



Roj: **STSJ M 14941/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:14941**

Id Cendoj: **28079340022013100726**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **30/10/2013**

Nº de Recurso: **1400/2013**

Nº de Resolución: **739/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 2, 25-10-2012,**
STSJ M 14941/2013

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG : 28.079.44.4-2012/0016552

Procedimiento Recurso de Suplicación 1400/2013-FS

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 02 de Madrid Despidos / Ceses en general 401/2012

Materia : Despido

Sentencia número: 739/13

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a treinta de octubre de dos mil trece habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación **1400/2013**, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. DANIEL-IGNACIO DEL CERRO LINAZA en nombre y representación de D./Dña. Maite , contra la sentencia de fecha 25 de octubre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 02 de Madrid en sus autos número 401/2012, seguidos a instancia de



D./Dña. Maite frente a MEYDIS SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado- Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

1º) La demandante ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada con las condiciones de antigüedad y categoría profesional indicadas en su demanda, que no se han controvertido.

2º) Damos por reproducidas las nóminas de la actora, aportadas por ésta como Documentos nº 12 y por la demandada como nº 4.

3º) Desde junio de 2008 la actora se hallaba en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo (documentos nº 4 a 8 de la parte actora).

4º) Desde aproximadamente agosto de 2011 la actora se encontraba embarazada (documento número 9 de la parte actora).

5º) El 23 enero 2012 se suscribió acta de finalización del período de consultas con acuerdo en expediente de regulación de empleo, estableciéndose que el número final de trabajadores afectados por dicho expediente sería de 14, incluyéndose entre ellos a la demandante. En dicho acuerdo se disponía también que la indemnización para los trabajadores afectados sería de una cuantía bruta equivalente a 30 días de salario por cada año de servicio, con un tope de 12 mensualidades. Se establecía también que la indemnización se abonaría en plazos cuya cuantía sería equivalente cada uno de ellos a una mensualidad neta del salario (folios 13 a 15).

6º) El citado despido colectivo ha afectado a un total de 14 trabajadores, siendo así que dos de los trabajadores afectados (la actora y otra empleada -Dña. Sofía) se hallaban en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo.

7º) Los otros 12 trabajadores incluidos en el despido colectivo no se encontraban en situación de reducción de jornada.

8º) En la empresa hay otra trabajadora en situación de reducción de jornada que no ha sido incluida en el citado expediente de regulación de empleo.

9º) El puesto de trabajo de la actora se consideró prescindible por los negociadores del despido colectivo debido a que la captación de clientes podía realizarse por el propio Director comercial y a continuación el seguimiento del cliente podría llevarse por el departamento de Atención al cliente

10º) Por resolución de la Dirección General de Empleo de fecha 3 de febrero de 2012, con registro de salida del día 13 siguiente, se autorizó a la empresa demandada la extinción de 14 contratos de trabajo a contar desde la fecha de dicha resolución hasta el 30 junio 2012, de conformidad con lo dispuesto en el acta de acuerdo de 23 enero 2012 firmado entre la representación de la empresa y la comisión negociadora (folios 10 a 13).

11º) Mediante comunicación de 14 febrero 2012 se participó a la actora que con esa misma fecha se produciría su cese en la empresa, en virtud de la autorización concedida por la Dirección General de Trabajo mediante resolución de 13 febrero 2012 dictada en expediente de regulación de empleo número NUM000 . Asimismo se le indicaba que el importe total de la indemnización pactada ascendía a 8.532,38 euros, poniéndose a su disposición en ese momento la primera mensualidad por importe de 904,63 euros, así como de la liquidación (folio 9).

12º) La resolución dictada por la Dirección General de Empleo, por la que se aprobó el expediente de regulación de empleo, fue recurrida por la actora en alzada ante la Ministra de Empleo y Seguridad Social (folios 16 a 27).

13º) El 8 marzo 2012 la actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, habiendo tenido lugar el acto de conciliación, sin avenencia, el día 28 siguiente (folio 28).



14º) La demanda iniciadora de estas actuaciones se presentó el día 28 marzo 2012, solicitándose en su "suplico" que se declare la nulidad de la decisión extintiva del contrato de trabajo de la actora por vulneración de derechos fundamentales, declarando el derecho de ésta a su inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir y condenando a la empresa demandada a indemnizar a la actora en la cuantía de 25.000 euros. Y subsidiariamente se condene a la empresa demandada a abonar a la actora las diferencias indemnizatorias por importe de 8.977,10 euros.

