

BASE DE DATOS [NORMACEF](#)**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA**

Sentencia 570/2015, de 24 de noviembre de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 497/2015

SUMARIO:

Despido colectivo. Cómputo. Despido objetivo. Fraude de ley. *Iniciación de los trámites para un despido colectivo que afecta a toda la plantilla de la empresa (seis trabajadores), el cual sin embargo es abandonado al permanecer uno de ellos trabajando hasta el momento posterior de liquidación de la sociedad, afectando por tanto el despido objetivo adoptado en un primer momento a cinco trabajadores y posteriormente a uno. Dado que transcurrieron más de los noventa días que se establecen en el artículo 51.1 ET para el cómputo de las extinciones (95 días en total), a efectos de determinar si se superan los límites para el despido colectivo, y que dentro de ese período de tiempo la empresa solo extinguió cinco contratos, no puede considerarse que procediera a un despido colectivo pues el número de extinciones no llegó a los diez trabajadores, límite que se establece para las empresas de menos de cien cuando aún no se trataba de toda la plantilla. No se ven por ello razones para considerar que la empresa actuara en fraude de ley, pues no se ha entendido así tampoco en la sentencia recurrida. **Principio de Igualdad.** *Indemnización inferior a la pactada para un trabajador que en el momento del acuerdo de sustitución del despido colectivo por el objetivo estaba de baja. El trato distinto en cuanto a la cuantía de la indemnización por la extinción de los contratos no se debe a motivos arbitrarios, sino que tiene causa en un motivo justificado, cual es que el trabajador, a pesar de que tenía conocimiento de que se iba a celebrar no asistió a una reunión de los representantes de la empresa con los trabajadores en la que se acordó la indemnización superior a la legalmente prevista. Juicio. Medios de prueba. Testifical. Denegación por el juez de instancia de tres testigos propuestos por la parte demandante que sin embargo son aceptados en juicio para la demandada. A pesar de que la parte actora no volvió a solicitar la testifical en el acto del juicio porque previamente la había solicitado la demandada, como corresponde en los procesos por despido, sin embargo, la posterior renuncia a dos de ellos por la empleadora no supuso una infracción que determine la nulidad de actuaciones, pues la actora no concretó qué hechos pretendía probar mediante las preguntas que iba a dirigir a los testigos y cómo esos hechos podrían determinar un resultado distinto.**

PRECEPTOS:

Constitución española, art. 14.
RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 17.1, 51.1 y 52 c).
Ley 1/2000 (LEC), art. 372.
Código Civil, art. 6.4.

PONENTE:

Don Pedro Bravo Gutiérrez.

Magistrados:

Don ALICIA CANO MURILLO
Don JOSE GARCIA RUBIO
Don PEDRO BRAVO GUTIERREZ

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00570/2015

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax: 927 62 02 46

NIG: 10037 34 4 2015 0101813

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000497 /2015

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000700 /2013

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Lidia

ABOGADO/A: JUAN VICENTE PEREZ GOMEZ

PROCURADOR: MARIA BEGOÑA ISABEL TAPIA JIMENEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: METALURGICA AGROINDUSTRIAL

ABOGADO/A: VICENTE CARRETERO PUERTO

PROCURADOR: ANTONIO CRESPO CANDELA

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMOS. SRES

DON PEDRO BRAVO GUTIERREZ

DOÑA ALICIA CANO MURILLO

DON JOSE GARCIA RUBIO

En CACERES, a veinticuatro de Noviembre de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J. EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española.

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A 570/15

En el RECURSO SUPPLICACION 497/2015, formalizado por el Sr. Ldo. D. Juan Vicente Pérez Gómez en nombre y representación de Dña. Lidia , contra la sentencia de fecha 06/3/15 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de BADAJOZ en el procedimiento 700/2013, seguidos a instancia de la recurrente frente a METALURGICA AGROINDUSTRIAL SL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO BRAVO GUTIERREZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

D^a Lidia presentó demanda contra METALURGICA AGROINDUSTRIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha 06/3/2015 .

