



Roj: **STSJ CAT 10950/2013 - ECLI:ES:TSJCAT:2013:10950**

Id Cendoj: **08019340012013107173**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2013**

Nº de Recurso: **3894/2013**

Nº de Resolución: **7751/2013**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA MACARENA MARTINEZ MIRANDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2012 - 8035549

mm

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

En Barcelona a 26 de noviembre de 2013

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 7751/2013

En el recurso de suplicación interpuesto por Loomis Spain, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Barcelona de fecha 21 de febrero de 2013 dictada en el procedimiento nº 601/2012 y siendo recurridos Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal, Ana , Sección Sindical de Comisiones Obreras, Comité de Empresa Loomis Spain, S.A., Sección Sindical de la Unión General de Trabajadores y Sección Sindical de de la Unión Sindical Obrera. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre **Despido** en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 21 de febrero de 2013 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo la demanda presentada per Ana , contra LOOMIS SPAIN, S.A., COMITÈ D'EMPRESA, SECCIÓ SINDICAL DE CCOO, SECCIÓ SINDICAL D'UGT, SECCIÓ SINDICAL D'USOC, FONDO DE GARANTIA SALARIAL, i MINISTERI FISCAL, sobre Acomiadament, i:

1r.- Declaro la NUL·LITAT de l'acomiadament de la demandant realitzat amb efectes del dia 23.06.12.



2n.- Condemno a la societat demandada LOOMIS SPAIN, S.A., a que readmeti a la demandant en el seu lloc de treball amb pagament dels salaris deixats de percebre des de la data de l'acomiadament fins la data de la reincorporació al seu lloc de treball a raó del salari declarat provat en el fet primer.

4t.- Absolc a COMITÈ D'EMPRESA, SECCIÓ SINDICAL DE CCOO, SECCIÓ SINDICAL D'UGT, SECCIÓ SINDICAL D'USOC, ja que cap responsabilitat es deriva de la declaració que es fa en aquesta sentència.

5è.- I finalment absolc el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sense perjudici d'aquesta entitat en les responsabilitats subsidiàries que es puguin derivar de la insolvència empresarial."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"Primer.- Doña. Ana , amb DNI NUM000 , havia prestat serveis a les empreses "Prosegur", "Esabe" i "Efectivox" amb anterioritat a pertànyer a LOOMIS SPAIN, S.A., i antiguitat de 13.11.00, categoria professional de Comptador- Pagador, i salari de 1.284,97 euros bruts amb prorrata de pagues extres.

Segon.- El dia 08.06.13 l'empresa va notificar a la treballadora demandant una carta d'acomiadament objectiu de la mateixa data, i amb efectes del dia 23.06.12, que es basa en causes organitzatives i de producció, el contingut de la qual es dóna per reproduïda i consta incorporada a les actuacions en els folis 10-11.

Tercer.- L'empresa LOOMIS SPAIN, S.A., es dedica al transport de diners i al processat d'efectiu, tant en euros com en moneda estrangera.

Quart.- LOOMIS SPAIN, S.A., va iniciar un procés d'absorció de la companyia "Efectivox", primer amb la compra del 100 % de les accions, que es va anunciar a la representació dels treballadors el 15.03.12, i després concretat amb una fusió per absorció realitzada el 06.07.12. Amb efectes del dia 01.05.12 la demandant van passar a dependre de l'empresa LOOMIS SPAIN, S.A., procedent de "Efectivox".

Cinquè.- En data 03.05.12 la societat demandada va lliurar carta a tots els representants unitaris dels treballadors dels diferents centres de treball comunicant que degut a la compra de les accions de la companyia "Efectivox" es produïen duplicitats de serveis en algunes zones i per això s'havien de procedir a l'extinció de llocs de treball, i concretament s'anunciava que afectaria als centres de treball de Barcelona.

Sisè.- En data 08.05.12 es comunica als representants dels treballadors que s'iniciava període de consultes, comunicant-ho igualment al Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social. En aquesta comunicació es feia constar que el personal de la delegació de Barcelona de LOOMIS SPAIN, S.A., era el següent: 340 persones de personal operatiu i 19 de personal indirecte, corresponent a transport de fons i gestió d'efectiu; i de la societat "Efectivox" era el següent: 152 de personal operatiu i 11 de personal indirecte, també encarregats de transport de fons i de gestió d'efectiu. El personal de vigilància dels centres de control, pel que fa a Barcelona, era de 6 persones en el centre de LOOMIS SPAIN, S.A., i de 5 a "Efectivox". S'anunciava que el personal afectat, en total i a la delegació de Barcelona, era de 92 persones, és a dir, un 18 % del personal de la plantilla total de Barcelona. S'establí que no s'inclourien en el personal afectat els treballadors majors de 55 anys, tret que voluntàriament s'acullin a l'expedient, als que estaven en situació de jubilació parcial o els rellevistes, als representants sindicals, i a les treballadores embarassades o amb algun grau de discapacitat reconegut prèviament per l'empresa.

