de situación y cuentas de pérdidas y ganancias de los últimos 2 años.

c) cuentas anuales de los últimos 2 ejercicios, así como copia de la notificación dirigida a la representación de los trabajadores y memoria explicativa de las causas económicas/productivas del despido colectivo; especificando que el periodo previsto para realizar los despidos es el de 60 días a partir de los 15 días desde el inicio del periodo de consultas que tendrá lugar el próximo 28 de febrero de 2012, que serán afectados los trabajadores no asociados a obra determinada, en concreto por categorías: 7 especialistas, 1 peón, 12 oficiales de 3ª, 7 oficiales de 1ª, 15 oficiales de 2ª, 1 conductor, 1 peón especialista, 1 auxiliar administrativo, 1 administrativo, 1 encargado de chapa y 2 ingenieros técnicos. Se especificaban asimismo las categorías de los 98 empleados: 7 especialistas, 24 oficiales de 1ª, 3 encargados,

El 24 de febrero de 2012 se comunicó a la representación legal de los trabajadores la apertura del periodo de consultas para el día 28 de febrero de 2012, adjuntando documentación contable, copia de la comunicación a la autoridad laboral, memoria explicativa de las causas de la solicitud, El ERE se registró bajo el nº 2012/203.

El 5 de marzo de 2012 se presentó ante la Consejería documentación complementaria (TC2 de los últimos 6 meses, impuesto de sociedades de los últimos 3 ejercicios, ...).

A requerimiento de la Consejería se presentó asimismo el 5 de marzo de 2012 comunicación de la apertura del periodo de consultas a la representación legal de los trabajadores (la previa remitida no estaba firmada) suscrita ya a data 27 de febrero de 2012 por Don Carmelo , Presidente del Comité de empresa de EVASA.

6º.- Son miembros del Comité de empresa de EVASA desde las pasadas elecciones sindicales de diciembre de 2008:

- Anselmo (CC.OO.)
- Edmundo (CC.OO.)
- Fermín (CC.OO.)
- Hilario (CC.OO.)
- Leon (CC.OO.)
- Obdulio (UGT)
- Sabino (UGT)
- Loreto (UGT)
- Jose Carlos (UGT).



El 10 de abril de 2012 el Presidente del Comité de Empresa Anselmo firma comunicación dirigida a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social del Principado (UMAC) participando:

"Que, según consta en documento adjunto, Edmundo , provisto de DNI nº NUM002 y Hilario , provisto de DNI nº NUM003 , han causado baja en la Empresa y, por tanto, en el Comité de Empresa de EVASA, por el Colegio de Especialistas y No Cualificados, en representación de CC.OO., de acuerdo con las elecciones sindicales celebradas el día 19 de diciembre de 2008 (acta nº NUM004); asimismo ha causado baja en la empresa Ángel Jesús , provisto de DNI nº NUM005 , primer suplente, procediendo, por tanto, su sustitución por Andrés , provisto de DNI nº NUM006 y por Calixto , provisto de DNI nº NUM007 , siguientes en la lista".

Hilario (declaración del mismo en autos 389-12 de este juzgado) solicitó voluntariamente ser incluido en ERE extintivo, a lo que la empresa accedió.

7º.- Se mantuvieron distintas reuniones entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, asistiendo igualmente asesores sindicales, por ejemplo don Everardo del Sindicato UGT, comenzando por la de 28 de febrero de 2012; siendo trasladadas las negociaciones que se venían manteniendo a los trabajadores afectados y no afectados en asambleas convocadas al efecto, celebrándose dos de ellas en la sede de CC.OO. y una tercera en el patio del centro de trabajo.

A los sindicatos se les trasladó toda la documentación contable que estudiaron con economistas, no llegándose a acuerdo por la empresa con la representación legal de los trabajadores pese a no discutir los representantes la concurrencia de las causas objetivas y reconocer que de no adoptarse medidas la situación empresarial iría a peor.