Segundo.

En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO: La actora, Lidia comenzó a prestar sus servicios como Auxiliar Administrativo el 1- 06-12 en la empresa demandada, METALÚRGICA AGRO INDUSTRIAL (GRÚAS MAY) con carácter fijo y con la categoría de Jefe de Administración, desde el 23-11-12, otorgándosele el día 27 poderes de representación de la empresa. SEGUNDO: Ha venido percibiendo un salario último de 1.709,52 Euros mensuales incluyendo la parte proporcional de tres pagas extraordinarias, en total, 56,98 Euros diarios netos. TERCERO: El 26-06-13 la Junta General de Socios acordó la disolución y liquidación de la sociedad titular de la empresa, siendo nombrados liquidadores los codemandados Julio y Rafael , que el mismo día otorgaron la correspondiente escritura pública de disolución. CUARTO: El 1-08 los mismos comunicaron a la actora, que desde el 14 de Mayo anterior se encontraba en baja laboral por enfermedad con el diagnóstico de un trastorno de ansiedad, y que habla sido dado de alta el día anterior, la extinción de su contrato por causas objetivas, con efectos del día 31. Dicha comunicación se tiene íntegramente por reproducida, abonando a la actora mediante sendas transferencias bancarias 851,57 Euros correspondientes al 60% de la indemnización y 920,45 por la omisión del preaviso, así como 3.861,81 Euros por la nómina de Julio y liquidación. QUINTO: El 15 de julio se inició el periodo de consultas previas a un ERE para el cese total de la actividad y extinción de todos los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la empresa, incluyendo a la propia demandante.

SEXTO: El 18 se celebró una reunión, a la que no asistió la demandante pese a que tenía conocimiento de la misma, en la que la empresa propuso dicha extinción de todos los contratos con una indemnización de 28 días de salario por año de servicio. En posterior reunión del día 23, las partes acordaron retirar la propuesta del ERE extintivo y proceder a un despido colectivo de toda la plantilla y una indemnización de 33 días con un tope de 24 mensualidades, y el día 30 procedió a dichos despidos con abono de las correspondientes indemnizaciones. SÉPTIMO: La empresa demandada, que se dedica a la actividad de alquiler de grúas autopropulsadas y prestación de servicios de elevación, ha disminuido en los últimos años su facturación como consecuencia de la crisis estructural del sector de la construcción con disminución progresiva de los ingresos y de los beneficios, y consiguientes pérdidas económicas, no obstante haber enajenado parte de su patrimonio. OCTAVO: Precedido del correspondiente intento de conciliación que se celebró en la UMAC el 2-09, presentó demanda en el Juzgado de lo Social por despido nulo o improcedente. Jesús Luis , padre de la demandante y Letrado de la misma, había sido Letrado de la empresa demandada al menos desde el mes de Junio, con poder general para pleitos y como tal Letrado de la empresa intervino en las negociaciones previas a los despidos. NOVENO: Rafael , trabajador de la empresa, cesó efectivamente en la misma el 15-11-13."

Tercero.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: FALLO

"Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda interpuesta por Da. Lidia contra la empresa METALÚRGICA AGRO INDUSTRIAL y contra D. Julio Y D. Rafael , sobre Despido, declarando la PROCEDENCIA de la medida extintiva acordada por la empresa el pasado 31-07-13 y extinguida la relación laboral existente entre las partes en dicha fecha, declarando a la actora en situación de desempleo no imputable y con derecho a hacer suyo de forma definitiva, el importe de la indemnización que le fue ofrecida en su momento."

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por METALURGICA AGROINDUSTRIAL, Lidia formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue/no fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta SALA SOCIAL en fecha 23/10/15.

Sexto.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La trabajadora demandante interpone recurso de suplicación contra la sentencia que, desestimando su demanda, declara procedente el despido contra el que reclama y en los dos primeros motivos, al amparo del apartado a) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, pretende que se anule la sentencia recurrida y las actuaciones anteriores, reponiéndolas para que se lleven a cabo las pruebas cuya práctica se le denegó en la instancia.