Setè.- La memòria elaborada per l'empresa sobre la concurrència de les causes organitzatives i de producció, respecte de la delegació de Barcelona, assenyala que hi ha dos centres de treball -El Prat de Llobregat i Rubí-. Segons aquesta memòria, les mesures organitzatives en transport de fons impliquen la reducció del nombre de rutes per delegació i requereix l'amortització de llocs de treball de vigilants de seguretat de transport, i concretament a Barcelona es reduïen 12 rutes i s'amortitzen 40 llocs de treball. Les mesures lligades al sistema productiu en el servei de gestió d'efectiu es redueixen els processos de seguiment i seguretat, que requerien l'amortització de 36 places a Barcelona de llocs de treball de comptadors-pagadors. A més, es proposava la reducció de 5 llocs de treball de vigilants per tancament del centre de control i 11 llocs de gestió i administració.

Vuitè.- El dia 21.05.12 se celebra la primera reunió del període de consultes, en la qual participen les representacions sindicals de CCOO, UGT i USO, on es fa constar per l'empresa que es reduïrien el nombre d'extincions d'algunes delegacions i que en la següent reunió es lliurarien les propostes. En la reunió de 24.05.12 es proposen un seguit de mesures concretes de manera que el nombre de persones afectades, respecte de la delegació de Barcelona, seria de 45 de personal de vigilància i de vigilància de base i 30 de comptadors. Es fan noves reunions en dates 31.05.12 i 04.06.12, i sent en aquesta que es manifesta la conformitat pels representants dels treballadors i acaba l'expedient amb acord en els següents termes:

- Indemnització de 30 dies per any de servei amb un màxim de 12 mensualitats.

- Determinació d'afectats: treballadors voluntaris que ho posin en coneixement del comitè d'empresa de la seva delegació o de la gerència abans del dia 07.06.12, entre els quals no hi pot haver majors de 55 anys, així com



treballadors que estiguin expressament exclosos en l'informe d'inici de l'expedient. L'empresa comunicarà els afectats abans d'acordar cap extinció.

- Es constitueix una comissió de seguiment a fi de tenir coneixement previ de qualsevol extinció, de conèixer les extincions que es produeixin a cada delegació, i de conèixer les negociacions que es portin a terme en cada delegació.

- Es convoca a una reunió pel dia 08.06.12 fi de lliurar la llista de treballadors afectats.

Novè.- El dia 08.06.12 se celebra reunió on es fixen per l'empresa els treballadors afectats, si bé fa esment a què si es compleixen determinades modificacions de les condicions de treball (modificació del calendari laboral, compensació d'hores extres per permisos enllloc de pagament, modificació d'horaris) es podrien reduir 9 persones les afectades. De tota manera s'estableix com a data d'extinció el dia 23.06.12 resultant afectats 77 persones: 38 vigilants, 25 comptadors i 8 indirectes. No consta en els llistats quines persones són voluntàries i quines forçoses.

Desè.- En una acta subscripta el 18.06.12 es fa constar que a la delegació de Barcelona s'inclouen 3 vigilants i 1 comptador més dels que consten a l'acta de 08.06.12, i per tant el resultat final serien 41 vigilants, 27 comptadors i 9 indirectes.

Onzè.- En la reunió celebrada amb el comitè d'empresa del centre de treball de El Prat de Llobregat el dia 17.10.12, l'empresa va proposar compensar les hores extres amb dies de descans, manifestant el comitè que no estava d'acord amb la proposta.

Dotzè.- En data 13.03.12 el sindicat STS-C va comunicar a la direcció de l'empresa LOOMIS SPAIN, S.A., una carta de 09.03.12 amb el llistat de treballadors pertanyents a la secció sindical de l'empresa a Barcelona. En total són 71 persones, si bé hi ha tres caselles sense signatura.

Tretzè.- En data 06.03.12 el sindicat STS-C va comunicar a la direcció de l'empresa "Efectivox" el llistat de treballadors pertanyents a la secció sindical de l'empresa a Barcelona. En total són 53 persones, si bé hi ha tres caselles sense signatura.

Catorzè.- El comitè d'empresa de la Delegació de Barcelona de El Prat de Llobregat de LOOMIS SPAIN, S.A., segons les eleccions celebrades el 18.04.12, està format per 13 persones, de les quals hi ha 6 membres d'UGT, 4 de STS-C, 2 de CCOO, i 1 d'USOC.

Quinzè.- La Inspecció de Treball de Barcelona va aixecar acta d'infracció a l'empresa LOOMIS SPAIN, S.A., per ultrapassar el límit d'hores extraordinàries mensuals en data 04.08.11, en data 24.02.11 realitza un requeriment en el mateix sentit. En dates 04.05.12 i 25.06.12 s'aixequen sengles actes d'infracció per manca d'informació als representants dels treballadors amb motiu de la fusió de la societat "Efectivox" per part de LOOMIS SPAIN, S.A. En data 11.01.13 s'informa per la Inspecció de Treball que s'aixecarà acta d'infracció per haver excedit el nombre d'hores extres.

