BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA(Sede en Sevilla)**

*Sentencia 2651/2014, de 16 de octubre de 2014*
*Sala de lo Social*
*Rec. n.º 27/2014*

**SUMARIO:**

**Despido objetivo. Causas económicas y productivas.** *Trabajadores que intentan probar, para mostrar la existencia de un volumen de trabajo mayor y oponerse a la realidad de la causa económica, que han venido realizando con habitualidad horas extraordinarias, aun cuando no se hayan reflejado en la nómina.* Tal extremo no ha sido acreditado, siendo de todo punto razonable que en una empresa en la que las situaciones de mayor trabajo sean puntuales por depender de pedidos o de situaciones que solo se dan en ciertos momentos determinados de mayor demanda de productos, como sucede en estos tiempos actuales de recesión, sea necesario o conveniente la realización de horas extraordinarias, lo que no resulta contradictorio con la realidad de una posible situación deficitaria de la empresa, precisamente por la no continuidad con la misma intensidad de la producción durante todo el año.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 51.1.

**PONENTE:**

*Doña María del Carmen Pérez Sibón.*

Magistrados:

Don ANTONIO REINOSO REINO
Don LUIS LOZANO MORENO
Doña MARIA DEL CARMEN PEREZ SIBON

**ROLLO N.º U.I. 27/14 SENTENCIA N.º2651/14**
U.I. N.º 27/14 (JM)

Excmo. Sr.:

D. Antonio Reinoso y Reino, Presidente de la Sala

Iltmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

Dª Carmen Pérez Sibón, ponente

En Sevilla, a dieciseis de octubre de 2014 .

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NUM. 2651/2014**

En la demanda interpuesta por la representación procesal de los trabajadores designados por la comisión negociadora, D. Abilio, D. Alejandro y D. Alvaro ; ha sido Ponente la Iltma. Sra. Dª. Carmen Pérez Sibón, Magistrada.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**

El 19-6-2013 la empresa COMEOUT CONSTRUCCIONES METÁLICAS S.L. ha procedido al despido colectivo de 36 trabajadores de una plantilla de 93.

**Segundo.**

En fecha 11-6-2013 fue dirigida comunicación por la empleadora a los trabajadores, poniéndoles en su conocimiento la pretensión de aquélla de extinguir, por causas económicas, los contratos de 37 trabajadores (posteriormente reducidos a 36). En dicha comunicación se acompañaba la documentación preceptiva, encontrándose entre ella, el listado de trabajadores afectado por la extinción, con la indicación de los criterios de selección, dentro de la Memoria Explicativa (Capítulo VI) convocándose para periodo de consultas. El 12-6-2013 tuvo entrada en la Junta de Andalucía la comunicación del inicio de la tramitación del proceso de despido colectivo, presentándose un escrito posterior de 19-6-2013 rectificando errores de la primera comunicación.

**Tercero.**

La representación legal de los trabajadores se reunió en cuatro ocasiones, los días 18-6-2013, 26-6-2013, 3-7-2013, 10-7-2013 reuniones en las que se levantaron las correspondientes Actas cuyo contenido se da por reproducido, no llegándose a ningún acuerdo entre las partes, y en las que la empresa propuso el reconocimiento de indemnizaciones sobre la base de 20 días de salario por año de servicio a pagar en tres años; 25 días por año de servicio a pagar en dos años; inclusión de uno de los trabajadores afectados en un Convenio especial y su exclusión del expediente despido colectivo.

**Cuarto.**

Finalizado el periodo de consultas sin acuerdo, el día 12-7-201 (por error material evidente se indica en el escrito 12-6-2013), la empresa notifica la decisión final del despido a la representación de los trabajadores.

**Sexto.**

43 trabajadores de la empresa demandada abandonaron sus puestos de trabajo, protagonizando un paro de un día por el que fueron sancionados, sin que conste impugnación de la sanción por los implicados. De esos trabajadores, 28 están incluidos en el despido colectivo, el cuál afectó a 36 en una plantilla de 93 productores.

**Séptimo.**

La empresa mantiene pérdidas sostenidas al menos desde el año 2010, consecuencia del descenso en el volumen de negocios y ventas, disminuyendo las ventas en concreto un 23,8 % en tres años (2010 a 2012) y que continúan en 2013, y la producción un 27,3 %. De ello, un porcentaje del 35,52 % sobre la producción lo constituían los gastos de personal en 2010, pasando a un 38,25 euros en 2012.