Así, en el primer motivo se denuncia la infracción de los arts. 90 de la citada ley procesal, 238 de la Orgánica del Poder Judicial y 9.3, 14 y 24 de la Constitución porque en la demanda se solicitó que por el Juzgado se citara a unos testigos para el acto del juicio, lo cual fue denegado, desestimándose el recurso de reposición que contra tal resolución se interpuso, mientras que en el juicio por la demandada se propuso como testigos a tres de los propuestos en la demanda, pero se renunció a la declaración de uno de ellos sin que se permitiera a la demandante formularle pregunta alguna, mientras que el tercero, antes de que declarase, fue cambiado por otro testigo, a la sazón un Letrado que había asistido a las reuniones de la empresa para las negociaciones relativas a la extinción de los contratos de trabajo, formulando la demandante protesta en ambos casos.

Como se recuerda en la sentencia de esta Sala de 23 de julio de 2009, la nulidad de actuaciones es decisión siempre traumática y última que conlleva dilaciones en el curso del proceso y una vuelta a empezar que a ninguna de las partes ni a la propia Administración de Justicia beneficia, por lo que supone de desandar el camino andado y la reposición de los autos al estado en que se cometió la falta, por lo que es un remedio excepcional. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina consolidada del Tribunal Supremo - STS 13 marzo 1990, 13 mayo y 31 julio 1991 y 22 julio 1992 entre otras muchas -, y del Tribunal Constitucional, entre otras en Sentencias expuestas, entre muchas, en SS 91/1991 de 25 abril, 109/1991 de 20 mayo, 172/1992 de 6 septiembre, y 179/1992 de 19 septiembre.

Tratándose de la denegación por el órgano judicial de la práctica de pruebas propuestas por las partes, en las sentencias de esta Sala de 30 de abril de 2002 y de 17 de marzo de 2011, con referencia a la del Tribunal Constitucional 165/2001, de 16 de julio de 2001, se dice que para que proceda la nulidad de actuaciones por infracción de normas de procedimiento debe concurrir la efectiva indefensión de la parte, que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" (SSTC 1/1996, de 15 de enero, F. 3; 219/1998, de 16 de noviembre; 101/1999, de 31 de mayo; 26/2000; 45/2000), habiendo exigido el Alto Tribunal que eso exige, de una parte, que el recurrente ha de razonar en la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, F. 3; 131/1995, de 11 de septiembre, F. 2); y, de otra, que quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso "a quo" podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, F. 3; 147/1987, de 25 de septiembre, F. 2; 50/1988, de 22 de marzo, F. 3; 357/1993, de 29 de noviembre, F. 2), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, F. 8; 1/1996, de 15 de enero, F. 3; 170/1998, de 21 de julio, F. 2; 129/1998, de 16 de junio, F. 2; 45/2000, F. 2; 69/2001, de 17 de marzo, F. 28).

En el mismo sentido se pronuncia la STC 42/2007 de 26 de febrero y esos requisitos que el Alto Tribunal exige para el recurso de amparo, debe entenderse que también son exigibles para que prospere en esta sede la nulidad de actuaciones que pretende la recurrente y tales requisitos no se dan en este caso y en el motivo no se alega que la recurrente volviera a solicitar en el acto del juicio la prueba que propuso en la demanda y, aunque podría alegarse que, como en el juicio por despido la demandada propone las pruebas en primer lugar, no lo hizo porque la empresa propuso a tres de tales testigos, con lo que, al renunciar a dos de ellos, se le privó de la posibilidad de nuevas preguntas que permite el art. 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no se expone en el motivo es que hechos concretos pretendía probar mediante las preguntas que iba a dirigir a los testigos y como esos hechos, de considerarse probados por el juzgador de instancia, y no debe olvidarse que las declaraciones de testigos están sometidas a la facultad de apreciación que le otorga el art. 97.2 LRJS, sin que puedan determinar una revisión de hechos probados en suplicación, podrían determinar un resultado distinto en la instancia o aquí en el recurso.