Setzè.- La Inspecció de Treball va aixecar vàries actes d'infracció i d'obstrucció a "Efectivox" amb motiu de la manca d'informació als representants dels treballadors en el procés de fusió per part de LOOMIS SPAIN, S.A.

Dissetè.- El mes de maig de 2012, d'un total de 238 empleats de transport de fons, però que realment computen 218 a jornada sencera, s'han fet 35.013,99 hores, és a dir, a un promig de 160,61 hores per empleat, i entre aquests s'han realitzat 6.345,67 hores més 893 hores festives. El mateixos càlculs, és a dir, empleats a jornada sencera, hores totals i hores extres, fets els mesos de març i octubre de 2012 dona el mateix promig aproximat.

Divuitè.- Les rutes que es programen mai tenen una duració inferior al que suposaria una jornada de treball d'un empleat.

Dinovè.- La demandat té reconeguda el grau de disminució del 43 % amb efectes del 02.04.07. Per resolució de data 20.10.97 l'actora té reconeguda la disminució del 33 %, i en el contracte de treball subscript amb "Prosecur" se li reconeix la condició de minusvàlida.

Vintè.- L'acte preceptiu de conciliació administrativa es va celebrar amb el resultat de sense avinença."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Por la entidad codemandada Loomis Spain, S. A. se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que, estimando la demanda sobre impugnación individual de **despido colectivo**, declaró la nulidad del realizado con fecha de efectos de 23 de junio de 2.012, condenando a aquella entidad a que readmitiese a la actora en su lugar de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del **despido** hasta la de reincorporación a su lugar de trabajo, en razón del salario declarado probado en el hecho primero, y absolviendo al resto de codemandadas de las pretensiones deducidas en su contra. El recurso ha sido impugnado por la parte actora, que interesó su desestimación, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

Constituye el objeto del recurso la calificación del **despido** de la trabajadora demandante, acordada tras alcanzar la empresa acuerdo con la representación de los trabajadores en **despido colectivo**.

Al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, como único motivo del recurso, denuncia la entidad codemandada recurrente dos grupos de infracciones, con carácter principal: en primer lugar, la del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 51.5 del mismo cuerpo legal, cuestionando la calificación de nulidad del **despido** de la actora por haber sido incluida en el acuerdo alcanzado tras el período de consultas en el **despido colectivo**, no obstante su condición de discapacitada; y, en segundo lugar, la de los artículos 123.13 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (entendemos que, por error material, tal referencia ha de entenderse efectuada al artículo 124.11 del cuerpo legal citado, en la redacción aplicable a la litis, sin perjuicio de que en la actualidad obre en el apartado 13 de este precepto), en concordancia con los artículos 120 a 123 de la norma rituarial, así como 51.2 y 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, y 6 y 7 del Código Civil, en relación con la desestimación de la falta de acción esgrimida por la entidad recurrente, al haberse alcanzado acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, lo que, se alega, impediría dirimir sobre la impugnación atinente a la concurrencia de la causa justificativa del cese.

La enunciación de ambas infracciones de forma conjunta, no obstante efectuarse separadamente por la entidad demandada recurrente, responde a la necesidad, por cuestiones de orden procesal, de dirimir en primer lugar sobre la excepción opuesta por la entidad demandada, de falta de acción, tal como efectúa el juzgador a quo, por las consecuencias que ello podría tener en relación al resto de cuestiones suscitadas.

Constituye el objeto de la excepción planteada la improcedencia de impugnación individual del **despido colectivo** por cuestiones de fondo, en aquellos supuestos en que el período de consultas ha finalizado con acuerdo entre ambas partes negociadoras. Frente a ello, opone la actora, y así fue estimado por el juzgador de instancia, que la normativa vigente no obsta a tal impugnación.

Como punto de partida, la impugnación de la inclusión de la trabajadora entre los afectados por la medida extintiva de carácter **colectivo**, basándose en el incumplimiento de los criterios de preferencia acordados durante el período de consultas, encuentra su acomodo en la precisión contenida en el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que, en su apartado 11, en su redacción posterior a la reforma operada por Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, aplicable a la presente litis en virtud de su disposición transitoria decimoprimera (y anterior, por ello, a las reformas operadas por Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y Real Decreto 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social), expresamente se refiere, entre las especialidades de la impugnación individual del **despido colectivo** no impugnado como tal, que *"cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados. Igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquéllos"*. Dicha inclusión legal conduciría por sí misma a la desestimación de la excepción de falta de acción formulada por la parte actora en relación a este particular.