**Séptimo.**

Las cuentas bancarias de la empresa acreditan los siguientes saldos a la fecha del despido: Sabadell 208,89 euros; Bankia 1.227,85 euros; Popular -2.730,85 euros y 0.11 euros; BBVA -808,77; Deutsche Bank -15,02 euros; Banesto 1.326,33euros; Santander -47,98; y Bankinter -47,98 euros.

**Octavo.**

La demandada no abonó las indemnizaciones en el momento del despido.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**

Frente al despido colectivo de treinta y seis trabajadores de la empresa COMEOUT CONSTRUCCIONES METÁLICAS S.L., interpone la representación legal de los trabajadores designados por la Comisión Negociadora, demanda que ha sido tramitada como procedimiento de instancia única ante esta Sala.

Por la parte actora se ha alegado la existencia de dolo, fraude, coacciones o abuso de derecho, considerando que la causa y finalidad del despido no ha sido otra que castigar a los trabajadores previamente sancionados por haber protagonizado un paro de un día en reclamación de atrasos salariales, negándose en consecuencia la existencia real de causas económicas. Así mismo se alega la falta de alternativas en el periodo de consultas y la no adopción de otras medidas que afectaran a la totalidad de la plantilla -y no solo a parte de ella-, tales como suspensiones o reducciones de jornada, y sobre tales bases se invoca la existencia de discriminación en la medida extintiva que ahora se impugna. Por último se alegó la falta injustificada de puesta a disposición de la indemnización por la empleadora.

Por la empresa demandada se ha insistido en la realidad de la situación económica deficitaria de la empresa y la causa productiva como justificativas de la extinción colectiva, señalando así mismo la generalidad con la que se ha invocado en la demanda la existencia de fraude, coacción o abuso, interesando por todo ello la desestimación de la demanda, petición a la que se ha adherido, por las mismas razones, el Ministerio Fiscal.

**Segundo.**

Procede en primer lugar constatar si ha existido la causa invalidante del periodo de consultas y de la medida extintiva, consistente en el fraude alegado por parte de la empleadora. Efectuando un esfuerzo interpretativo en relación con las alegaciones insertas en la demanda, las cuales en efecto como señala la empresa y el Ministerio Fiscal, han sido enunciadas con excesiva amplitud, podemos extraer que son tres la razones por las que se alega este defecto que conllevaría la nulidad del proceso de extinciones seguidos por la empresa, a saber: que la causa real de la medida extintiva colectiva es la expulsión de trabajadores que protagonizaron meses antes una actuación de oposición a la empresa consistente en el abandono del trabajo durante un día como medida de presión para el abono de salarios atrasados; que no han existido verdaderas propuestas por parte de le empleadora, no negociándose de buena fe; y por último, que resulta discriminatorio no haber optado por la utilización de medidas que afectaran a toda la plantilla y no fueran dirigidas solo contra parte de ella, convirtiéndolas, por esta razón, en discriminatorias.

Comenzando con la primera de las causas alegadas, el art 124 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en su último párrafo dispone: "En ningún caso podrán ser objeto de este proceso 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. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo".

Pero por otra parte, el art. 11, párrafo tercero establece: "La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley ".

Consideramos que de una interpretación coordinada de estos preceptos resulta que la oposición a las causas de designación de trabajadores afectados por la extinción no es, en principio alegable ni enjuiciable en el seno de este procedimiento, sino en reclamación individual, pero sin embargo, sí es de obligado conocimiento por la Sala la constatación de que la medida extintiva no se haya efectuado con la exclusiva finalidad de castigar a cierto colectivo de trabajadores, como se alega, o así mismo si en la designación de éstos -en su conjunto- se han violado derechos fundamentales, como en este supuesto sería -caso de apreciarse-, lo que se ha planteado como una especie de vulneración de la garantía de indemnidad, esto es, como represalia por el legítimo ejercicio de los derechos laborales -para lo cual habría que determinar en primer lugar en qué consiste tal garantía-, o cualquier otra razón que pudiera resultar vulneradora de derechos fundamentales.