Segundo.

Los siete siguientes motivos del recurso se dedican, al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS , a revisar los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, pretendiendo en primer lugar que en el segundo de ellos se sustituya el salario que en él consta por el de 1.840,49 euros, para lo que se apoya en un informe de la Inspección de Trabajo que figura en los autos, sin que pueda accederse a ello porque, como se dice en la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2005 , no puede considerarse que "lo informado por el Inspector se imponga a otros medios de prueba igualmente tenidos en consideración por el Magistrado de Instancia, conviniendo recordar al efecto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, por ejemplo en Sentencia de 16 de abril de 1984 , según la cual, "las actas levantadas por la inspección de trabajo, aunque gozan de valor de presunción de "iuris tantum" en la vía administrativa, no tienen en el proceso laboral más valor que las demás pruebas admitidas en derecho, siendo en consecuencia ineficaces e insuficientes para demostrar el error de derecho - SS 14 junio 1967 y 14 y 17 enero 1975 -", doctrina reiterada en numerosas Sentencias del Alto Tribunal, como las de 24 de enero de 1.986 , 3 de abril de 1.987 , 27 de junio de 1.988 , 12 de abril de 1.989 , 23 de julio de 1.990 , 23 de abril de 1.994 y 10 de julio de 1.995 , y seguida por los Tribunales Superiores de Justicia, como los de Murcia en sentencia de 13 de junio de 1.996 , del País Vasco en la de 5 de marzo de 1.998 , de Madrid en la de 16 de julio de 1.997 , de Cataluña en la de 5 de febrero de 1.999 , de La Rioja en la de 27 de enero de 1.998 , de Galicia en la de 2 de julio de 1.998 , de Asturias en la de 15 de enero de 1.999 y este de Extremadura en las de 25 de septiembre de 1.996 , 14 de mayo y 4 de septiembre de 1.994 y 9 y 10 de marzo de 1.998 .

En todo caso, lo que se hace constar en el hecho probado de que se trata es el salario que la demandante percibía de la demandada y otra cosa es el que tuviera que percibir en virtud de las normas que sean aplicables, que es a lo que se refiere el mencionado informe, y eso no es cuestión fáctica, sino jurídica, que debe dilucidarse en otro tipo de motivos del recurso.

También propone la recurrente nueva redacción al hecho probado tercero de la sentencia recurrida que quedaría así: "el 18/06/2013 , la Junta General de Socios acordó la disolución y liquidación de Metalúrgica Agro Industrial SL, siendo nombrados liquidadores mancomunados de dicha mercantil, Don Julio y Don Rafael , quienes, el día 26/06/2013, otorgaron, ante el Notario Don Carlos Alberto Mateo Iñiguez la escritura de disolución y de apertura de liquidación de dicha sociedad, escritura que fue nuevamente firmada el 17/07/2013 por dichos liquidadores, ante el Notario Don Luis Pla Rubio, interviniendo en esta segunda, junto a dichos liquidadores, la administradora única de la sociedad, y cesante en el cargo, Doña Petra , no constando los motivos por los cuales dichos liquidadores firmaron dos escrituras, en fechas distintas, con la misma finalidad", no siendo necesario acceder a ello porque, al remitirse el juzgador de instancia en el hecho probado de que se trata a la escritura pública de disolución, nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2013, rec. 2/2012 , en doctrina para el recurso de casación, pero aplicable al de suplicación, también de carácter extraordinario, que "esta Sala en cuanto a la adición o ampliación de hechos probados ha reiterado, entre otras, en la STS/IV 13- noviembre-2007 (rco 77/2006) que si existe en tales hechos constancia suficiente de las especificaciones que se pretenden adicionar, aunque sea por remisión, tal circunstancia permite a la Sala contar con ellas sin necesidad de introducirlas en la narración histórica de la sentencia".

Igualmente, se propone en el recurso nueva redacción para los hechos probados cuarto, sexto, séptimo, octavo y noveno y de lo que con tal valor se contiene, indebidamente según la recurrente, en los fundamentos de derecho segundo a quinto de la sentencia.