º Así resulta de lo actuado en esta litis y constatado asimismo en autos 378, 383, 389 y 393/2012 previos de este Juzgado.

8º.- La empresa en 2010 había tenido una cifra neta de negocio de 11.034.124,82 euros que en 2011 (31 de octubre de 2011) se redujo a 7.246.298,26 euros; beneficios en 2010 (68.750,18 euros) y pérdidas en 2011 (-171.041,22 euros).

Los gastos de personal representaban en 2011 2.320.406,74 euros y en 2010 2.965.521,22 euros, los demás gastos de la explotación 421.712,28 euros en 2010 y 479.800,87 euros en 2011. El resultado financiero fue de -286.110,93 euros en 2010 y de -225.415,85 euros en 2011. Todos los datos de 2011 están referidos a 31 de octubre de 2011, con activo patrimonial a esta fecha de 7.081.752,90 euros, en 2010 de 8.152.485,43 euros y en 2009 de 9.680.520,91 euros.

El resultado del ejercicio 2012 a 31 de marzo de 2012 era de -298.388,70 euros.

A 31 de diciembre de 2011 de -1.026.946,69 euros.

9º.- La Consejería de Economía y Empleo del Gobierno del Principado comunicó al SPEE el inicio del expediente, y recabó, comunicada por la empresa el 3 de abril de 2012 la finalización del período de consultas "sin acuerdo" y el listado de los 49 trabajadores afectados, informe de la ITSS de Asturias, que lo emitió el 20 de abril de 2012 en el sentido de que la negociación se desarrolla de buena fe por ambas partes, la empresa atiende la petición de incluir en el expediente a aquellos trabajadores que lo solicitaron voluntariamente, ha versado la negociación sobre la posibilidad de evitar o reducir despidos, se ha formalizado el Convenio Especial para trabajadores mayores de 55 años regulado en el art. 51.9 del Estatuto de los Trabajadores , ..., exponiendo ante la Inspectora la representación legal de los trabajadores que no pueden aceptar el despido de compañeros de trabajo máxime cuando la empresa les ha indicado la imposibilidad de abonar en la fecha las indemnizaciones de los trabajadores afectados, no versando la oposición acerca de la discusión o negativa de las causas objetivas invocadas por la empresa en su concurrencia real para llevar a cabo los despidos. F. 210º útil.

A la reunión con la ITSS acudió, entre otros, Don Anselmo (CC.OO.), Presidente del Comité, y Doña Loreto , miembro del mismo por la candidatura de U.G.T.

A la última se le había entregado el 2 de abril de 2012 el listado de 49 trabajadores afectados en modelo oficial que fuera remitido también el 3 de abril de 2012 a la Consejería de Economía y Empleo del Principado de Asturias.

El 10 de abril de 2012 a petición de CC.OO. se entregó al Comité de empresa un nuevo listado, esta vez abreviado de los operarios afectados.

Dentro del comité de empresa de EVASA no existen relaciones cordiales entre los miembros según candidaturas en las que fueron elegidos: CC.OO./U.G.T.



10º.- El 3 de abril de 2012, como se dijo, la empresa EVASA comunica a la Consejería la decisión final de despido colectivo de los 49 contratos de trabajo de los trabajadores recogidos en listado adjunto, con efectos de 4 de abril de 2012 e indemnización de 20 días/año de servicio con prorrateo por meses de los periodos inferiores al año, la finalización del periodo de consultas "sin acuerdo", solicitando asimismo se la tenga por desistida del ERE suspensivo anterior.

El 11 de abril de 2012 remite EVASA a la Consejería listado en modelo oficial de los 56 trabajadores no afectados por el expediente. F. 187º y ss.

El 25 de abril de 2012 dicta la Consejería resolución acordando la comunicación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo de la decisión empresarial de despido colectivo.

11º.- El 2 de mayo de 2012 la empresa comunica a la Consejería listado final definitivo de trabajadores afectados (42) y no afectados (64). El actor estaba incluido en el listado de 49 trabajadores afectados y asimismo en el de 42 operarios.

