

**Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia de 21 Feb.
2012, rec. 221/2012**

Ponente: Iturri Gárate, Juan Carlos.

Nº de Recurso: 221/2012

Jurisdicción: SOCIAL

Problemática del devengo de los salarios de tramitación cuando el despido ha tenido lugar antes del RDL 3/2012:
interpretación favorable al trabajador

DESPIDO IMPROCEDENTE. INDEMNIZACIÓN Y SALARIOS DE TRAMITACIÓN. REFORMA LABORAL 2012. Efectos que produce la inexistencia de derecho transitorio en la materia. Interpretación favorable a la aplicación de la normativa anterior. Supuesto en que el trabajador no es representante de los trabajadores y la empresa no opta por la readmisión. Respecto de la indemnización, el RDL 3/2012 solo regula la cuestión cuando se trata de contrato anterior a su vigencia y el despido se ha producido con posterioridad a ésta, lo que no se da en el caso, al tratarse de un despido anterior a la reforma que es declarado improcedente. Respecto de los salarios de tramitación, en la norma nada se dice sobre el derecho transitorio a considerar. Ante tal circunstancia debe aplicarse la normativa previa, atendiendo al principio general de retroactividad de las normas jurídicas que prevé el CC, y el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y restrictivas de derechos. En consecuencia se declara el derecho del recurrente a los salarios de tramitación y a la indemnización de 45 días por año trabajado. DESPIDO. Despido improcedente y no nulo del trabajador cuyo puesto fue amortizado por razones organizativas y productivas. Despidos colectivos. Cómputo del límite de extinciones. No se superaron los 30 despidos objetivos en el plazo de 90 días al que alude el artículo 51.1 ET. Cumplimiento suficiente del trámite de información a los representantes de los trabajadores. CARTA DE DESPIDO. Insuficiencia en la comunicación por excesiva genericidad en la comunicación de la extinción laboral; aunque se dice que son causas organizativas y productivas, no se indican cifras de clase alguna o datos que permitan comprobar la realidad de lo dicho, lo que supone la improcedencia de la extinción contractual.

El TSJ País Vasco estima en parte el recurso de suplicación interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de San Sebastián, declarando improcedente y no nulo el despido objetivo acordado por la empresa y condenándola a optar entre la readmisión o la indemnización, incluyendo en todo caso el abono de los salarios de tramitación procedentes.

Texto

En la Villa de Bilbao, a veintiuno de febrero de dos mil doce.

RECURSO Nº: 221 / 2012

N.I.G. 20.05.4-11/003183

SENTENCIA Nº:

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, formada por los Ilmos. Sres. D. MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por **EULEN SEGURIDAD S. A.** contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Tres de los de Donostia-San Sebastián, de fecha cuatro de noviembre de dos mil once, dictada en los autos 613/2011, en proceso sobre **DESPIDO (DSP)**, y entablado por don Luis Enrique frente a **EULEN SEGURIDAD S. A.**

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1º).- Que D. Luis Enrique ha venido trabajando para la empresa EULEN SA, desde el día 7 de enero de 2008, con la categoría profesional de escolta, percibiendo un salario medio mensual de 3.421,21 euros, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias.

2º).- Que a esta relación laboral resulta de aplicación el convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.

3º).- Que con fecha 14 de julio de 2011, la empresa demandada hizo entrega al actor de una carta de despido por causas objetivas con efectos desde el día 29 de julio de 2011, con el siguiente contenido literal:

En Bilbao a 14 de julio de 2011.

Muy Sr. nuestro:

Por el Ministerio del Interior se nos informa con fecha 7 de julio de 2011 que desde el próximo día 11 de julio de 2011, se produce la reducción definitiva de servicios que en las últimas fechas se han ido desactivando, así como nuevas reducciones de protección de módulo doble (dos escoltas) y vehículo, a módulo simple, es decir prestado con un solo escolta, desapareciendo asimismo servicios de módulo simple, todo ello conforme a las noticias que extraordinariamente se han barajado y de todos conocidas por cuanto que los medios de comunicación han venido haciendo eco de las mismas.

No existiendo puestos de trabajo donde poder ubicarle como escolta nos vemos obligados a prescindir de sus servicios por motivos organizativos y de producción, por lo que conforme al art. 52c) del ET nos vemos obligados a rescindir la relación laboral, dado que es usted una de las personas con menos antigüedad en la plantilla, poniendo a su disposición, mediante cheque nominativo, la indemnización de 8.189,23 euros, conforme al art. 53.1.b) del ET, señalándose que el salario considerado a los efectos de cálculo ha sido la media del salario bruto devengado desde enero a junio del presente año.