15º) Con fecha 25 mayo 2012 se dictó resolución por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social desestimando el recurso de alzada formulado contra la actora frente a la resolución de la Dirección General de Empleo anteriormente mencionada. En dicha resolución se indicaba, entre otros extremos, que la posible discriminación de la trabajadora por su situación de embarazo y el ulterior despido de la misma por esa supuesta motivación debería ser puesto en conocimiento de la jurisdicción social mediante el ejercicio de la correspondiente demanda por despido (documento número 16 de la parte actora).

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

"Que, desestimando la demanda formulada por doña Maite frente a la empresa Meydis SL, y con citación pero inasistencia del Ministerio Fiscal, absuelvo a la empresa demandada de la pretensión frente a ella deducida en el presente procedimiento."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. Maite , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

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

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 16/10/2013 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.- Disconforme la actora con la sentencia de instancia, formula recurso de suplicación con la doble finalidad de revisar la declaración fáctica y examinar el derecho aplicado en dicha resolución.

A lo que se opone la demandada en su escrito de impugnación por las razones alegadas en el mismo.

No obstante, y habida cuenta de las causas de oposición subsidiarias esgrimidas por la demandada al amparo del artículo 197-1 LRJS , hemos de señalar que no cabría apreciar en ningún caso la inadecuación del procedimiento alegada, habida cuenta de que la demandante no ha impugnado la concurrencia de las causas objetivas en que se apoyó la empresa para llevar a cabo el despido colectivo acordado, sino que lo que combate en el presente procedimiento es su inclusión dentro de dicho despido al considerar que ello obedece a su maternidad, embarazo y reducción de jornada por cuidado de hijo, tal como se pone de relieve en la sentencia de instancia, con lo que no resulta posible estimar que concurra la excepción aducida, ni es dable apreciar tampoco que sea la Audiencia Nacional el órgano jurisdiccional competente para conocer de la demanda presentada, como pretende la empresa.

Sentado lo anterior, y entrando ya a analizar los motivos del recurso, se observa que en el primer motivo la actora solicita, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS , la revisión de los hechos declarados probados, en los términos que propone.

Ahora bien, a la vista de las alegaciones realizadas, se ha de significar que, según tiene declarado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencias de 28 de septiembre de 2004, recurso de suplicación 878/2004 y de 26 de junio de 2007, recurso de suplicación 1225/05 y esta misma Sala del T.S.J. de Madrid en la de 13-5-2009 (Rec. 1472/09), entre otras, con doctrina enteramente aplicable tras la entrada en vigor de la LRJS, se vienen considerando como requisitos a tener en cuenta para la procedencia de la revisión fáctica:

1.-Imposibilidad de aducir cuestiones fácticas nuevas no discutidas en el procedimiento.

2.-Precisión y claridad en la concreción del hecho o hechos a revisar.

3.-Determinación explícita y concreta de las pruebas documentales o periciales que sirvan de sustento a su pretensión, no siendo viables las interpretaciones distintas de las mismas pruebas ya valoradas por el Juez "a quo".



4.-No pueden servir para la revisión la referencia genérica a las pruebas practicadas, ni la alegación de inexistencia de prueba de hechos declarados como acreditados, ni la mención de determinados medios probatorios desvirtuados o contradichos por otros también incorporados a las actuaciones.

5.-El error del Juzgador debe inferirse directamente de las específicas pruebas documentales o periciales aducidas, y no de hipótesis, conjeturas o razonamientos efectuados a partir de las mismas.

6.-Debe ofrecerse el correspondiente texto alternativo que se pretende vaya a sustituir al llamado a ser suprimido.

7.-Por último, es necesario que la revisión propuesta, ya sea a través de la modificación, supresión o adición instada, resulte trascendente o relevante en orden al enjuiciamiento y resolución del tema litigioso objeto de debate.