Los 42 trabajadores afectados eran:

Nombre Fecha nacimiento Categoría Antigüedad Salario mes

1. Luis Manuel NUM008 .53 oficial 1ª 19.01.83 2.194,50 €
2. Dionisio NUM009 .51 oficial 1ª 19.01.83 1.812,15 €
3. Adelina NUM010 .83 delineante 19.11.11 1.539,08 €
4. Gines NUM011 .56 oficial 1ª 01.02.83 2.358,87 €
5. Julián NUM012 .61 oficial 1ª 21.03.88 1.739,72 €
6. Moises NUM013 .63 encargado chapa 01.07.97 1.620,06 €
7. Samuel NUM014 .78 oficial 2ª 01.07.96 1.641,45 €
8. Carlos Daniel NUM015 .72 oficial 2ª 01.09.96 1.548,45 €
9. Luis Enrique NUM016 .84 especialista 26.01.07 1.817,82 €
10. Bartolomé NUM017 .79 oficial 2ª 03.02.97 1.444,60 €
11. Dimas NUM018 .79 oficial 3ª 05.02.97 1.945,81 €
12. Florian NUM019 .80 oficial 2ª 10.03.97 2.037,18 €
13. Justo NUM020 .73 administrativo 28.07.97 2.028,06 €
14. Pablo NUM021 .74 oficial 3ª 28.07.97 1.522,10 €
15. Ángel Jesús NUM022 .70 oficial 1ª 01.09.97 1.617,58 €
16. Edmundo NUM023 .65 oficial 2ª 01.09.97 1.900,37 €
17. Vidal NUM024 .71 oficial 2ª 06.10.97 1.516,52 €
18. Hilario NUM025 .80 oficial 1ª 12.01.88 1.939,79 €
19. Juan Pedro NUM026 .75 oficial 2ª 13.10.98 1.655,25 €
20. Alfonso NUM027 .83 oficial 2ª 02.08.99 1.882,51 €
21. Marino NUM028 .81 oficial 2ª 20.09.99 1.517,45 €
22. Celestino NUM029 .83 oficial 2ª 09.02.00 1.840,34 €
23. Eusebio NUM030 .86 especialista 21.12.05 1.754,58 €
24. Horacio NUM031 .83 especialista 10.07.00 1.893,44 €
25. Lucio NUM028 .84 oficial 3ª 29.04.02 1.889,14 €
26. Raúl NUM032 .82 oficial 2ª 07.05.02 1.939,73 €
27. Angelina . NUM033 .77 aux. admvo 03.02.03 1.609,20 €
28. Carlos José NUM034 .86 especialista 27.10.03 1.564,55 €
29. Victor Manuel NUM035 .87 oficial 3ª 19.01.04 1.771,14 €



30. Avelino NUM036 .87 especialista 04.02.04 1.770,09 €
31. Desiderio NUM037 .88 peón 19.02.04 1.717,86 €
32. Fructuoso NUM038 .83 oficial 3ª 14.10.05 1.858,26 €
33. Justino NUM039 .84 oficial 3ª 12.04.04 1.528,35 €
34. Pedro NUM040 .86 oficial 3ª 21.04.04 1.794,29 €
35. Valentín NUM041 .87 oficial 3ª 09.09.04 1.630,34 €
36. Juan María NUM042 .87 especialista 15.09.04 1.781,87 €
37. Adrian NUM043 .78 oficial 2ª 08.11.04 1.716,54 €
38. Camilo NUM009 .85 oficial 3ª 01.01.05 1.591,34 €
39. Esteban NUM044 .86 oficial 3ª 01.02.05 1.759,85 €
40. Hugo NUM045 .89 especialista 09.05.05 1.376,09 €
41. Mariano NUM046 .87 especialista 01.08.05 1.778,69 €
42. Rogelio NUM047 .73 oficial 3ª 22.08.05 1.887,08 €.