Conforme al art. 53.1.c) del ET se le concede a Vd. el plazo de preaviso de 15 días, por lo que ante la inmediatez de la fecha de extinción comunicada por el Ministerio del Interior, le informamos que pese a que la fecha de efectos de extinción de la relación laboral se la de 29/7/11 está Vd. dado de alta en la empresa a todos los efectos, tanto económicos como de afiliación y cotización a la Seguridad Social, por lo que percibirá la parte correspondiente de la nómina del mes de la nómina del mes de julio de 2011 junto con la liquidación correspondiente.

Lamentamos la adopción de esta medida que nos viene impuesta por nuestro cliente y agradecemos los servicios que ha prestado Vd. a esta mercantil.

Atentamente,

Fdo., Dirección de RRHH

4º).- Que la empresa demandada despidió en igual fecha a otros 18 trabajadores.

5º).- Que con fecha 18 de octubre de 2011, la empresa demandada ha iniciado el período de consultas para la tramitación de un ERE de extinción de hasta 44 trabajadores más, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 del E.T.

6º).- Que en el mes de enero de 2011 la empresa EULEN tenía adjudicados para el País Vasco, 69 servicios de protección del Ministerio del Interior, de los cuales 38 eran prestados en módulos doble y 31 en módulo simple, lo que supone un total de 107 escoltas. Que a fecha 12 de julio de 2011, la empresa demandada tenía 56 servicios de protección de los que 25 eran prestados con módulo doble, y 31 con módulo simple, es decir,

un total de 81 escoltas. Que con fecha 20 de octubre de 2011, EULEN únicamente cuenta con 45 servicios de protección, 18 servicios dobles, y 27 individuales, es decir, un total 63 escoltas.

7º).- Que EULEN, si bien en noviembre de 2010 contaba con 19 servicios de protección del Gobierno Vasco, dobles con vehículo, es decir, un total de 38 escoltas, a fecha 1 de octubre de 2011, únicamente contaba, con 4 servicios dobles, y ocho servicios simples, es decir, 16 escoltas.

8º).- Que el día 22 de agosto de dos mil once, se intentó Conciliación ante la Delegación Territorial de Guipúzcoa del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, quedando sin efecto.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: "Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por D. Luis Enrique contra la mercantil EULEN SEGURIDAD SA., Y DECLARAR NULO el DESPIDO del actor acordado por la empresa demandada, con efectos desde el día 29 de julio de 2011, DEBIENDO de estar y pasar las partes por esta declaración, CONDENANDO a la empresa demandada a que proceda a readmitir al trabajador demandante en las mismas condiciones que ostentaba con anterioridad al despido, con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta que se produjere la efectiva readmisión del trabajador, de los que se deberán descontar los que hubiere podido percibir el trabajador demandante en otra actividad, a razón de la cantidad de 114,04 euros diarios."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso recurso de suplicación por la demandada condenada en la misma, el cual fue impugnado por la parte demandante.

CUARTO.- En fecha 26 de enero de 2012 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 31 de enero, acordándose, entre otros extremos, que se deliberara y se decidiera el recurso el día 14 de febrero de 2012, lo que se ha llevado a cabo, dictándose sentencia seguidamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Eulen Seguridad, S. A. plantea recurso de suplicación contra la sentencia que ha estimado la demanda que don Luis Enrique planteó contra la misma e impugnando el despido objetivo que dicha sociedad acordó invocando razones organizativas y productivas con efectos del día 29 de julio de 2011.

En dicha resolución se exponen los argumentos que ambas partes sostuvieron en juicio y entendiendo concurrente el argumento de la parte demandante que llevaría a la nulidad del despido, examina éste. El mismo consiste en que el Magistrado autor de la decisión recurrida entiende que, considerados los despidos efectuados en fecha 29 de julio de 2011, diecinueve y los otros cuarenta y cuatro que la empresa pretende al instar un expediente de regulación extintivo (ERE) colectivo en fecha 18 de octubre de 2011, se deriva que el actor no pudo ser despedido por la vía que utilizó la empresa, amortización individual del puesto de trabajo por razones objetivas, sino que debió acudir a un despido colectivo por tales razones, dado lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) en relación con su artículo 52, letra c.