No puede accederse a ello porque lo que pretende la recurrente, como se señala en la impugnación, es que esta Sala vuelva a examinar todo el material probatorio del proceso, que ya ha sido tenido en cuenta por el juzgador de instancia para formular el relato fáctico de su sentencia y, como ha señalado el Tribunal Supremo, por ejemplo en Sentencia de 5 de junio de 1.995 , no es ajustado a derecho sustituir el criterio objetivo e imparcial del Juez de instancia al momento de valorar las pruebas practicadas por el subjetivo o parcial de la recurrente, confundiendo este recurso excepcional con una nueva instancia, por lo que en consecuencia los hechos declarados probados reflejo de dicha valoración deben prevalecer mientras que por medio de una revisión fáctica, basada en documentos de los que resulte de un modo claro, directo y patente el error sufrido por el Juzgador, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones subjetivas, no sean revisados; resultando que, como se dijo, el art. 97.2 de la LRJS otorga aquél una amplia facultad para valorar todo los medios de convicción del proceso, sin que pueda confundirse al respecto la instancia con el recurso pues, si bien en éste es cierto que sólo los documentos públicos y los privados expresamente reconocidos por aquellos a quien pueden perjudicar permiten dar lugar a una alteración del relato fáctico de la sentencia recurrida, en la instancia el juzgador puede apoyarse, como vimos, en todos esos elementos de convicción, que no sólo incluyen documentos públicos o privados, sino otros como las presunciones o la actitud de las partes en el proceso.

A lo que sí puede accederse es a lo que la recurrente propone en el hecho probado noveno respecto a la fecha en la que cesó el trabajador al que se refiere pues se admite en la impugnación que ello se produjo el día 5 y no el 15 de noviembre de 2013. Puede que la revisión sea intrascendente para el recurso, pero, como nos dice

el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de febrero de 2003 , "no se puede descartar un motivo de revisión fáctica por el mero hecho de que resulte intrascendente para el órgano jurisdiccional de suplicación, ya que tal juicio de intrascendencia podría no ser compartido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a la hora de resolver en unificación de doctrina".

Tercero.

Los otros dos motivos del recurso se amparan en el apartado c) del art. 193 LRJS , denunciándose en el primero de ellos la infracción de los arts. 49.1.g) , 51.1.a) y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y 6.4 del Código Civil y de la jurisprudencia contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2012, rec. 2.724/2011 y se alega en tal motivo que la extinción de contratos de trabajo en la empresa demandada ha afectado a toda su plantilla, por lo que debió seguirse el trámite previsto para los despidos colectivos, por lo que, además de que fue discriminatorio, el despido de la demandante debe declararse nulo por haberse efectuado en fraude de ley, sin que lo impida que, como consta en el hecho noveno de la sentencia, un trabajador de la empresa cesara con posterioridad porque la extinción del contrato se produjo pasados solo cinco días de los noventa a los que se refiere el art. 51.1 ET y, a tenor de la jurisprudencia citada, ha de tenerse en cuenta a los efectos de la existencia de un despido colectivo.

En efecto, como se mantiene en la sentencia de esta Sala de 23 de enero de 2014, rollo 551/13 , siguiendo la doctrina mantenida, por ejemplo, en dos SSTs de 3 de julio de 2012, rec. 1657/2011 y 1744/2011 (Sala General) y 8 de julio de 2012, rec. 2341/2011 , debe seguirse el procedimiento de despido colectivo cuando las extinciones superen los límites establecidos en el art. 51.1 ET , que, además, son los de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos y cuyo art. 1 prescribe:, aplicada en la de esta Sala y, para el cómputo de tales límites, a tenor de la STS 25 de noviembre de 2013, rec. 52/2013 debe incluirse las extinciones producidas por despidos disciplinario en los que se reconozca la improcedencia en transacciones judiciales o extrajudiciales, así como los despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional, que no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo o en dimisiones, al margen de la intervención del empleador (FJ 4). Solo se excluyen las extinciones en virtud de motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan por cumplimiento del término (FJ 5).