12º.- De los 49 iniciales se excluyó del ERE a los siguientes trabajadores:

- Luis Antonio , nacido el NUM048 de 1954, encargado, con antigüedad de 19 de enero de 1983 y salario de 1.877,81 €;
- Adriano , nacido el NUM049 de 1975, oficial de 1ª con antigüedad de 1 de septiembre de 1996 y salario de 1.708,77 €;
- Clemente , nacido el NUM050 de 1951, conductor, con antigüedad de 12 de junio de 2000 y salario de 1.552,17 €;
- Felipe , nacido el NUM051 de 1982, oficial de 2ª con antigüedad de 1 de abril de 2004 y salario de 1.564,31 €;
- Ariadna , nacida el NUM052 de 1977, ingeniero técnico, con antigüedad de 9 de octubre de 2006 y salario de 2.177,10 €;
- Matías , nacido el NUM053 de 1973, oficial de 1ª con salario de 1.552,18 € y antigüedad de 10 de agosto de 2010;
- Secundino , nacido el NUM054 de 1986, oficial de 3ª con salario de 1.549,21 € y antigüedad de 1 de enero de 2005.

Figuraban en el anexo inicial (49 trabajadores) con los números 3, 9, 23, 32, 45, 47 y 49 de la relación.

13º.- En abril de 2012 la empresa tenía saldos negativos en sus cuentas bancarias, en una de ellas saldos negativos de unos - 70.000 € de media de 1 de enero de 12 a 11 de abril 12, en otra en abril de 2012 (1 de abril a 15 de abril de 2012) un saldo negativo de - 305.766,60 €, en una tercera saldo negativo de - 382.905,65 € (23 de marzo de 2012 a 25 de abril de 2012), en una cuarta un saldo negativo de - 100.424,10 € a 3 de abril de 12, en otra - 521,13 € a 2 de abril de 2012,

Había alguna con saldos positivos:

- Bankia: + 899,96 € el 1 de marzo de 2012
- CajAstur: + 2.594,19 € de saldo de capital a 3 de abril de 2012
- "La Caixa": + 18.654,04 € el 4 de abril de 2012.

Debía la empresa al Banco de Santander 165.073,90 € el 16 de abril de 2012 y al Banco Pastor el 6 de abril de 2012 244.840,58 €.

14º.- No ostentó el actor cargo efectivo de representación legal o sindical de los trabajadores.

15º.- Don Camilo el 9 de abril de 2012 solicitó de la Consejería copia de la comunicación de inicio de apertura del período de consultas, copia del acuerdo alcanzado con la representación sindical, copia de la lista de afectados o confirmación de que figura en ella, copia de la resolución de la Dirección General de Trabajo; el propio 9 de abril de 2012 firmó recepción de entrega de lo solicitado.

Dionisio el 9 de abril de 2010 solicitó ante la Consejería vista de lo actuado en ERE NUM001 .



El 3 de mayo de 2012 se entregó por la Consejería a Don Samuel copia de la documentación interesada: comunicación apertura período consultas, acta final sin acuerdo, informe de la ITSS, memoria explicativa.

El hoy demandante había asistido a las asambleas de trabajadores celebradas en CC.OO. y en el centro de trabajo.

16º.- El 30 de mayo de 2012 la Consejería de Economía y Empleo del Gobierno del Principado de Asturias comunicó a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo la decisión de extinguir en ERE NUM055 los contratos de trabajo de 23 operarios por la empresa "Arturo Fernández González S.L." (B. 74.144.767), con domicilio en Llanera y dedicada a la actividad de construcción, cuyo período de consultas iniciado el 24 de febrero de 2012 había finalizado asimismo el 25 de marzo de 2012 "sin acuerdo". Así resulta de autos 393-12 de este Juzgado.

17º.- El asimismo miembro del comité de empresa, Don Fermín , que no había depuesto en anteriores procedimientos de este juzgado, declara también que admitían las causas alegadas por la empresa para proceder al ere extintivo, no discutiéndolas en su realidad y justificación del ere, pero que no se llegó a un acuerdo final con la empresa en esencia ya que carecía de liquidez/tesorería para hacer frente al pago de las indemnizaciones que el despido colectivo comportaba para los afectados.