Discrepa de tal parecer la recurrente en el escrito de formalización del recurso, en el que termina por solicitar que se revoque tal resolución y se estime que el despido acordado es procedente, con absolución de dicha parte de la demanda presentada por la parte contraria.

Al efecto plantea tres motivos de impugnación. Los dos primeros se enfocan por la vía prevenida en el apartado b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril) y pretenden la reforma de los hechos probados cuarto y quinto de tal decisión. El último, invocando el apartado c de tal artículo, aduce la incorrecta aplicación al caso del artículo 51, punto 1, letra a, del Estatuto de los Trabajadores.

Dicho recurso es impugnado por el señor Luis Enrique, oponiéndose a los tres indicados motivos de impugnación y terminando por instar que se desestime el recurso y se confirme la sentencia recurrida en el escrito de impugnación presentado ante el Juzgado.

En atención a lo dispuesto en la disposición final séptima, punto primero, de la Ley reguladora de la jurisdicción social (Ley 36/2011, de 10 de octubre), a pesar de que ya ha entrado en vigor -pues se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 11 de octubre de 2011- al recurso que tratamos no le resulta aplicable su texto y si el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral previa y ya citada, dado lo que se preceptúa en la disposición transitoria segunda de aquella Ley 36/2011 y considerada la fecha de dictado de la resolución impugnada en este recurso.

SEGUNDO.- Primer motivo de impugnación.

Eulen Seguridad, S. A. propone la siguiente versión alternativa del cuarto hecho probado de la sentencia: *"Las modificaciones de servicios del Ministerio del Interior por la desactivación de módulos individuales o por el pase de módulos dobles a individuales desde el 01/02/2011 al 19/07/2011 ha supuesto la reducción de 26 puestos de escoltas. A su vez la modificación de servicios por las condiciones antes indicadas desde el 12/09/2011 al 26/09/2011 ha supuesto la reducción de otros 23 puestos de escolta.*

Los despidos objetivos que por las anteriores causas ha llevado a cabo EULEN SEGURIDAD, S. A. hasta el 29 de julio de 2011 han sido 18".

Consideramos que se han de distinguir en relación a lo dicho en ambos párrafos.

1.- Empezando por el segundo párrafo.

De los propios documentos que cita el Magistrado en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida para deducir tal número -acta de la reunión entre representación de la empresa y corporativa de los trabajadores de 14 de julio de 2011 y las cartas de despido- se deduce que no fueron diecinueve los despedidos, como señala el Juez, sino dieciocho. Es decir, diecisiete más el actor.

En efecto, en aquel acta se alude a dieciocho despidos y las cartas de despido aportadas son dieciocho.

No hay documento u otro tipo de prueba que evidencie que sean diecinueve y por tanto, hemos de señalar que fueron dieciocho los despedidos a finales de julio de 2011.

Asumimos tal reforma.

2.- En cuanto al primer párrafo.

En los hechos probados de la sentencia recurrida solo se asume que en la fecha del despido del demandante se amortizaron otros dieciocho puestos de trabajo y lo que se alude es a que ha habido importantes reducciones de demanda de personal escolta, dada la reducción de pedidos de los clientes, Ministerio del Interior y Consejería del Interior -inimpugnados hechos probados sexto y séptimo de la sentencia recurrida-. Ya se ha dicho que no fueron diecinueve, sino dieciocho.

A pesar de ello, sin embargo, de la lectura del fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida pudiera deducirse que se dice que entre el 1 de enero y el 26 de septiembre de 2011 que el Juez considera que se produjeron cuarenta y nueve despidos.

La recurrente afirma que ello no es así, sino que el documento que se considera en tal fundamento (el obrante al folio 169) lo que hace ver es que se ha producido una reducción de cuarenta y nueve puestos de trabajo de escolta, pero que ello no ha supuesto el despido objetivo de cuarenta y nueve personas.

Examinado tal documento así se deduce. Del mismo, se desprende que se va reduciendo el número de puestos de escolta conforme disminuyen las necesidades de tales clientes hasta llegar a tal número en ese periodo. Pero del mismo, que es la única prueba que al efecto se cita en la sentencia, no se desprende que, para tal reducción de plantilla, la empresa haya acudido en esos cuarenta y nueve casos a despedir individualmente por la vía del artículo 52, letra c del Estatuto de los Trabajadores en los cuarenta y nueve supuestos. Y es que cabe que se produzca tal reducción de plantilla sin acudir a tal expediente. Vía fin de contratos temporales, vía dimisión o baja voluntaria, pase a jubilación, etc.