Aquí, aunque lo que al respecto se dice en el hecho sexto de la demanda sea un tanto confuso, de lo que también se razona en el tercer fundamento de derecho, se desprende que la empresa tenía seis trabajadores y que, después de iniciar los trámites de un despido colectivo porque la extinción iba a afectar a toda la plantilla, se acordó con los trabajadores proceder a extinciones individuales por causas objetivas dado que uno de ellos iba a continuar trabajando para ultimar el cierre y liquidación de la empresa, lo que hizo hasta el día 5 de noviembre de 2013.

Con ello resulta que desde que se produjo el despido de la demandante, el 1 de agosto, fecha en la que ya se habían extinguido los contratos de los otros trabajadores salvo el antes citado, hasta que se produjo la extinción de este último transcurrieron más de los noventa días que se establecen en el art. 51.1 ET para el cómputo de las extinciones a computar a los efectos de determinar si se superan los límites para el despido colectivo y que dentro de ese período de tiempo la empresa solo extinguió cinco contratos, por lo que no puede considerarse que procediera a un despido colectivo pues el número de extinciones no llegó a los diez trabajadores, límite que se establece para las empresas de menos de cien y aún no se trataba de toda la plantilla y no se ven razones para considerar que la empresa actuara en fraude de ley pues no se ha entendido tampoco en la sentencia recurrida.

Se razona en la STS 12 de mayo de 2009, rec. 2.497/2008 "que el fraude de Ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca...pues su existencia -como la del abuso de derecho- sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados".

Además, como recuerdan las sentencias de esta Sala de 6 de febrero y 10 de marzo de 2004 y 17 de octubre de 2005 y la del Tribunal Supremo citada, apreciación del fraude de ley corresponde, de modo primordial, al juzgador de instancia, dada la inmediatez que caracteriza a la fase procesal en que actúa y, como consecuencia, ser el órgano jurisdiccional que, además de ostentar la facultad, que a la vez es un deber, de evaluar todos los elementos de convicción, mejor puede detectar la apariencia de legalidad bajo la cual puede ocultarse la intención de quien pretende valerse de aquélla con una finalidad contraria a la propia normativa de la que se ha hecho uso, o excluir la voluntad ilícita al respecto, debiendo, en consecuencia, ser mantenida por la Sala, en trámite de suplicación, la conclusión sentada por el juzgador "a quo", habida cuenta del carácter extraordinario de dicha impugnación que, como es sabido, no constituye una segunda instancia, de no resultar contraria al criterio humano o desvirtuados los hechos que sirven de soporte a dicha convicción y aquí, como se adelantó, no aparecen datos que permitan entender la existencia de fraude de ley pues la empresa intentó primero tramitar un despido colectivo y después acordó con los trabajadores, salvo la demandante que no acudió a la reunión en que así se decidió pese a saber que se iba producir, que se procedería a despidos individuales

permaneciendo uno para llevar a cabo las tareas precisas para la liquidación de la empresa, sin que con ello se aprecien indicios de fraude.

Cierto es que la antes citada STS de 12-5-2009 permite apreciar el fraude basándose en presunciones, pero no debe olvidarse que, como se mantiene en la de esta Sala de 4 de junio de 2012, la labor de formación de las presunciones incumbe únicamente al juez de instancia, pues las llamadas presunciones de hombre "son normas de valoración de la prueba que pueden ser aplicadas en la instancia pero no alegadas en el recurso extraordinario de casación, pues el alcance entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, aunque sea preciso y directo como exige el art. 1.253, no es necesario y, por ello si la deducción no la realizó el Magistrado que tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas, no debe realizarse en su lugar, pues pueden desconocerse elementos aparecidos en el acto de la vista y que desvirtúan la deducción" (sentencia de la Sala cuarta del TS de 7-12-89) y, en el mismo sentido, nos dice la sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 mayo de 2005 que "La existencia o no de la presunción como tal prueba será, pues, competencia fundamental del Juez de instancia, a quien, al igual que sucede respecto de cualquier otro elemento probatorio, y en razón al principio de inmediación, habrá de servirle para alcanzar su convicción, estando obligado, eso sí, a hacer referencia, en los fundamentos jurídicos de su resolución, a los razonamientos que le llevaron a una determinada conclusión, pues dicha obligación es consecuencia implícita de la tutela judicial que garantiza el art. 24.1 de nuestra Constitución , expresamente recogida en el art. 97.2 de la LPL y, como se decía, con más precisión aún hoy en el art. 386 de la LECiv ".