18º.- El 14 de febrero de 2012 don Celestino , Florian , Marino y Raúl (oficiales de 2ª), y don Dimas , Victor Manuel , Esteban y Lucio (oficiales de 3ª), presentaron papeleta conciliatoria reclamando de EVASA el pago de la extra de Navidad, concluyendo el acto celebrado con el resultado de "sin avenencia" el día 27 de febrero de 2012. La empresa en el seno del acto reconoció adeudarles las sumas reclamadas pero no poder abonarlas por el momento por falta de liquidez. F. 561º útil.

El 13 de marzo de 2012 presentaron los ocho solicitud de procedimiento monitorio por las mismas sumas y concepto ante el Juzgado Decano de Oviedo.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda formulada por Don Marino (NUM056) contra la empresa ELVIRO VÁZQUEZ S.A. - EVASA (CIF. A. 33.041.583), administración concursal AUCONLEX S.L., FOGASA y MINISTERIO FISCAL, debo absolver y absuelvo a los demandados de sus pedimentos, declarando procedente el despido de efectos 3 de abril de 2012, teniendo derecho el actor a percibir de la empresa una indemnización de 12.990,69 € y considerándose en situación de desempleo por causa al mismo no imputable; sin perjuicio de la subsidiaria responsabilidad legal del Fogasa.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Marino formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la representación de la empresa codemandada.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 26 de octubre de 2012.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 15 de noviembre de 2012 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.- Frente a la Sentencia de instancia, desestimatoria de las pretensiones deducidas en la demanda originadora del proceso, interpone el accionante recurso de suplicación que fundamenta, de un lado en el motivo contemplado en el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , revisión de hechos probados, y de otro en el recogido en el punto c) del mismo precepto, infracción de normas sustantivas y/o de la jurisprudencia, recurso que es impugnado por la empresa demandada.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de los indicados motivos suplicacionales viene la Sala obligada a resolver sobre la procedencia o no de la admisión de los documentos aportados con el escrito de impugnación, resolución que a fin de evitar la demora que supondría el dictado del previo Auto previsto en el artículo 233 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , y en orden a garantizar el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas que contempla el artículo 24.2 de la Constitución , resulta oportuno efectuar aquí. Los reseñados documentos, consistentes en Sentencias dictadas por un Juzgado de lo Social de Oviedo resolviendo similares impugnaciones de otros trabajadores de la empleadora demandada, y un Decreto del Secretario Judicial de uno de aquéllos teniendo por desistido a un trabajador del recurso de



suplicación interpuesto, no pueden ser incorporados a las actuaciones, fundamentalmente porque se trata de simples fotocopias que no compulsadas ni testimoniadas carecen de la autenticidad necesaria para el fin pretendido, no constando, además y consecuentemente, su firmeza. A ello se une, de un lado que la parte no propone revisión alguna del relato fáctico de la Resolución de instancia con base en tal documental, y de otro que el contenido de ésta no es por tanto por sí mismo decisivo para la resolución del recurso ni apto para dar lugar a posterior recurso de revisión.

TERCERO.- Respecto del primero de los motivos enunciado en el escrito de formalización cabe señalar que para evitar que la discrecionalidad jurisdiccional se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia, éste debe adecuarse a la observancia de determinados requisitos, a saber:

1º) La revisión de la versión histórica de una Sentencia no permite ni faculta al Tribunal ad quem a efectuar nueva valoración global y conjunta de la totalidad de la prueba practicada, sino que la misma se limita y debe operar sólo sobre la invocada en el escrito de formalización, documental y/o pericial, que además debe de ser patentemente demostrativa del error de hecho denunciado.

2º) No cabe admitir la variación fáctica de aquélla amparada en las mismas pruebas que han servido para su fundamento puesto que no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Magistrado a quo por un juicio valorativo personal y subjetivo del recurrente, parte interesada en el proceso.