Desde luego en los hechos probados de la propia sentencia no se deduce que se produjese tal número de despidos en ese periodo y esa aseveración en tal fundamento de derecho tercero más bien parece obedecer a un puro e involuntario desliz en la expresión utilizada. De hecho, en el fundamento de derecho cuarto de la propia sentencia, al examinar la alegada causa de nulidad del despido, se parte solo de diecinueve despidos en julio y cuarenta y cuatro ya con el ERE iniciado en octubre.

Incluso la propia impugnante del recurso no parte de ese número, sino que a lo indicado, lo que solo añade son seis despidos mas en septiembre de 2011, que también constan en la resolución ERE que se pretende como fundamento del segundo motivo de impugnación.

Como luego se verá, entendemos procedente admitir ese documento aportado con el escrito de impugnación del recurso y por tanto, hemos de considerar el mismo.

En consecuencia de lo dicho y desprendiéndose del mismo que la empresa asumió en la solicitud de ERE que, aparte de esos dieciocho despidos de julio de 2011 en septiembre hizo otros seis, a tales actos propios estamos.

Por tanto, estimamos esta reforma en su integridad en cuanto a la nueva redacción que propone la recurrente y consideramos también que es un dato fáctico que se ha de añadir a tal hecho probado que en septiembre de 2011 la empresa también amortizó por la misma vía utilizada en este proceso otros seis puestos de trabajo, acordando otros seis despidos objetivos individuales.

TERCERO.- Segundo motivo de impugnación.

En este caso, lo que se pretende es añadir un párrafo más al quinto hecho probado que diga: *"Con fecha 01/12/11 la Dirección de Trabajo del Gobierno Vasco ha autorizado a EULEN SEGURIDAD, S. A., la extinción de la relación laboral con 44 trabajadores de su plantilla en el ERE instado por la mercantil cuya plantilla asciende a 6.780 trabajadores en el territorio nacional"*.

Al efecto, se basa la recurrente en el ejemplar de tal resolución, de fecha posterior a la sentencia recurrida, que acordó tal medida.

Entendemos que no discutido que la resolución sea firme, concurre el supuesto excepcional que se prevé en el artículo 231 punto 1 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para admitir tal documento, una vez oída la parte contraria, como lo fue, pues sobre ello ya se pronunció en el escrito de impugnación del recurso, razón por la que no se le dio el trámite del artículo 231 punto 1 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues consideramos que la audiencia allí regulada ya se dio con ocasión de expresarse sobre su admisión dicha recurrente.

En tal trámite manifestó que consideraba que no se daban los requisitos del artículo 231 punto 1 indicado y que el documento era ocioso.

Entendemos que, tratándose de resolución administrativa producida y notificada a la parte luego de juicio y de la propia sentencia y no discutiéndose su condición de firme, se ha de admitir la misma, pues sin duda tiene indudable trascendencia para poder examinar uno de los argumentos en derecho que sostiene la parte recurrente en su recurso: que las extinciones de tal ERE se produjeron incluso pasado el plazo de noventa días del artículo 51, punto 1 del Estatuto de los Trabajadores, computados desde la fecha del despido del actor hacia delante en el tiempo.

Por ello, admitimos el motivo, estando ligada su estimabilidad a la del argumento jurídico al que va unido el mismo como presupuesto fáctico necesario de la alegación.

CUARTO.- Tercer motivo de impugnación.

1.- Hemos de partir de que la demandada, supera y por muchísimo, el número de trescientos trabajadores empleados y por tanto, se trataría de determinar si se ha superado el número de treinta despidos objetivos en el plazo de noventa días al que alude el artículo 51, punto 1 del Estatuto de los Trabajadores.

Con respecto de tal precepto se ha producido diversa problemática, de la que son exponentes, por ejemplo, las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 2008, 16 de noviembre de 2004 o 24 de febrero de 2002, recursos 1878/2008, 127/2004 y 588/2002).

Nos centramos en la que interesa al caso exclusivamente, que es la de que solo cabe computar tal plazo de noventa días desde el despido que se cuestiona hacia atrás en el tiempo o también cabe computar hacia adelante.