No es otra interpretación la que consideramos que se extrae de la jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo de 25-6-2014, examinando el despido colectivo de trabajadores del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, declaró: "... en efecto, la valoración y enjuiciamiento sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, que, obviamente, es una decisión con efectos directa y primordialmente colectivos, como lo evidencia la propia naturaleza del proceso judicial que puede revisarla, no puede referirse al análisis concreto y minucioso de cada una de las situaciones particulares de los trabajadores individualmente afectados, posiblemente incluso aunque en alguna de ellas (y no es el caso: lo descarta con contundencia la propia sentencia impugnada) pudiera apreciarse algún indicio de discriminación o de un trato desigual prohibido por el ordenamiento, a salvo, claro está, si esos indicios pudieran llegar a implicar una lesión con proyección general sobre un derecho fundamental o el trato desigual real afectara a todo un grupo indiscriminado de trabajadores (tampoco es el caso). Es doctrina de la Sala, que por reiterada y uniforme nos excusa de cita concreta, que no es materia propia del conflicto colectivo, y la demanda de despido colectivo

participa de la misma condición o naturaleza, la exigencia de un examen pormenorizado e individualizado de la situación de cada uno de los afectados integrantes del grupo genérico de trabajadores, pues esa discusión sería ya de las sustanciables en el proceso de despido individual ex art. 124.13 de la LRJS .

La valoración y enjuiciamiento de los criterios de selección, pues, ha de ponerse en relación con la naturaleza colectiva de la decisión y, sobre todo, con esa misma naturaleza que posee el presente proceso, que, sin perjuicio de la posible ejecutividad de la resolución que le ponga fin, en la forma prevista por el art. 247.2 de la LRJS cuando la decisión empresarial haya sido declarada nula, como la sentencia que se dicte ( art. 124.3 LRJS ), también tiene una naturaleza eminentemente declarativa.

Entenderlo de otro modo y permitir el análisis de cada concreta situación individual transformaría el proceso colectivo en uno plural, vaciando por completo de contenido uno de los principales -si no el principal- objetivos que persigue esta institución jurídica, cual es la de posibilitar la viabilidad de la continuidad de la actividad empresarial y la pervivencia del resto de puestos de trabajo de la empresa, y ampliaría, en contra de la Ley ( art. 124 LRJS ), los limitados objetivos ( numerus clausus ) de este procedimiento.

(...)

De no entenderlo así, como dijimos, el proceso colectivo se transformaría improcedentemente en un litigio plural, es decir, integrado por la acumulación de pretensiones individuales, con el insalvable inconveniente añadido de que los afectados no habrían estado nunca legitimados para impugnar la decisión colectiva ( art. 124.1 LRJS ). Pero es que, además de que el propio criterio general de selección "se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta" (FJ 6.º.1, STS 18-2-2014 (RJ 2014, 2239), R. 74/13 ), lo que sucede en el presente supuesto es que los criterios de selección que el empresario propuso en el ámbito del período de consultas, como vimos más arriba (FJ 1.º.2.6.º), tenían un claro componente genérico (la denominada "evaluación continua") que solo resultaba posible examinar en su plasmación individual mediante la comprobación, caso por caso, de su concurrencia. Solo si los criterios, con carácter general, entrañaran una vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, o, tratándose de una administración, pudieran suponer un injustificado trato desigual de todo el colectivo afectado respecto al resto de los trabajadores del Ayuntamiento -y nada de esto ha resultado acreditado-, cabría analizarlos en el proceso colectivo y entonces, además, la decisión procedente ya no sería la de declararlos no ajustados a derecho sino nulos".

Pues bien, alegada una circunstancia discriminatoria general en la designación en bloque de los trabajadores afectados por la decisión colectiva, procederemos al análisis de la misma en sede de este procedimiento.

Resulta un hecho incontrovertido que de los noventa y tres trabajadores de la plantilla, han sido despedidos treinta y seis, y que de éstos, veintiocho habían efectuado meses antes el día de paro anteriormente referido, por el que habían sido previamente sancionados. Por otra parte, tal abandono de puestos de trabajo durante un día fue seguido por cuarenta y tres trabajadores.

La garantía de indemnidad la define el Tribunal Supremo en sentencia de 5-7-2013 señalando: "...el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface ... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza ... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» ( SSTC 14/1993, de 18/Enero ( RTC 1993, 14 ), FJ 2 ; ... 125/2008, de 20/Octubre ( RTC 2008, 125 ), FJ 3 ; y 92/2009, de 20/Abril ( RTC 2009, 92 ), FJ 3. SSTS 17/06/08 ( RJ 2008, 4673 ) -rcud 2862/07 -; y 24/10/08 ( RJ 2008, 7399 ) -rcud 2463/07 -)".