3º) En el supuesto de medios de prueba contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones opuestas e incompatibles, debe de prevalecer la solución fáctica adoptada por el Juzgador de instancia a quien corresponde, en el uso de las facultades a él conferidas en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, valorar de entre el material probatorio practicado el que considere más atinado objetivamente o de superior valor científico, siempre que su libre apreciación sea razonable.

Los presupuestos que anteceden no concurren en el caso analizado en el que las variaciones fácticas propuestas se sustentan, primero en la Sentencia acotada a los folios 562 a 566, siendo reiterada doctrina jurisprudencial la que le niega idoneidad revisoria pues puede plasmar una realidad no acreditada en el proceso actual o ser reflejo de diferentes pruebas practicadas, dicho de otro modo, las declaraciones fácticas de una sentencia anterior no tienen la condición de documento idóneo ni vinculan la declaración de hechos probados en proceso distinto, en el que ha de estarse a la valoración de la concreta prueba practicada en el mismo, y segundo, en los documentos que obran a los folios 88, 89, 102, 103, 149 y 150 de las actuaciones cuyos contenidos no revelan per se el exigido y ya reseñado error patente y claro de la Juzgadora a quo en su apreciación, ya que carecen de una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable pues la equivocación denunciada no emana por sí misma de ellos de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Noviembre de 1998). El recurrente se limita a otorgar mayor valor a los documentos con los que pretende la revisión que a los tenidos en cuenta en la Sentencia, olvidando que la Magistrada ha valorado ya aquéllos junto con el restante material probatorio al que ha decidido otorgar, tras verificar el oportuno juicio de razonabilidad plasmado en sus Fundamentos de Derecho, más eficacia y credibilidad, debiendo asumirse la convicción por ella así alcanzada al no evidenciarse error en las pruebas documentales o periciales, no comportando esto ni la aceptación de una absoluta soberanía en la apreciación de la prueba ni la admisión de su libertad plena para seguir o guiarse por meras conjeturas o impresiones, pues el artículo 24.2 de la Constitución exige en este punto una deducción lógica partiendo de datos fijados con certeza y obtenidos de modo racional.

CUARTO.- En el apartado reservado a infracciones normativas se denuncia inicialmente la vulneración de los preceptos 24 de la Constitución (tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad), 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y 122.2 a) de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, haciéndose igualmente referencia a una Sentencia del Tribunal Constitucional en lo relativo a la indemnización solicitada en concepto de daños morales.

Es doctrina consolidada de nuestro Tribunal Constitucional la que postula, en relación con el ámbito procesal laboral, que en supuestos en los que se alega que una determinada actuación del empleador encubre en realidad una conducta lesiva de un derecho fundamental, en el caso de tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad), corresponde al autor de aquella soportar la carga de la prueba de que la medida adoptada obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio o vulnerador de tal derecho; ahora bien, para que opere el desplazamiento de la carga de la prueba a la empresa no basta simplemente con que el trabajador tilde la medida, decisión o práctica adoptada por la empleadora de lesiva de dicho derecho, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción



a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el empresario asume la carga de demostrar que los hechos motivadores del proceder o de la decisión encuentran fundamento en una legítima causa y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.

En el supuesto que nos ocupa, la Magistrada a quo no aprecia la concurrencia de indicios racionales indicativos de actuación imputable a la empresa demandada que comporte o implique lesión del derecho fundamental ya indicado, lo que impide que pueda operar la inversión o traslación de la referida carga probatoria. La Sala comparte plenamente tal conclusión, básicamente porque son datos probados plasmados en la Resolución de instancia:

A) Que la decisión empresarial extintiva del contrato de trabajo del actor se produce en el marco de un Expediente de Regulación de Empleo que en principio afectaba a cuarenta y nueve de los noventa y ocho operarios de la empresa demandada, de los cuales doce detentaban la categoría profesional de oficial de 3ª y quince la de oficial de 2ª, caso del recurrente; la plantilla de aquélla contaba respectivamente con dieciocho y veintiséis trabajadores de dichas categorías.