La recurrente pretende que solo podrían computarse los plazos hacia atrás en el tiempo y por tanto, solo debiera computarse el plazo mediante entre el 29 de abril de 2011 y 29 de julio de 2011, fecha del despido del demandante.

Aunque lo habitual es que se compute de la forma en que dice el demandante, pues para cuando se producen los despidos ulteriores ya se ha producido el breve plazo de caducidad que para impugnar despidos fija el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores en la mayoría de los casos y así se ha computado, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2002 y 14 de diciembre de 1999, recursos 2643/2001 y 1824/1999, expresamente esta Sala ha señalado cuando menos por dos veces que no cabe descartar el cómputo hacia delante en el tiempo (sentencias de fecha 14 de diciembre de 2011 y 16 de diciembre de 2010, recursos 2773/2011 y 2700/2010).

También expresamente se admite el cómputo con ambas posibilidades en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 2 de febrero de 2010 y 17 de noviembre de 2009, recursos 7177/2009 y 4616/2008, citando precedentes de la propia Sala. A un caso de cómputo hacia delante,

admitiéndolo, se refiere también la sentencia del Tribunal Superior de Madrid de fecha 18 de enero de 2010, recurso 5078/2009.

Y es lo que esta Sala entiende como razonable, no solo porque sea consciente de que en la práctica el breve plazo de caducidad supone que la mayoría de los casos impone el cómputo hacia atrás en el tiempo, pero que ello no es dato por sí mismo revelador de que solo quepa tal cómputo, pues en casos como el presente, en el que cabe el cómputo hacia delante, la propia finalidad del precepto (evitar el llamado despido por "goteo" y con la finalidad de obviar el más farragoso y exigente trámite del despido objetivo) así lo impone, permitiéndolo también su propia literalidad.

Conforme tales criterios, pues, entendemos que yerra la parte recurrente cuando entiende que el plazo de noventa días aludidos solo se puede computar de desde la fecha de efectos del despido hacia atrás en el tiempo. Por tanto, no cabe considerar solo el plazo mediante entre el 29 de abril y el 29 de julio de 2011, como pretende, sin que también el mediante entre el 29 de julio y el 29 de octubre de 2011.

2.- Partimos de que cabe computar, pues, hacia delante en el tiempo desde el despido. Es decir, entre el 29 de julio de 2011 y el 29 de octubre de 2011.

Pues bien, en ese periodo hemos de computar los diecisiete despidos que, junto con el demandante se produjeron en fecha 29 de julio de 2011, mas seis de septiembre de 2011. Esto es claro, con ello no se llegaría al límite de los treinta, pues serían veinticuatro.

El nudo gordiano está en ver si procede o no computar los cuarenta y cuatro afectados por el ERE, que la empresa instó en fecha 18 de octubre de 2011 y la autoridad laboral aprobó en fecha 1 de diciembre de 2011, debiendo producirse los despidos en el curso de la semana siguiente a tal fecha.

Entendemos que se ha de tratar de un límite de extinciones concreto en ese periodo de tiempo y por ello, como quiera que si bien la solicitud se presentó escasos nueve días antes de que terminase el plazo y las mismas no se producen sino es hasta pasado cuando menos mas de un mes desde que vence ese plazo, en este punto entendemos que lleva razón la recurrente.

QUINTO.- Ello llevaría a estimar íntegramente el recurso, sino fuera porque en juicio se ventilaron también otras razones de impugnación que esta Sala ha de resolver con lo que tiene en la sentencia recurrida con respecto de tales argumentos.

En efecto, el Juzgado solo resuelve en relación a la nulidad del despido, que es la petición principal de la demandante, pero no sobre otras alegaciones impugnatorias del despido que se señalan en la propia fundamentación de la resolución y que si que se vertieron en demanda y en juicio.

Son éstas: falta de información del mismo a los representantes de los trabajadores, existencia de trabajadores mas modernos que permanecen en el puesto luego de tal despido y la inconcreción de la carta de despido.

Todos estos extremos se discutieron en juicio. En la sentencia solo se decide sobre el pedimento principal. Tanto el escrito de formalización como el de impugnación del recurso se centran en si el despido es nulo por la causa ya estudiada, sin hacer mínima mención del resto y sin que tampoco se pida la devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia, para que se resuelva sobre estos extremos, sin que esta Sala pueda anular actuaciones de oficio, sin previo pedimento al efecto de alguna de las partes, según se desprende del artículo 240, punto 2, segundo párrafo de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio).