Entendemos que, en primer lugar, no puede hablarse de garantía de indemnidad o de represalia por el ejercicio legítimo de un derecho, cuando, como sucede en el presente caso, no nos encontramos ante el ejercicio de acciones judiciales y ni siquiera ante actos preparatorios previos a ésta, ya que únicamente consta producido un abandono del trabajo por el que a los trabajadores se les impuso una sanción por falta grave basada en el Convenio Colectivo de aplicación que no consta impugnada, y ahora, meses después se ha producido un despido colectivo que afecta a parte de aquellos trabajadores y también a trabajadores que no integraron ese colectivo. No se trata por tanto de trabajadores represaliados por el ejercicio legítimo de un derecho, en principio. Ni así mismo son todos los despedidos, como hemos dicho, los pertenecientes al grupo en su día sancionado.

Consideramos que debió efectuarse un esfuerzo probatorio mayor por parte de los actores, toda vez que la empresa ha indicado los factores en los que se fundó la elección de los trabajadores a despedir en el escrito de comunicación, en concreto básicamente referidos a criterios de eficacia, sin que se hayan discutido tales criterios en el periodo de consultas ni propuesto alternativas, siendo en última instancia facultad de la empleadora la designación de trabajadores ( Sentencia TSJ Asturias de 10-1-2014 y TSJ Murcia 26-1-2001 ), y resultando así mismo razonable que aquélla elija a los productores que considere respondan mejor a las necesidades de la empresa o que mantengan mayor nivel de rendimiento. Por otra parte, es importante resaltar que algunos trabajadores de los que protagonizaron el paro no fueron despedidos y sí lo fueron sin embargo, otros que no pertenecían al colectivo en su día sancionado. Como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de

2014 (Recurso de casación 17/2014 ), no cabe declarar la nulidad de un despido colectivo si, como era el caso (despido por causas económicas, sin acuerdo, de 15 de los 32 trabajadores de Editorial Granadina de Publicaciones SLU), aunque en el escrito de iniciación de consultas no se indicaran (como era obligado) los criterios de selección por los que se habían elegido a los afectados (nominativamente reseñados en la memoria), esos criterios se comunicaron en la primera reunión y no hubo objeción alguna por la representación unitaria de los trabajadores por esa inicial omisión, sin que obste a ello que ésta la hiciera valer un sindicato sin representantes, por lo que en tal caso, el Tribunal Supremo revocó la nulidad declarada en la instancia.

Conociendo de un supuesto también con alegaciones similares, en sentencia de 18-7-2014 el Alto Tribunal entendió que la represalia frente a trabajadores que habían secundado la huelga fue la causa del despido colectivo, pero en tal sentencia, los hechos mostraban circunstancias e indicios de mucha mayor consideración. En primer lugar se trataba de un derecho de huelga, por lo que partimos ya de un derecho fundamental que no puede compararse con el abandono de los puestos de trabajo por parte de los trabajadores que fueron sancionados. Lo primero es una medida lícita (un Derecho Fundamental) y lo segundo ilícita, en tanto que no amparada por los requisitos que hacen legal la actuación del trabajador que deja de trabajar. En segundo lugar, el Tribunal Supremo en el caso ahora referido, apreció la drástica modificación de la postura de la empresa tras la huelga, modificando las iniciales posiciones ante la situación económica de la empresa, de menor entidad que el despido, lo que no se puede apreciar en el caso que ahora se somete a nuestra consideración.

**Tercero.**

En cuanto a la negociación carente de buena fe y la falta de alternativas en el periodo de consultas invocados por la parte actora, debe recordarse la STS, Sala IV de 16/11/2012 (RJ 2013, 348) (recurso 236/2011 ) que, aunque referida a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, resume los criterios jurisprudenciales interpretativos de la exigencia legal de negociar de buena fe en el marco de un periodo de consultas previo a la modificación sustancial de condiciones de trabajo señalando que: "Del tenor de los párrafos transcritos se evidencia la trascendencia que el Legislador quiere dar al período de consultas previo a la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe.