B) Que aquél Expediente extintivo se tramita tras uno previo suspensivo autorizado por la Autoridad Laboral en los términos plasmados en el ordinal fáctico Primero de la Sentencia.

C) Que la empresa presenta la negativa situación económica que se detalla en la versión histórica de aquélla, en concreto los no atacados Hechos Probados Octavo y Decimotercero.

Los datos que anteceden ponen de manifiesto la realidad de una causalidad objetiva y motivación razonable que, en principio y a salvo de la calificación que posteriormente pueda otorgarse, desconectan la decisión extintiva enjuiciada de la voluntad lesiva del invocado derecho fundamental, sin que el mero hecho de la inclusión en el Expediente de Regulación de Empleo de ocho operarios que en su día reclamaron extrajudicialmente el abono de la paga extra de Navidad del año anterior desvirtúe la conclusión expuesta, básicamente porque como con acierto expone la Juzgadora a quo, seguramente en dicho Expediente "se incluyó a personal que no se había quejado verbalmente, lo mismo que no se incluyó a alguno que sí había expresado ese parecer disconforme", debiendo tenerse en cuenta que la referida paga no había sido abonada a ningún empleado por falta de liquidez.

No concurriendo en la extinción contractual examinada violación del derecho fundamental invocado no procede reconocimiento de quantum indemnizatorio alguno por daños morales.

QUINTO.- El mismo fracaso ha de merecer la segunda violación normativa esgrimida en el escrito de formalización, centrada en los artículos 51 del Estatuto de los Trabajadores y 113, 120, 121, 123 y 124 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, pues como ya afirmó el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 6 de diciembre de 1979 y de 10 de mayo de 1980, a las que siguió doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo y continuaron los Tribunales Superiores de Justicia, no puede prosperar la revisión en derecho de la sentencia de instancia cuando no se hayan alterado los presupuestos de hecho que en la resolución combatida se constatan y entre una y otra dimensión de la sentencia exista una íntima correlación entre ambos presupuestos, o dicho de otro modo, no es factible tal revisión jurídica cuando no se haya variado la relación fáctica de la causa a cuya modificación aquélla se halla subordinada, situación aquí concurrente si tenemos en cuenta que inalterada la versión histórica de la Resolución atacada, al no haber prosperado las revisiones fácticas interesadas, nos encontramos con la ausencia total de prueba alguna demostrativa de la concurrencia en la tramitación del Expediente de Regulación de Empleo de los defectos formales que el recurrente se limita simplemente a exponer en el recurso.

SEXTO.- Contraria suerte, por tanto estimatoria, ha de seguir la última infracción jurídica denunciada en el recurso, afectante a los artículos 51.4 y 53 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Dispone el primero de ellos, regulador del despido colectivo, que "Comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 de esta Ley", precepto que establece que son requisitos formales para proceder a la extinción contractual por causas objetivas: la comunicación escrita al trabajador expresando la causa, la puesta a disposición, simultáneamente a la entrega de tal comunicación, de la indemnización legalmente prevista, y por último la concesión del oportuno preaviso.

En el caso que nos ocupa, la detenida y atenta lectura de la comunicación escrita recepcionada por el demandante pone de manifiesto que la empleadora no ha observado en su proceder el correcto cumplimiento de los presupuestos formales que exige el precitado artículo, ya que el contenido de aquélla, transcrita en el ordinal fáctico Segundo de la Sentencia de instancia, no constata las concretas razones en las que se fundamenta la decisión extintiva adoptada, omitiendo la aportación de datos específicos e imprescindibles