Por tanto, los examinamos seguidamente.

SIXTO.- Acerca de la falta de información a los representantes de los trabajadores.

Se alegaba por la demandante infracción del artículo 64, punto 5 del Estatuto de los Trabajadores.

Hemos de entender cumplido el trámite previsto en el artículo 53, punto 1 letra c último inciso del Estatuto de los Trabajadores, que es el requisito formal de información a los representantes de los trabajadores en que se materializa la genérica obligación de información del artículo 64 citado en caso de despido objetivo.

En efecto, el Magistrado (y las partes lo asumen al tratar del motivo de nulidad del despido aludido) partió de lo hecho constar en el acta de la reunión de la empresa y representantes de los trabajadores acaecida el día 14 de julio de 2011, donde se lee que efectivamente se hace entrega de la copia de las cartas de despido. Si el Magistrado da valor de probado lo reflejado en tal acta y las partes efectivamente parten de ello, nosotros también lo asumimos.

SÉPTIMO.- Acerca de la permanencia de trabajadores mas modernos en la empresa.

A pesar de que, en principio, la empresa puede elegir el trabajador a despedir (salvo criterios conculcadores de derechos fundamentales o libertades públicas o caso de fraude de ley) se ha de recordar que la empresa manifestó haberse impuesto el criterio de la menor antigüedad para seleccionar los trabajadores que debieran ser despedidos y así lo transmitió a los representantes de los trabajadores en aquella reunión de fecha 14 de julio de 2011 mencionada en el fundamento de derecho anterior.

La parte demandante pretendió acreditar que no se respetó tal criterio en el caso concreto por medio de prueba testifical, a medio de un testigo que propuso dicha parte demandante en juicio.

Se oyó su testimonio y se ha de interpretar el hecho de que el Magistrado no señalase como real lo que alegaba la parte demandante al efecto, luego de presidir la prueba, en el sentido que no consideró acreditado el mismo, sin que tampoco la parte impugnante haga mención alguna al efecto en el escrito de impugnación del recurso.

Esta Sala no puede considerar un hecho que no consta en la sentencia recurrida y que las partes no asumen de forma pacífica y de consuno en el recurso. Máxime si el medio de prueba a esgrimir, en su caso, sería una prueba testifical, inhábil para modificar hechos probados en suplicación laboral.

OCTAVO.- Excesiva genericidad de la carta de despido.

1.- No se discute que la carta de despido es la transcrita en el hecho probado tercero de la sentencia y entendemos que la misma no cumple los mínimos que impone el artículo 53 punto 1 a del Estatuto de los Trabajadores, lo que ha de dar lugar a la calificación del despido como improcedente, dado lo dispuesto en el artículo 53, punto 4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 122 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores.

Seguidamente explicamos las razones.

2.- La reforma producida primero por el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio y luego por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, en materia de despido objetivo individual no ha cambiado esta exigencia formal, aunque ello no lleva a la nulidad del despido, sino a la improcedencia, dado el tenor del artículo 53, punto 4 del Estatuto de los Trabajadores.

La finalidad de tal requisito se explica en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede de Santa Cruz de Tenerife) de fecha 8 de septiembre de 2006, recurso 408/06, cuando dice:

Con carácter general este requisito tiene el mismo significado, alcance y finalidad que en el despido disciplinario (TS 03-11-82, 07-07-86, 10-03-87) lo que implica lo siguiente:

1. La expresión de la causa es equivalente a la expresión concreta de los hechos en que se fundamenta la medida. Por lo que, para cumplir este requisito no basta con hacer referencia genérica a una de las causas legales de extinción, resultando imprescindible que se especifiquen los concretos hechos que motivan la decisión extintiva.

2. La finalidad de esta exigencia es que el que el trabajador tenga pleno conocimiento de la razón de la medida y pueda ejercer con garantía el derecho a impugnarla con conocimiento de los hechos, en condiciones de igualdad efectiva con el empresario, evitando toda posible indefensión. Dicho conocimiento se vincula al momento de la entrega de la comunicación de cese, por lo que no cabe su subsanación mediante las alegaciones formuladas en el acto de conciliación (TSJ Granada 21-01-03).