Como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de 30 de junio de 2011 (RJ 2011, 6097) (rec. 173/2010 ), aun cuando en el precepto legal no se impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas, habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes legales sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. Un proceso realmente negociador exige una dinámica de propuestas y contrapropuestas, con voluntad de diálogo y de llegar a un acuerdo, lo que obliga a la empresa, como beneficiaria de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de sus empleados e iniciadora del proceso, no sólo a exponer la características concretas de las modificaciones que pretende introducir, su necesidad y justificación, sino que también, en el marco de la obligación de negociar de buena fe, debe facilitar de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesaria, incumbiendo igualmente a la empresa la carga de la prueba de que -como acertadamente señala la resolución de instancia- ha mantenido tales negociaciones en forma hábil y suficiente para entender cumplimentados los requisitos expuestos, pues de no ser así, se declarará nula la decisión adoptada ( artículo 138 de la Ley procesal laboral [RCL 1995, 1144] )."

Pues bien, en el caso ahora sometido al enjuiciamiento de esta Sala, se constata de las actas levantadas las distintas propuestas de la empleadora. Primero se ofrecieron veinte días a pagar en tres años, lo que no llegó a aceptarse por los trabajadores que reclamaban 35 días a pagar en un año: Posteriormente se ofrecieron 30 días a pagar en dos años, que tampoco fue aceptado por los trabajadores. Lo expuesto muestra a todas luces una voluntad negociadora aunque no se llegara a las expectativas de los trabajadores que hubieran permitido llegar a un acuerdo.

**Cuarto.**

Procede a continuación examinar la existencia de las causas económicas y productivas con las que la empresa respalda el despido colectivo llevado a cabo.

El art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, referido al despido colectivo, en la redacción que presentaba en la fecha del despido ahora enjuiciado (19-7-2013) vigente ya el RD 3/2012, de 10 de febrero, entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su

nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26-3-2014, parte de que una situación económica de pérdidas no equivale necesariamente a una situación económica negativa. Señala el Alto Tribunal que "La justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1.º) Acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2.º) Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquélla provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y 3.º) Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad".

Por su parte, las causas productivas se refieren al ámbito de los productos o servicios que la empresa pretender colocar en el mercado, a la capacidad de producción de la empresa para ajustarla a los eventos del mercado, que puede imponer la transformación o reducción de la empresa.

Evidentemente, la situación que afecte a la demanda de productos de la empresa, para poder considerarse causa objetiva de despido, debe ser continuada y persistente en el tiempo, porque si se trata de una situación coyuntural no daría lugar a un despido objetivo.

Pues bien, entendemos que en el presente caso tales circunstancias se han puesto de manifiesto por las razones que se pasan a explicar.

La cifra de negocios en la empresa ha descendido de 9 millones de euros en el año 2010 a tres en 2013, lo que evidencia la existencia de causa productiva, existiendo por otra parte, un descenso de más de un millón de euros en pérdidas comparativamente examinando el trimestre del último año y el mismo del año anterior, consecuencia directa de la disminución de obras y de los servicios contratados, lo que acredita la concurrencia de causa económica, constando documentado como uno de los principales gastos de la empresa el de personal. Se evidencia como desde el año 2010 a junio de 2011 caen las ventas en un 50 %, representando los gastos de personal un 38,2 % respecto de las ventas, todo lo cual muestra una plantilla sobredimensionada en relación con el volumen de negocio y de producción que justifica la extinción de los contratos.

Los trabajadores, mediante prueba testifical, han intentado probar, para mostrar la existencia de un volumen de trabajo mayor y oponerse a la realidad de la causa económica, que han venido realizando con habitualidad horas extraordinarias, aun cuando no se hayan reflejado en nómina. Tal extremo no ha sido acreditado, -no al menos la frecuencia- siendo de todo punto razonable que, en una empresa en la que las situaciones de mayor trabajo sean puntuales por depender de pedidos o de situaciones que solo se dan en ciertos momentos determinados de mayor demanda de productos, como sucede en estos tiempos actuales de recesión, sea necesario o conveniente la realización de horas extraordinarias, lo que no resulta contradictorio con la realidad de una posible situación deficitaria de la empresa, precisamente por la no continuidad con la misma intensidad, de la producción durante todo el año. E insistimos, no podemos considerar acreditado con la simple declaración de algunos trabajadores, la permanente realización de horas extraordinarias, cuando de los documentos contables se evidencia la situación de drástica disminución en el volumen de ventas por pérdida de contratas.

**Quinto.**

Procede por último analizar la falta de puesta a disposición de los trabajadores de la indemnización correspondiente.

El artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores establece, entre los requisitos de forma que han de acompañar al despido por causas objetivas, y específicamente al producido por causas económicas al amparo del artículo 52 c), el del apartado b), el siguiente: "Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52, c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva".

La Jurisprudencia viene estableciendo, en principio y con carácter general la interpretación de la exigencia de simultaneidad entre notificación y puesta a disposición de la indemnización, contenida en la STS/IV de 09-07-2013 (rec. 2863/2012 ), así como entre otras, las SSTS 11/06/82, 20/11 82, 29/04/88, 17/07/98 \7049, SSTS de 11 junio y 20 noviembre 1982 ( y), citadas en la del 29 abril 1988, y posteriormente en la del 2 octubre 1986 );

Como es conocido, hasta la reforma operada, por la Ley 11/1994, en los arts. 55.4 ET y 108.1 LPL, el incumplimiento de los requisitos de forma exigidos para el despido disciplinario, acarreaba la declaración de nulidad del mismo. No obstante, tras la reforma de 1994, la falta de cumplimiento de las exigencias formales, tanto legales como convencionales, determina que el despido deba ser calificado como improcedente.

Entre esas exigencias está la de poner a disposición del despedido, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, una indemnización de veinte días por año de servicio. Empero, la norma sustantiva prevé

una excepción a esta obligación general, exonerando al empresario de la misma cuando la extinción se fundamente en causa económica y se haga constar en la carta la existencia de falta de liquidez.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25-1-2005 unifica doctrina y, tras afirmar que debe distinguirse entre la mala situación económica de la empresa, que constituye una causa objetiva del despido, y la alegación de carecer de liquidez, indica que "cabe perfectamente la posibilidad de que, por adversa que fuere la situación económica de la empresa, pueda ésta, sin embargo, disponer de dinero suficiente para poner a disposición del despedido la correspondiente indemnización con simultaneidad a la comunicación del cese"

En consecuencia, sostiene que no basta con la mera afirmación empresarial acerca de su situación de falta de liquidez, sino que se precisa, además, su acreditación si el empleado la discute. Para sustentar esta afirmación se apoya en el criterio doctrinal de la proximidad o facilidad probatoria consagrado por la jurisprudencia durante la vigencia del art. 1.214 CC y asumido por el vigente art. 217.6 LEC cuando señala que, para la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

Aplicando este criterio concluye que " no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla", ya que al alcance de la empresa y no del trabajador se encuentran los medios de prueba idónea para acreditar tal situación.

Ahora bien el TS, matiza estas exigencias en materia de carga de la prueba indicando que aunque no siempre sea posible una prueba plena, podría bastar mediante la introducción de indicios con suficiente grado de solidez, lo que debe considerarse suficiente, en cuyo caso será el trabajador el que deba neutralizar estos indicios, si, en principio, de ellos cabe deducir razonablemente la ausencia de liquidez.

Los saldos bancarios incorporados a las actuaciones por la empleadora, muestran la existencia de cantidades escasas e insuficientes para la totalidad de las indemnizaciones de los trabajadores despedidos, presentando la mayoría de las cuentas saldos negativos, debiendo ser tenido así mismo presente que la empresa sigue en funcionamiento y necesita unos mínimos de liquidez para los gastos más urgentes que le permitan la continuación de la actividad.

Todo ello lleva a concluir con la razonable creencia de que la falta de liquidez ha sido la causa de la no puesta a disposición de los trabajadores de las cantidades debidas, lo que impide así mismo que esta última alegación pueda llevar consigo la improcedencia de las extinciones.

**FALLAMOS**

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS la demanda interpuesta por la representación legal de de suplicación interpuesto por la representación legal de los trabajadores designados por la comisión negociadora, D. Abilio, D. Alejandro y D. Alvaro, contra Comeout Construcciones Metálicas S.L., y en consecuencia, absolvemos a la demandada de los pedimentos de los actores.

No se efectúa condena en costas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación que previene el Art. 205 y sig. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los CINCO DIAS siguientes al de su notificación.

Igualmente se advierte a las partes que para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina deberán presentar con la interposición del mismo debidamente cumplimentado y validado el modelo oficial que corresponda de los indicados en la Orden HAP/2662/12, de conformidad con lo establecido en la Ley 10/12.

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

PUBLICACIÓN- Sevilla a 29 de octubre de 2014

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.