Pues bien, en el supuesto de autos la actora solicita en este motivo que se modifique el Hecho Probado Noveno, en los términos propuestos, a fin de hacer constar que los negociadores del despido colectivo designaron a los trabajadores afectados utilizando como base un listado que elaboró la empresa alegando tener en cuenta sólo un criterio meramente cuantitativo de costes laborales, y trata de apoyar la recurrente tal petición en el documento que indica. Sin embargo, no es posible ignorar que la documental ha sido ya valorada por el juzgador, que ha tenido en cuenta asimismo la testifical practicada (además del interrogatorio de parte), sin que quepa apreciar error alguno susceptible de ser corregido por esta Sala, conforme a lo expuesto, debiendo subrayarse que el hecho impugnado ha sido obtenido atendiendo precisamente a la testifical, prueba que no es susceptible de revisión conforme al artículo 193 b) de la LRJS .

Por lo que, conforme a lo expuesto, ha de decaer necesariamente este primer motivo del recurso de la actora.

SEGUNDO .- Al examen del derecho aplicado dedica la recurrente los siguientes motivos de su recurso, en que, al amparo del artículo 193 c) de la Ley, denuncia en primer lugar la infracción de los artículos 14 de la Constitución Española y 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (motivo Segundo) y a continuación, en el motivo Tercero, la infracción del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 18.1 del Real Decreto 801/2011 .

Así las cosas, vistas las alegaciones realizadas, se ha de significar que para la resolución de estos motivos del recurso deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Constituyendo el despido la forma de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, el art. 108.1 de la LRJS , al igual que el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores , determina que el Juez ha de calificar en el fallo de la sentencia el despido como procedente, improcedente o nulo, habiéndose establecido en el art. 108.2 de aquella Ley la exigencia de declarar el despido nulo cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos los supuestos específicos que se contemplan en el mismo, por motivos relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados, lo que se recoge igualmente en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (incluyéndose también el de las trabajadoras víctimas de violencia de género a que se refiere), de forma que si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas a que se refiere el art. 108.2 de la LRJS " el Juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo "(art. 108.3 de la LRJS). Debiendo tenerse en cuenta al respecto que cuando existe algún indicio de que se ha producido vulneración de derechos fundamentales del trabajador ello conlleva la inversión de la carga de la prueba, según tiene establecido una reiterada doctrina constitucional (SS. del Tribunal Constitucional 38/1981 , 114/1989 y 21/1992 , entre otras).

En el supuesto ahora enjuiciado la sentencia de instancia, a la hora de establecer si había existido o no un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales de la actora, consideró que no había ni siquiera indicio suficiente de dicha lesión, y lo cierto es que tal conclusión resulta acertada, ya que ni todos los trabajadores incluidos en el despido colectivo se encontraban en situación de reducción de jornada (u otra relacionada con la maternidad), ni tampoco todos los trabajadores en situación de reducción de jornada han sido incluidos en el despido colectivo acordado.

Y así, aun cuando la recurrente insiste en el motivo Segundo de su recurso en que hubo una lesión del derecho fundamental de referencia, al existir discriminación por razón de sexo, es lo cierto que, debiendo partirse necesariamente del inalterado relato fáctico de la sentencia, lo que conlleva ignorar las alegaciones de hechos no recogidos en el mismo, resulta indudable que, lejos de lo pretendido por la actora, no cabe considerar que se haya producido vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora ni existe siquiera ningún indicio (que de haberse dado habría supuesto la inversión de la carga de la prueba, conforme a lo indicado) de que haya existido la situación denunciada en dicho motivo, sin que sean de recibo sus manifestaciones al respecto, en



absoluto justificadas. Lo cual impide calificar el despido como nulo, sin que quepa ignorar que, según ha puesto asimismo de relieve el Tribunal Constitucional, "el demandante es el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando se alega la existencia de una discriminación" (S^a del TC de 21 de marzo de 1986).

Así, según se señala en la sentencia de instancia con base en la testifical, al iniciarse la tramitación del ERE, la dirección de la empresa solicitó del Director comercial que indicase los trabajadores de su departamento de los cuales podría prescindirse, siendo así que el Director comercial propuso dos trabajadores (la actora y otra persona) por considerar que tales puestos de trabajo resultaban prescindibles, lo que en el caso de la actora se concretaba en que la captación de clientes podía realizarse por el propio Director comercial y a continuación el seguimiento correspondiente podría llevarse por el departamento de Atención al cliente.