3. Para que se cumpla esta finalidad, el contenido de la comunicación de cese debe ser inequívoca, es decir, suficientemente claro y expresivo, para evitar toda duda en cuanto a las imputaciones de la empresa. Por ello, la carta no puede limitarse a recoger los hechos en forma extremadamente genérica, aunque tampoco se exige una extremada minuciosidad ni una absoluta pormenorización de los mismos, bastando con que refleje con claridad y suficiencia y de forma inequívoca las circunstancias esenciales que justifican la decisión adoptada, permitiendo que el trabajador tenga un conocimiento cierto y sin dudas racionales de éstas, en forma que pueda preparar su defensa frente a la decisión empresarial."

En orden a cuándo una carta de esta naturaleza ha de entenderse que concurre la concreción necesaria, es necesario citar aquí la doctrina jurisprudencial, encarnada, entre otras, en las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 19 de septiembre de 2011 y 30 de septiembre de 2010, recursos 4056/2010 y

2268/2009, entre otras muchas: "El significado de la palabra "causa" en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET [al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación del art. 52 c) ET sobre el despido objetivo] las "causas motivadoras" (art. 51.3 ET, art. 51.4 ET, art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota".

3.- En el particularismo del caso enjuiciado, la carta no cumple tales criterios de suficiencia. Se dice sí, que son causas organizativas y productivas las que determinan la decisión empresarial, también se dice que hay una reducción definitiva de servicios requeridos por el Ministerio del Interior a fecha 11 de julio de 2011 y otra provisional, pero, aparte de que el Ministerio del Interior no es el único cliente de la demandada (nos consta que también tiene adjudicadas contrataciones por la Consejería de Interior del Gobierno Vasco, como se asumió en juicio, donde también se aludió a algún cliente privado también), no se indican cifras de ninguna especie o dato que permita al despedido poder comprobar la realidad en forma alguna de lo dicho, pues el hecho de que sea conocida la reducción de petición de escoltas por motivo del tan anhelado cese definitivo de ETA, ello no hace ver en cuánto se produce esa merma, cuándo se produce o qué tipo de medidas puede adoptar la empresa para paliar tales efectos, pues no solo cabe acudir al despido objetivo para afrontar aquella reducción (anteriormente ya se han citado otras medidas, como la terminación de contratos temporales, dimisiones, jubilaciones, etc.).

Entendemos que, solo con lo dicho en tal carta, el trabajador no tenía opción de comprobar si el despido acordado se ajustaba o no a la Ley y ejercer en consecuencia los derechos que la misma le otorga.

No nos convence la argumentación de que, de dar tales datos, se harían públicos datos sensibles para los escoltados. La mejor evidencia es que si que se ofrecieron en juicio, aparte de que consideramos que se podían dar de forma que para nada incidiera en la seguridad de las personas escoltadas, la intimidad del resto de los trabajadores o de la propia empresa, como ha acontecido en otros muchos pleitos que se han celebrado con empresas de seguridad en los últimos años y de los que la propia recurrente ha sido protagonista en múltiples ocasiones.

NOVENO.- Conforme lo dicho, hemos de considerar el despido actuado como improcedente, partiendo de la indiscutida antigüedad y salario fijados en el hecho probado primero de la sentencia recurrida para calcular el salario regulador de las consecuencias del despido improcedente (artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, 110 de la Ley de Procedimiento Laboral y concordantes).

En el trámite del presente recurso de suplicación ha entrado en vigor el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes del mercado laboral, -disposición final decimosexta)- que modifica los efectos que la declaración de improcedencia en estos casos, pues si bien mantiene el artículo 53 punto 5 del Estatuto de los Trabajadores, que regula los efectos de la declaración de improcedencia del despido objetivo individual e improcedente, sin embargo, altera de forma importante el artículo 56 de tal Ley, al que se remite el anterior. Y lo altera en aspectos tan importantes como son el importe de la indemnización y la supresión del devengo de salarios de tramitación en concretos casos.

En cuanto a la indemnización, se pasa de la proporción de cuarenta y cinco días por año de antigüedad a la de treinta y tres. En cuanto a los salarios de tramitación solo se cobran si el despedido improcedentemente es representante legal de los trabajadores o delegado sindical (punto 4 de tal artículo) o si la empresa opta por la readmisión (punto 2). Caso de despido nulo, se mantiene la obligación de abono de salarios de tramitación, dado lo dispuesto en el artículo 55 punto 6 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre).