Ahora bien, siendo así que el recurso alude asimismo a la ausencia de concurrencia de las causas esgrimidas por la empresa como fundamento de la medida extintiva, procede asimismo dirimir, en relación a esta cuestión de fondo, sobre la alegada falta de acción. Ciertamente nos encontramos ante una materia -la limitación de las causas de impugnación individual del **despido colectivo** en supuestos de que el período de consultas concluya con acuerdo- que no se encuentra expresamente prevista en nuestro ordenamiento, ni en la normativa reguladora de aquélla vigente en la fecha de efectos de la medida, 23 de junio de 2.012, ni en las reformas operadas con posterioridad, aludidas anteriormente; lo que podría conducirnos, sin necesidad de ulteriores argumentaciones, a la desestimación de la excepción planteada. No obstante, la cuestión se suscita ante la divergente regulación en sede de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, así como en los de suspensión del contrato y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en que -en idénticos términos- se preve expresamente que *"cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1 y sólo podrá ser*



*impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión" (artículos 41, apartado 4, regla 3^a, y 47, apartado 1, párrafo 4, del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción otorgada por Real Decreto 3/2012, y que se mantiene tras la modificación operada por Real Decreto 11/2013). Esta previsión, reiteramos, no se contiene en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , al regular el **despido colectivo**.*

Tal como ha determinado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en reciente sentencia, de 20 de septiembre de 2.013 (rec. 11/2013), *"la diferenciación de las vías procesales del artículo 124 LRJS se apoya en último término en la distinción de los respectivos objetos de las acciones correspondientes. La acción del artículo 124.1 LRJS , que ha sido la ejercitada en el presente litigio, tiene por objeto la decisión extintiva colectiva ("**despido colectivo**") . La acción del actual artículo 124.13 (124.11 en el RD-L 3/2912) LRJS tiene por objeto los actos subsiguientes de **despido** formalizados por carta que se comunican a los trabajadores despedidos. La distinción lógica e incluso cronológica entre estos diferentes objetos procesales se aprecia en el caso enjuiciado con toda claridad: una cosa han sido la decisión extintiva colectiva adoptada el 18 de junio de 2012 o el 20 de abril anterior, y otra cosa distinta son las decisiones singulares de extinción de relaciones individuales de trabajo para las que la empresa había fijado un calendario de seis meses (fundamento noveno)" . Sin embargo, no constituyó el objeto de la resolución citada la posible limitación de las causas de impugnación individual del **despido colectivo**, que es la que resulta objeto de recurso, y que pasamos a analizar.*

Centrándonos en la normativa citada como infringida en el recurso, el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social excluye, como objeto del proceso por **despido colectivo**, las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas, para las que impone su planteamiento a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 de aquel precepto (apartado 2, último párrafo, en la redacción aplicable al objeto del recurso), pero no contiene idéntica restricción, en relación al resto de motivos en que fundar la demanda por **despido colectivo**, por lo que respecta al objeto de la impugnación individual de aquel. De este modo, el apartado 11 del artículo 124 de la norma rituaría (actual apartado 13), en la redacción a que nos venimos refiriendo, establece una remisión a lo previsto en los artículos 120 a 123 de aquélla en los supuestos en que el objeto del proceso verse sobre la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, con determinadas especialidades, sin que ninguna de ellas se refiera a la restricción de los motivos de impugnación del **despido**.

Tal ausencia de restricción legal comporta la confirmación de la resolución de instancia, y consiguiente desestimación del motivo de infracción normativa en relación a la posibilidad de dirimir sobre la impugnación individual del **despido colectivo** basada en motivos de fondo. Así, dentro de la normativa a que remite el apartado 11 del artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se incluye su artículo 120, que no contiene aquellas restricciones en cuanto a la impugnación. Del mismo modo, la aludida previsión no se contiene en el Estatuto de los Trabajadores , conforme a lo anteriormente expuesto. En este sentido, cabe referirse a que las Salas de lo Social de diferentes Tribunales Superiores de Justicia han admitido la impugnación individual de las causas del **despido colectivo** finalizado con acuerdo entre las partes (sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 27 de noviembre de 2.012 -rec. 2509/2012-; Madrid , 22 de julio de 2.013 -rec. 786/2013 -; y Castilla La Mancha, de 4 de octubre de 2.013 -rec. 758/2013 -), doctrina que consideramos aplicable.

Y ello sin perjuicio de que si la opción del legislador nacional hubiese sido la imposición de determinados requisitos para el ejercicio de la acción individual, la doctrina comunitaria haya estimado que aquélla no se opondría al derecho a la tutela judicial efectiva. De este modo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2.009 (rec. C-12/08 , ponente: Silva de Lapuerta), al resolver cuestión prejudicial en relación a la interpretación de los artículos 2 y 6 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1.998 , relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a **despidos colectivos**, concluye que aquellos preceptos no se oponen *"a una normativa nacional que establece procedimientos con los que se pretende que tanto los representantes de los trabajadores como estos últimos individualmente puedan exigir el control del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la referida Directiva, pero que limita el derecho individual de los trabajadores a ejercer una acción en cuanto a las imputaciones que pueden formularse y lo supedita al cumplimiento del requisito de que los representantes de los trabajadores hayan notificado previamente objeciones al empresario y de que el trabajador afectado haya comunicado previamente al empresario que impugna la regularidad del procedimiento de información y de consulta"* . Asimismo, tras recordar que, si bien incumbe al Derecho nacional determinar la legitimación y el interés de un justiciable para ejercitar una acción judicial, el Derecho comunitario exige, además de que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad, que no se vulnere el derecho a una tutela judicial efectiva (con cita de las sentencias de 11 de julio de 1.991, Verholen y otros; y de 11 de septiembre de 2.003 , Safalero), concluye que *"la circunstancia de que una normativa nacional, que establece procedimientos que permiten a los representantes*



de los trabajadores exigir el control del cumplimiento por el empresario del conjunto de las obligaciones de información y de consulta establecidas en la Directiva 98/59, impongan límites y requisitos al derecho individual a ejercitar una acción que además reconoce a cada trabajador afectado por un **despido colectivo** no vulnera el derecho al principio de tutela judicial efectiva".