para que el accionante, afectado por tal decisión y disconforme con ella, pueda impugnar de un modo consistente la misma en ejercicio de la acción que contempla el artículo 124.11 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Tal inconcreción le coloca en una situación de indefensión que le impide articular una defensa coherente de su posición en este litigio, en el que se cuestiona y analiza la existencia, suficiencia y adecuación de unas motivaciones en las que se pretende apoyar la extinción de su contrato de trabajo. La conclusión que antecede encuentra fundamento razonado en el hecho de que la reiterada comunicación se limita a exponer la decisión de la empresa de proceder a la extinción de su contrato de trabajo "en base a lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en concreto, con causa en el EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO NÚMERO NUM001", fórmula gramatical a todas luces insuficiente, sin que tampoco pueda aquélla justificar la inobservancia de la formalidad examinada con el pretexto de que el trabajador tenía conocimiento de las causas económicas y productivas concurrentes al haber recibido en las asambleas la información que sus representantes le trasladaban sobre el contenido de las negociaciones y sus resultados.

Igualmente es apreciable el incumplimiento de la segunda obligación a aquélla exigible en el analizado precepto, consistente en la puesta a disposición de la correspondiente indemnización, requisito que dada la situación económica de la demandada podría ésta haber eludido simplemente haciéndolo constar en la comunicación escrita.

La consecuencia jurídica que resulta de lo que antecede es la calificación de la improcedencia de la decisión extintiva enjuiciada, conforme imponen los preceptos 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y 122.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, al que expresamente remite el 124.11 de ésta, generando los efectos legales a ella inherentes, previstos, respectivamente, en los artículos 53.5 y 123.2 de éstos textos normativos.

Tales efectos, por cuanto se refieren a la indemnización a la que pudiera optar la empleadora, son los fijados en la Disposición transitoria quinta 2 del Real Decreto Ley 3/2010, de 10 de Febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, visto que la extinción enjuiciada se produce con posterioridad al día 12 de febrero de 2012, fecha de su entrada en vigor. De este modo la cuantía de aquélla asciende a 29.126,59 euros, con arreglo al siguiente desglose: período que media entre el 20 de septiembre de 1999 y el 11 de febrero de 2012, tiempo de prestación de servicios anterior a la precitada fecha de entrada en vigor: 51,62 euros salario día X 45 días X 149 meses: 12 meses 28.842,68 = euros. Lapso comprendido entre el 12 de febrero y el 3 de abril, ambos del reiterado año 2012, prestación de servicios posterior: 51,62 euros salario día X 33 días X 2 meses: 12 meses= 283,91 euros.

Por cuanto antecede,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Marino contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Oviedo en fecha 29 de agosto de 2012, en los autos a su instancia promovidos frente a la empresa Elviro Vázquez S.A., la Administración Concursal de la empresa Auconlex S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, en materia de extinción de contrato de trabajo por causas objetivas (despido), debemos revocar y revocamos dicha Resolución declarando la improcedencia de la enjuiciada decisión extintiva del contrato de trabajo del que el accionante fue objeto en fecha 3 de abril del precitado año, condenando a dicha empleadora a estar y pasar por este pronunciamiento y a que en el plazo de cinco días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución, opte por readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, en cuyo caso deberá igualmente hacer efectivo el abono de los salarios dejados de percibir desde aquélla primera fecha hasta la de la referida notificación, o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a la Sentencia y se probara por el empresario lo percibido para su descuento, ó por indemnizarle con la cantidad de 29.126,59 euros, cuyo abono determinará la extinción del contrato en la fecha del cese efectivo en el trabajo, todo ello con la advertencia de que de no ejercitar tal opción expresamente dentro del reseñado plazo se entenderá que procede la readmisión.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del Art. 221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

En cumplimiento de los Arts. 229 y 230 de la LRJS, si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el **depósito** para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene



abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y debiendo indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "37 Social Casación Ley 36-2011". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Asimismo la parte condenada que no goce del derecho de justicia gratuita deberá acreditar, al preparar el recurso, haber **consignado** en la citada cuenta, (y por separado del depósito citado), la cantidad objeto de condena, -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento-; puede sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley

Pásense las actuaciones a la Sra. Secretaria para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.