En cuanto al derecho transitorio, si existe norma expresa para la indemnización con respecto a concreto caso, nada se dice en cuanto a los salarios de tramitación en tal producto legislativo.

a) *En cuanto a la indemnización, se regula solo el caso de que se trate de un contrato de trabajo anterior a la*

vigencia del Real Decreto Ley y que se produzca el despido luego de su entrada en vigor, calificándose el mismo de improcedente. Para este concreto caso, se prevé la fórmula de cálculo de la indemnización en la disposición adicional quinta, número de tal Real Decreto Ley.

Pero no es nuestro caso, pues no tratamos de un despido que se haya producido luego de su entrada en vigor, sino de un despido producido previamente a tal fecha y que es declarado improcedente. Por tanto, no hay norma específica de derecho transitorio en tal texto gubernativo con valor legal.

b) En cuanto a los salarios de tramitación, nada se dice en relación con el derecho transitorio a considerar.

Ello resulta especialmente relevante en este caso, pues conforme la anterior normativa la parte demandante tendría derecho a cobrarlos y no lo tendría conforme a la nueva. Al efecto, basta con ver la redacción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores en su actual redacción y en la inmediatamente previa.

En esta circunstancia y ante tal silencio, consideramos que se ha de aplicar la normativa previa.

En primer lugar, porque si la nueva Ley nada dice al efecto, se ha de considerar el principio general de irretroactividad de las normas jurídicas que prevé el artículo 2, punto 3 del Código Civil. Tal precepto incluido en su Título Preliminar, relativo a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, Título que comúnmente se asume que incide en todo nuestro ordenamiento jurídico, regulándose en el mismo tal derecho transitorio, el sistema de fuentes, las reglas que han de regir la interpretación de las normas, la analogía, la equidad, el fraude de ley, el principio "non liquet", etc.

Además, tal criterio es el que se amolda al principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y de las restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9, punto 3 del Constitución de 27 de diciembre de 1978. Estaríamos en este segundo caso, pues si, la normativa precedente declaraba un derecho individual (el cobro de los salarios de tramitación en estos casos), la nueva Ley suprime este derecho en estos casos..

Ello se compadece mejor con el principio dogmático "tempus regit actum" y por ello, con la disposición transitoria segunda del Código Civil, norma a la que con frecuencia se suele acudir también en casos como el presente y que fija que los actos y contratos se regirán conforme la normativa del tiempo en que se celebraron (la legislación anterior en este caso).

Con independencia de lo anterior, dado lo dispuesto en el artículo 53 punto 5 del Estatuto de los Trabajadores, procede deducir de los 18.137,4 euros a que asciende la indemnización por despido improcedente, el importe de 8.189,23 euros que se entregaron por cheque al actor. La diferencia son 9.948,17 euros.

NOVENO [sic].- Costas.

No procede pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de este recurso, pues se estima parcialmente el recurso de la parte recurrente, según lo dicho, interpretando de esta forma el artículo 233 punto 1 de la Ley de Procedimiento Laboral en casos como el presente.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **estimamos en parte** el recurso de suplicación formulado en nombre de EULEN SEGURIDAD, S. A. contra la sentencia de fecha siete de noviembre de dos mil once, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Donostia-San Sebastián en los autos sobre despido seguidos con el número 613 / 2011 ante el mismo, proceso en el que también es parte don Luis Enrique.

En su consecuencia, **revocamos** la misma y declarando improcedente el despido objetivo acordado por la sociedad recurrente del trabajador recurrida, de fecha de efectos del día 29 de julio de 2011, condenamos a la misma a estar y pasar por tal declaración y a que opte, en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia a dicha parte recurrente, entre readmitirle en idénticas condiciones laborales a las que regían con anterioridad a tal despido o a que le indemnice en otros 9.948,17 euros, aparte de los 8.189,23 euros que por cheque en su día pagó, debiendo entenderse que si no opta de forma positiva en el plazo de cinco días, tal silencio se entenderá que supone opción por la readmisión, en cuyo caso el trabajador habrá de devolver esos 8.138,23 euros.

Así mismo, dicha recurrente deberá abonar al recurrido los salarios de tramitación mediante entre la fecha de efectos del despido indicado y la de notificación de esta sentencia a dicha parte y sin perjuicio de que, el exceso sobre sesenta días hábiles pueda ser reclamado al Estado en los términos previstos en la Ley.

Cada parte deberá abonar las costas del recurso que hayan sido causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-221/12.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0030-1846-42-0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-221/12.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.