En suma, la normativa aplicable conduce a la desestimación de la excepción de falta de acción opuesta por la entidad demandada, por lo que, habiéndolo así entendido el juzgador de instancia, procede desestimar la infracción invocada en relación a este particular.

SEGUNDO.- Confirmado el pronunciamiento desestimatorio de la excepción opuesta por la parte codemandada recurrente, procede dirimir sobre la calificación del **despido** actuado sobre la parte actora.

Al respecto, resulta necesario precisar que la parte actora no instó la nulidad del **despido** por vulneración de derechos fundamentales por su condición de discapacitada, refiriéndose en su demanda a la vulneración de la garantía a la indemnidad -cuestión a la que no se efectúa alusión alguna en el recurso-, sino que la calificación postulada, y estimada por la resolución de instancia, tiene como fundamento la inclusión de la trabajadora en la lista de trabajadores y trabajadoras afectados por la medida extintiva de carácter **colectivo**, no obstante haber sido prevista su exclusión en el acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La cuestión no resulta baladí, por cuanto, de conformidad con la reiterada doctrina constitucional en la materia, en los supuestos en que se alegue que un **despido** es discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales del trabajador o la trabajadora, al empresario o empresaria corresponde la carga de probar la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva (SSTC 266/1993 , 90/1997 , 74/1998 , 87/1998 , 144/1999 , 29/2000 , 136/2001 , 66/2002 , 17/2003 , y 75/2010 , entre otras); produciéndose, en suma, una inversión de la carga probatoria que en el presente supuesto no concurre, ante el objeto del recurso, previamente delimitado por el mismo.

En el presente supuesto, partiendo del pacífico relato fáctico de la resolución de instancia -en relación a los extremos necesarios para dirimir sobre la denuncia formulada sobre la calificación del **despido**-, la parte actora, que prestó servicios para las empresa Prosegur, Esabe, y Efectivox, con anterioridad a efectuarlo para la demandada Loomis Spain, S. A., fue despedida por carta con fecha de efectos 23 de junio de 2.012, basándose aquella en causas organizativas y de producción. Loomis Spain, S. A. inició un proceso de absorción de la compañía Efectivox, primero con la compra del cien por cien de las acciones, que se anunció a la representación de los trabajadores el 15 de marzo de 2.012 , y después concretado con una fusión por absorción realizada el 6 de julio de 2.012; con efectos de 1 de mayo de 2.012 la actora pasó a depender de la empresa codemandada recurrente.

En relación a la medida extintiva empresarial, en fecha 3 de mayo de 2.012, la entidad demandada libró carta a todos los representantes unitarios de los trabajadores de los diferentes centros de trabajo, comunicando que debido a la compra de acciones de la compañía Efectivox, se producían duplicidades de servicios en algunas zonas, por lo que tenían que proceder a la extinción de puestos de trabajo, y concretamente se anunciaba que afectaría a los centros de trabajo de Barcelona. El período de consultas se inició el 8 de mayo de 2.012, desarrollándose en el modo descrito en el relato fáctico que, por obrar en los antecedentes de hecho de esta resolución, damos por reproducido. La referida negociación finalizó con acuerdo de fecha 4 de junio de 2.012, en que, además de pactarse una indemnización de treinta días por año de servicio, con máximo de doce mensualidades, y constituirse una comisión de seguimiento, se determinaron como trabajadores afectados los siguientes: voluntarios que lo pusiesen en conocimiento del comité de empresa de su delegación o de la gerencia antes del 7 de junio de 2.012, entre los que no podría haber mayores de cincuenta y cinco años, así como trabajadores que estuviesen expresamente excluidos en el informe de inicio de expediente. En éste se estableció que no se incluiría en el personal afectado a los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años, salvo que voluntariamente se acogiesen al expediente, a los que estuviesen en situación de jubilación parcial o relevistas, a los representantes sindicales, así como a las trabajadoras embarazadas o con algún grado de discapacidad reconocido previamente por la empresa.

A lo anteriormente expuesto ha de añadirse que la actora tiene reconocido un grado de disminución del 43% con efectos de 2 de abril de 2.007; y por resolución de 20 de octubre de 1.997 tenía reconocido el grado del 33%, siendo así que en el contrato de trabajo suscrito con Prosegur se le reconocía la condición de minusválida.