Por tanto, no se aprecia la existencia de relación causal entre la situación de embarazo y reducción de jornada de la actora y su inclusión en el despido colectivo, toda vez que dicha inclusión obedeció a causas objetivas (situación económica negativa de la empresa, que no se ha controvertido ni desvirtuado) y a la prescindibilidad o excedentariadad del puesto de trabajo ocupado por la demandante. Y por consiguiente se ha de rechazar, conforme a lo expuesto, el segundo motivo del recurso de la actora.

2^a) Una vez expuesto lo que antecede, y en lo que respecta al motivo Tercero, se observa que la actora afirma que se han producido las infracciones antecitadas, al considerar que debe partirse de que su salario es el que indica, con lo que la indemnización que le correspondería es de 8.977,10 euros, en vez de la fijada por la empresa.

Sin embargo, pese a lo alegado por la recurrente, que viene a discrepar en definitiva de la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida, lo cierto y verdad es que el Magistrado de instancia ha valorado la prueba practicada, concluyendo que los hechos acreditados son los que se indican en dicha resolución, no pudiendo sustituirse el criterio objetivo e imparcial del juzgador por el subjetivo e interesado de la parte recurrente. Y es que no cabe ignorar que al "iudex a quo" le corresponde apreciar todos y cada uno de los elementos de convicción que se hayan aportado al proceso y deducir de ellos los hechos que estime probados (artículo 97.2 LRJS), y eso es precisamente lo que se aprecia en la sentencia de instancia, en que el Magistrado determina que han quedado acreditados los extremos de referencia con base en lo indicado.

Debiendo subrayarse al respecto que el Juez de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que esa libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (S^a T.C. 24/1990, de 15 de febrero -RTC 1990/24-), de forma que el Tribunal "ad quem" sólo puede revisar la valoración de instancia si la misma aparece carente de todo fundamento, o bien su motivación es incongruente, arbitraria o irrazonable (SSTC 51/1985 , 149/1987 y 52/1989 , entre otras), lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Así, aun cuando la recurrente insiste aquí en que debe acogerse su pretensión por las razones expuestas, ha de tenerse en cuenta que, según señala la resolución recurrida, en el acuerdo homologado administrativamente se dispuso que la indemnización para los trabajadores afectados sería de una cuantía bruta equivalente a 30 días de salario por año de servicio, con un tope de 12 mensualidades, estableciéndose también que la indemnización se abonaría en plazos y que la cuantía de cada uno de ellos sería equivalente a una mensualidad neta del salario.

Y aunque en la comunicación del cese se indicaba a la actora que el importe total de la indemnización pactada ascendía a 8.532,38 euros, y la actora sostiene que debía ser 8.977,10 euros (con lo que habría una diferencia de 444,72 euros), nos encontramos con que no aparece probado el salario de referencia. Habiendo señalado la propia resolución recurrida que esa diferencia aritmética trae al parecer causa de que la actora toma como salario el de la última nómina (enero 2011, por importe de 1.386,17 euros mensuales prorrateados), pero, dado que dentro de su salario había una retribución variable (comisiones), lo procedente es tomar la media aritmética de la última anualidad, que es lo que al parecer ha hecho la empresa, sin que se haya acreditado la existencia de error matemático en la cuantía indemnizatoria así calculada.

Debiendo subrayarse asimismo, frente a lo alegado por la recurrente, que, en cuanto al pago aplazado acordado en el expediente de regulación de empleo, al tratarse de un acuerdo suscrito por las partes negociadoras del citado expediente y habiéndose pactado una indemnización superior al mínimo legal establecido en el art. 51.8 del ET , había de admitirse tal pago fraccionado en los propios términos pactados.

Por lo cual, conforme a lo expuesto, al no haber incurrido la sentencia de instancia en las infracciones denunciadas, procede, con previa desestimación del recurso, la confirmación de dicha resolución.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,



FALLAMOS

Que **desestimando el recurso de suplicación** interpuesto por la representación legal de Dña. Maite contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de MADRID, de fecha 25 de Octubre de 2012, en los autos número 401/2012, en virtud de demanda presentada contra MEYDIS S.L., en reclamación por Despido, debemos CONFIRMAR y **CONFIRMAMOS** dicha resolución.

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

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

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

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-1400-13 que esta sección tiene abierta en BANCO CRÉDITO ESPAÑOL sita en C/ Miguel Ángel, 17; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y de Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/266/2012, de 13 de Diciembre.

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

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.