Cuarto.

En el último motivo del recurso se denuncia la infracción de los arts. 51.1.c) 52.d) y 53.4 ET , 6.4 CC y 14 y 24 de la Constitución , así como de la jurisprudencia contenida en la STC 10/2005, de 20 de enero , porque, según la recurrente, el despido es nulo por infringir el principio de igualdad ya que al resto de los trabajadores de la empresa se les ha abonado una indemnización superior a la demandante. Tampoco tal alegación puede prosperar.

Como nos dice la STC 198/2004, de 15 de noviembre , "...la eficacia del principio de igualdad hace ilegítimas las causas de discriminación específicamente prohibidas (art. 14 CE y art. 17 del Estatuto de los trabajadores) pero, en la medida en que dicho principio ha de conjugarse con el de libertad, no prohíbe, por si mismo, otras diferencias de trato (como se ha afirmado, entre otras muchas, en las SSTC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2 ; 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4 ; y 108/1989, de 8 de junio , FJ 1). En consecuencia no todo tratamiento empresarial que se concrete en un determinado trabajador frente al resto de la plantilla resulta relevante a los efectos del art. 14 CE , sino exclusivamente aquél que pueda ser encuadrado en alguna de las causas de discriminación prohibidas...".

En el mismo sentido la STS 11 de noviembre de 2008, rec. 120/2007 se refiere al "distinto alcance de estos principios, porque mientras que el principio de igualdad -en la ley y en la aplicación de la ley- vincula a los poderes públicos, y al convenio colectivo en la medida en que, en nuestro Derecho, tiene una eficacia normativa que trasciende el marco normal de una regulación privada, no sucede lo mismo con la tutela antidiscriminatoria, que por la especial intensidad de su protección se proyecta en el ámbito de las relaciones privadas".

Aquí ni consta ni se alega que a la demandante se le haya abonado una indemnización inferior por ninguna de las causas de discriminación prohibidas por el art. 14 CE .

Pero es que, en todo caso, aunque entendiéramos que también habría que aplicar a ultranza el principio de igualdad, tampoco se habría infringido aquí. Como nos STC 122/2008, de 20 de octubre de 2008 , [...sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar "elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable" (STC 39/2002, de 14 de febrero , FJ 4, razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un tertium comparationis frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en "una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos"] y en este caso el trato distinto entre la demandante y el resto de los trabajadores de la empresa en cuanto a la cuantía de la indemnización por la extinción de los contratos no se debe a motivos arbitrarios, sino que tiene causa en un motivo justificado, en que, como se razona en la sentencia recurrida, ella, a pesar de que tenía conocimiento de que se iba a celebrar, no asistió a una reunión de los representantes de la empresa con los trabajadores en la que se acordó la indemnización superior a la legalmente prevista.

Por todo lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso pues en él solo se pretende la nulidad de actuaciones y la del despido, pretensiones que no pueden prosperar según hemos visto, y ninguna alegación se hace respecto a la concurrencia de la causa alegada por la empresa para justificar la extinción y sobre el cumplimiento de los requisitos formales del despido, debiéndose confirmar la sentencia en la que se ha declarado procedente.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por Dña. Lidia contra la sentencia dictada el 6 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Badajoz , en autos seguidos a instancia de la recurrente frente a METALÚRGICA AGROINDUSTRIAL SL, confirmamos la sentencia recurrida.

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

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 66 049715 Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente.

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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

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

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

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

PUBLICACIÓN. En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.-

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.