Sentados tales antecedentes fácticos, calificado el **despido** por la resolución recurrida como nulo por vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora, dada su condición de discapacitada, cuestiona la entidad codemandada recurrente la realidad del conocimiento empresarial del grado de discapacidad de la actora, en aras a considerarla excluida del listado de trabajadores y trabajadoras afectados por la medida. Por su parte, la parte que impugna el recurso opone que la condición de minusválida resultaba conocida por



la parte recurrente con carácter previo a la adopción de la medida extintiva, por lo que el **despido** ha de ser calificado como nulo.

Hemos de poner de relieve que la cuestión suscitada no se circunscribe a la necesidad de que concurra el conocimiento empresarial en aras a considerar producida la vulneración del derecho fundamental, cuestión que, por ello, no abordaremos en la presente resolución, sino a la exigencia del previo reconocimiento empresarial de la discapacidad en aras a excluir de los efectos del **despido colectivo** a los trabajadores y trabajadoras en que concurriese aquélla, conforme a lo acordado tras el período de consultas. Lo anteriormente expuesto exime de dirimir sobre la alegación de la parte codemandada recurrente en relación a la ausencia de preferencia atribuida legalmente a los discapacitados en aras a permanecer en sus puestos tras la adopción de medida extintiva empresarial de carácter **colectivo**, dado que la resolución de instancia no fundamenta en tal causa la calificación como nulo del **despido colectivo**, sino en la vulneración de lo acordado con los representantes de los trabajadores, por lo que procede atenerse a esta cuestión. No obstante ello, a los meros efectos dialécticos, consideramos de interés recordar que la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2.000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, incluye en su ámbito la discriminación por razón de discapacidad, y, entre las actuaciones en que aquélla puede materializarse, el **despido**.

Centrándonos, ahora sí, en la cuestión objeto de recurso, esto es, el conocimiento empresarial de la condición de discapacitada de la actora, el acuerdo con que finalizó el período de consultas excluyó de los efectos del **despido colectivo** a los trabajadores y trabajadoras con algún grado de discapacidad "reconocido previamente por la empresa", por lo que resulta de su tenor literal que tal condición había de ser conocida por la empresa con anterioridad a la medida extintiva. Y, en efecto, tal conocimiento deriva de las actuaciones, y, concretamente no sólo del ordinal fáctico decimonoveno de la resolución de instancia, atinente a que la condición de minusválida de la actora figuraba ya en el contrato de trabajo suscrito con Prosegur, sino, principalmente, del hecho de que Loomis Spain, S.A. fuese parte en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Social número 28 de Barcelona (autos 111/2009), por **despido** de la actora, y en que se cuestionaba su nulidad precisamente por la condición de minusválida de aquélla.

Así, no obstante acordarse por sentencia de este Juzgado de fecha 8 de octubre de 2.009 que procedía calificar como improcedente el **despido**, al no estimarse que concurriese la causa de nulidad invocada, y haber sido absuelta la codemandada recurrente, siendo el objeto de aquel procedimiento aquella calificación, basada en la minusvalía de la actora, y formando parte integrante del relato de hechos probados de la citada resolución la condición de minusválida de la actora, habiéndose así reconocido en el primer contrato suscrito por la actora (hechos probados decimocuarto y decimoquinto), resulta plenamente acreditado el conocimiento por la empleadora de dicha condición con carácter previo al inicio del período de consultas. A ello no empece el que, tal como alega la parte codemandada en su recurso, el previo conocimiento por aquélla del procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Social número 28 de Barcelona no obre en el relato fáctico de la resolución recurrida, por cuanto idéntico valor ostenta la inclusión de aquella aseveración en la fundamentación jurídica, conforme a reiterada Jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1.992). Resulta, por ello, acreditado el incumplimiento de los criterios de prioridad acordados por la entidad empleadora durante el período de consultas, y al que se remitió el acuerdo con que éste finalizó.

Restaría dirimir sobre la calificación consecuente con tal incumplimiento de los criterios de preferencia establecidos en el acuerdo, al haber estimado la resolución de instancia que, resultando atinente la inclusión de la actora en el listado de trabajadores y trabajadoras afectados por la medida extintiva a la infracción de una de las condiciones personales a que hace referencia el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, la protección antidiscriminatoria de esta normativa conduce a su declaración como nulo. Frente a ello, opone la parte codemandada en su recurso, de forma subsidiaria -para el supuesto de estimación de que no concurren las causas alegadas en la carta de **despido**-, que el mismo habría de ser calificado de improcedente, y no nulo. Por la parte actora, en su escrito de impugnación, se insta la confirmación de la calificación de nulidad del **despido**, en aplicación de la normativa procesal aplicable en la materia.

Nuevamente cabe referirse a que el motivo por el que se califica como nulo el **despido** es la ausencia de respeto de los criterios de preferencia acordados entre la empresa y los representantes de los trabajadores, no obstante añadirse por el juzgador de instancia que, no contemplando expresamente la legislación vigente los efectos de la inclusión de la actora en el listado de trabajadores afectados cuando no debía haberlo estado, procedería declarar su improcedencia, si bien, habiéndose infringido una de las condiciones personales a que se refiere el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, procede declarar la nulidad del **despido**. Y estimamos de interés volver a efectuar la referida precisión por cuanto el planteamiento de la cuestión en términos de tutela antidiscriminatoria hubiese impuesto dirimir en primer lugar, una vez determinados los indicios de discriminación,



sobre la concurrencia de las causas del **despido** alegadas por la empresa en su comunicación, al invertirse la carga de la prueba en virtud del artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Y la respuesta a la cuestión que nos ocupa viene determinada por la normativa reguladora de los **despidos colectivos**, que, en la redacción aplicable tras la reforma operada por Real Decreto-ley 3/2012, establece en el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y, más concretamente, en el párrafo 2 de su subapartado c) del apartado 11, que también sería nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios **colectivos** o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas; nulidad que no afectará a las extinciones que dentro del mismo **despido colectivo** hayan respetado las prioridades de permanencia. La inclusión de la actora en la lista de trabajadores y trabajadoras afectados por el **despido** supone una conculcación de las prioridades de permanencia determinada por el acuerdo entre los representantes de los trabajadores -al excluir de tal medida a los trabajadores y trabajadoras con algún grado de discapacidad reconocido previamente por la empresa- que comporta la consecuencia aludida.

Habiéndolo así entendido la resolución de instancia, no obstante haberlo basado en diferente fundamento normativo, procede confirmar aquel pronunciamiento, y desestimar el motivo formulado en relación a este particular.

TERCERO.- Subsidiariamente, con idéntico amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , impugna la parte codemandada recurrente el pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia en relación a la ausencia de acreditación de las causas esgrimidas en el **despido**.

La parte actora, en su escrito de impugnación, alega la ausencia de la referida acreditación, en el modo expuesto por la sentencia recurrida.

Partiendo de que, tal como declara el magistrado a quo en la resolución objeto de recurso, la calificación como nulo del **despido**, por el incumplimiento de los criterios de preferencia acordados, comporta que no resulte necesario dirimir sobre las causas del **despido** alegadas, habiendo sido objeto de análisis por aquélla, no obstante efectuarse con valor obiter dicta, estimamos procedente efectuar determinadas consideraciones adicionales.

Como causa de la medida extintiva, la empresa invocó la compra de las acciones de la compañía Efectivox, que produciría duplicidades de servicios en algunas zonas, lo que a su vez comportaba la necesidad de extinción de puestos de trabajo, concretamente en relación a centros de Barcelona. Del mismo modo, la empleadora aportó una memoria explicativa de las causas, al inicio del período de consultas. Con ello, podemos colegir que, tal como razona el magistrado a quo, nos encontramos ante una causa de tipo organizativo, descrita por el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción aplicable al supuesto objeto de recurso, como la que produce *"cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción"* , y de tipo productivo, entendida legalmente como la que concurre *"cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado"* .

Aduce la entidad demandada recurrente que las referidas causas se encontrarían respaldadas por el mero hecho de la fusión empresarial. Al respecto, a los meros efectos dialécticos cabe recordar, que en materia de **despido** objetivo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene exigiendo, en síntesis, tres requisitos para su justificación, cuales son: el supuesto fáctico que determina el **despido**, la finalidad asignada a la medida extintiva adoptada, y la *"conexión de funcionalidad o instrumentalidad"* entre la medida extintiva y su finalidad (sentencias de esta Sala de 13 de mayo y 9 de diciembre de 2.009 , 25 de marzo de 2.010 , 31 de enero y 14 de febrero de 2.012). Ahora bien, frente a la redacción anterior del precepto relativo a las causas que nos ocupan, en que se venía exigiendo que la empresa acreditase *"la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda"* , la redacción vigente en la fecha del **despido** de la actora, tras la reforma operada por Real Decreto 3/2012, se eliminó tal alusión. Esto es, bajo la vigencia de la normativa aplicable al supuesto objeto de recurso, reformada por Real Decreto 3/2012, el legislador ha suprimido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores la proyección de futuro, desvinculando la causalidad del mantenimiento de la empresa y del empleo, por lo que *"no se trata de lograr objetivos futuros, sino de adecuar la plantilla a la situación de la empresa"* , pudiendo concluirse que *"la justificación del despido ahora es actual"* (sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2.012 , citando a A. Desdentado Bonete). En suma, tal como recuerda esta sentencia, *"el cómo afectan las extinciones al devenir de la organización productiva a partir de las mismas es una cuestión de estrategia empresarial que exigiría un juicio de oportunidad relativo a la gestión de la empresa"*



que el legislador expresamente desea erradicar de la labora de supervisión judicial (Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2012).

No obstante lo anteriormente expuesto, parte de la doctrina de distintas Salas ha venido considerando que el actual redactado de la normativa aplicable no obsta a que, junto a la acreditación de la causa del **despido**, resulte necesario la acreditación de algo más, en concreto, que la situación actúe sobre la plantilla de la empresa creando la necesidad de reducir los números de puestos de trabajo propuestos o provocando un cese total de la actividad, y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de abril de 2.013). A ello ha de añadirse que la normativa española vigente ha de interpretarse en concordancia con la internacional, vinculante ex artículo 96 de la Constitución, siendo especialmente relevante a los efectos que nos ocupan el Convenio número 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, ratificado por España, y complementado por la Recomendación de la Conferencia Internacional del Trabajo 166, disponiendo el artículo 4 de aquella norma que "no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio".

Partiendo de todo ello, coincidimos con el magistrado de instancia al estimar que el mero hecho de la fusión empresarial, por sí misma, no comporta la concurrencia de las causas organizativas y productivas esgrimidas, por cuanto es necesario que se acredite la incidencia de las mismas sobre el volumen de empleo empresarial. Del mismo modo, estimamos que no concurre una presunción iuris tantum de existencia de causa legal para la medida extintiva, a modo de elemento inversor de la carga probatoria, por haber sido suscrito un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa en el período de consultas; sin perjuicio de que no pueda soslayarse que tal acuerdo constituye un elemento cualificado a ponderar al dirimir sobre la concurrencia de la causa, en aquellos casos en que la finalización del acuerdo se efectúe con reconocimiento de la misma y, como ocurre en el que nos ocupa, no haya sido alegado fraude o vicio de la voluntad en su suscripción.

Asimismo, concurren otros datos a ponderar en aras a dirimir sobre la infracción denunciada; en concreto, que en el presente supuesto, no resultó aportado informe técnico alguno que acreditase la concurrencia de las causas organizativas derivadas de los cambios, entre otros, en los sistemas y métodos de trabajo del personal, o la concurrencia de las causas productivas derivadas de cambios, entre otros, en la demanda de productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (fundamento jurídico séptimo, con valor fáctico). Pese a resultar este extremo controvertido en el recurso, no ha resultado objeto de revisión fáctica, por lo que del mismo ha de partirse necesariamente en la resolución del recurso; siendo así que la normativa vigente en el momento en que se acordó la medida extintiva exigía su aportación durante el período de consultas, en aplicación del artículo 7 del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados **colectivos**, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, y aplicable a la extinción de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, vigente en el momento de iniciarse el período de consultas.

A mayor abundamiento, conforme a lo expuesto anteriormente, la propia concurrencia de la causa resulta contradicha por el resto de datos que se desprenden del relato fáctico, cual es el que todos los trabajadores de la empresa realicen numerosas horas extras, sea en cómputo diario, semanal, mensual, o anual, doblando en algunos casos la jornada ordinaria; lo que motivó que la Inspección de trabajo y Seguridad Social levantara acta de infracción a la empresa codemandada por sobrepasar el límite de horas extraordinarias mensuales en fecha 4 de agosto de 2.011, y realizando un requerimiento en los mismos términos en fecha 24 de febrero de 2.011. En fechas 4 de mayo y 25 de junio de 2.012 (fecha, esta última, en que se había alcanzado acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores en relación a la medida extintiva) se levantaron actas de infracción por falta de información a los representantes de los trabajadores con motivo de la fusión de la sociedad Efectivox. Asimismo, en fecha 11 de enero de 2.013 se informa por la Inspección de Trabajo de que se levantará acta de infracción por haber excedido el número de horas extras. Por aquel organismo se levantaron varias actas de infracción y obstrucción a Efectivox por la falta de información a los representantes de los trabajadores en el proceso de fusión por parte de la entidad recurrente.

Lo anteriormente expuesto conduce a compartir la calificación del **despido** que, obiter dicta, realiza el magistrado de instancia, de improcedente por ausencia de acreditación de la causa esgrimida; con idéntico valor obiter dicta, y sin perjuicio de la calificación de nulidad del **despido** acordada anteriormente.

Por todo ello, procede desestimar el único de los motivos del recurso, asimismo en su formulación subsidiaria, y, con ello, éste, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- En aplicación del artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, procede imponer las costas a la parte recurrente, las cuales incluirán los honorarios del Letrado de la parte impugnante, en cuantía de trescientos cincuenta euros (350 euros).



Asimismo, de conformidad con lo prescrito en el artículo 202, apartados 3 y 4, de la Ley de Procedimiento Laboral, se acuerda la pérdida del depósito constituido por la empresa codemandada para recurrir, al que, una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se le dará el destino legal.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la entidad Loomis Spain, S. A. contra la sentencia dictada en fecha 21 de febrero de 2013 por el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona en autos sobre **despido** seguidos con el número 601/2012, a instancia de doña Ana contra la empresa recurrente, Comité de empresa, Sección sindical de CCOO, Sección sindical de UGT, Sección sindical de USOC, Fondo de Garantía Salarial, siendo parte el Ministerio Fiscal, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

Se imponen las costas causadas en el presente recurso a la recurrente, en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la parte actora impugnante, en cuantía de trescientos cincuenta euros (350 euros).

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la empresa para recurrir, al que, una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se le dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.