

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
Sentencia 733/2016, de 16 de septiembre de 2016
Sala de lo Social
Rec. n.º 260/2016

SUMARIO:

Despido que trae causa en extinción colectiva acordada por Juzgado de lo Mercantil. Cuestiones que se pueden impugnar en el incidente concursal. En el incidente concursal laboral los trabajadores solamente pueden impugnar las cuestiones que se refieran estrictamente a su relación jurídica individual (antigüedad, categoría, salario, cuantía indemnizatoria, aplicación de criterios de selección al trabajador concreto, o respeto de preferencias), pero no cuestionar la tramitación del procedimiento, la concurrencia de las causas, u otros extremos de naturaleza colectiva, como la valoración de los criterios de selección establecidos en el acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, que solo pueden formularse en el recurso de suplicación contra el auto que decidió el despido colectivo.

PRECEPTOS:

Ley 22/2003 (Ley Concursal), art. 64.8.

PONENTE:

Doña Concepción Rosario Ureste García.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 4 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

251658240

NIG : 28.079.00.4-2016/0011151

Procedimiento Recurso de Suplicación 260/2016

ORIGEN:

Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Madrid Pieza Incidente Concursal - Laboral 535/2013

Materia : Incidente Concursal Laboral

J.S.

Sentencia número: 733/2016

Ilmas. Sras:

Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES
Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ
Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid a dieciséis de septiembre de dos mil dieciséis habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las Ilmas. Sras. citadas, 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

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 260/2016, formalizado por el Sr. Letrado D. Pablo Espinosa Arroquia Fernández en nombre y representación de D^a Visitacion , contra la sentencia de fecha veinticuatro de octubre de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid , en sus autos número Pieza Incidente Concursal - Laboral 535/2013, seguidos a instancia de la parte recurrente frente a la FEDERACIÓN MADRILEÑA DE NATACIÓN y ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

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

Segundo.

En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda, debe modificarse el auto probatorio del expediente de regulación de empleo en lo exclusivo a la situación de la demandante, en el sentido de reconocerle el derecho al abono de la indemnización por preaviso de quince días, así como la cantidad de 708,30 euros, por los días de vacaciones no disfrutados."

No se hace pronunciamiento de condena en costas

Tercero.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Cuarto.

Elevados por el Juzgado de lo Mercantil de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 29/03/2016, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

Quinto.

Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de fecha 24 de octubre de dos mil catorce, recaída en el incidente Concursal Laboral 535/2013 seguido en dicho Juzgado en virtud de demanda de la Sra. Visitacion contra la FEDERACIÓN MADRILEÑA DE NATACION y la Administración Concursal, estima en su fallo parcialmente la demanda, resolviendo modificar el Auto aprobatorio del Expediente de Regulación de Empleo de fecha 22 de mayo de dos mil trece, dictado por ese Juzgado, en el que se aprobaba la Regulación de empleo tramitada por la concursada FEDERACIÓN MADRILEÑA DE NATACIÓN, en el exclusivo sentido afectante a la demandante relativo a reconocer el derecho al abono de la indemnización por preaviso.

Frente a esta Resolución se interpone el presente recurso de Suplicación ante esta Sala, al amparo procesal del art. 193 b) y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social suplicando la estimación íntegra de la demanda, declarando que la extinción del contrato de la actora ha sido contrario a derecho y nula con las consecuencias previstas en Derecho, y de no ser posible, la compensación económica en la forma prevista en el Estatuto de los Trabajadores (sic)

El recurso es impugnado por la representación letrada de la FEDERACIÓN MADRILEÑA DE NATACION, frente a que la representación letrada de la actora ha presentado alegaciones de conformidad con lo prevenido en el art. 197.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Dado traslado de este último escrito a la parte recurrente (a modo de réplica), por la misma se efectúan contraalegaciones y también hace referencia a la aportación en el juzgado de un documento, no anexado en la pieza y de fecha posterior al propio escrito de recurso, que no procede incorporar al no reunir los requisitos del art. 233 de la LRJS y al que en todo resultarían trasladables las consideraciones que seguidamente se efectuarán respecto de la denegación de otros hechos de análoga factura.

Segundo.

Por el cauce procesal del art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción se insta la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia a través de la adición de quince nuevos hechos para que sean declarados probados por esta Sala. La identidad de este asunto con el que resuelve esta sección de Sala en el RS 255-2016 conlleva la aplicación de los mismos criterios que los que en éste expresamos.

Se fundamenta aquella pretensión en la alegación de que la sentencia de instancia carece de un adecuado relato de hechos lo que obliga a la recurrente a realizar el postulado, siendo consciente de la dificultad extraordinaria que ello supone en un "muy difícil" recurso de Suplicación. Efectivamente, tales afirmaciones vienen a confirmar que la parte recurrente conoce los estrechos límites que conforman el cauce procesal del art. 193 b) de la LRJS y la imposibilidad de la Sala de Suplicación de volver a realizar una valoración de toda prueba aportada al acto del juicio oral, que conllevaría atender tan elevado número de modificaciones fácticas.

En todo caso, sí queremos resaltar, que la ausencia de hechos suficientes para una adecuada tutela del derecho de defensa, en el caso de que esto fuera así, se deberían haber denunciado por el cauce procesal del art. 193 a) de la Ley Reguladora que permite solicitar la nulidad de las actuaciones y la reposición de los autos al momento de la infracción postulada, que no es otra que el adecuado contenido de una sentencia (art. 97.2 de la LRJS y 209.2 de la LEC).

Antes de entrar en el conocimiento de cada uno de los quince submotivos de revisión fáctica creemos conveniente recordar los requisitos que la Ley y la Doctrina Jurisprudencial han venido a señalar como imprescindibles para que la pretensión de la recurrente pudiera prosperar:

1.- Esta Sala ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre los requisitos de prosperabilidad de los motivos de revisión de hechos, en aplicación de la doctrina Jurisprudencial y de Suplicación nacida de la interpretación de la norma contenida en el apartado b) del artículo 193 y en el apartado d) del artículo 205 de la LRJS - que exige para el progreso de la pretensión de modificación del relato fáctico lo siguiente:

a).- Solamente puede solicitarse la revisión de hechos probados en base a prueba documental, que obre en autos, ya por haber sido aportada en la instancia, bien porque haya llegado a ellos en base al mecanismo especial contemplado en el artículo 231, practicada, dice la Ley, o pericial practicada en la instancia.

b).- Existencia de error en la apreciación del juzgador de instancia que debe ser concreto, evidente y cierto, y advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, tampoco puede basarse en documentos o pericias a las que se hayan opuesto documentos o pericias por la otra parte, precisándose, por ello, de una actividad de ponderación por parte del juzgador, sin que, tampoco, sea admisible la alegación de prueba negativa, aquella que entiende insuficiente el medio de prueba en que el juzgador apoya su declaración.

c) Que el hecho cuya modificación se pretende sea trascendente en el fallo, es decir ha de servir de soporte al motivo jurídico que alterará el pronunciamiento.

d) Es necesaria la propuesta de un texto alternativo a la redacción cuya modificación se pretende.

e) No puede tratarse de alterar la convicción de instancia pretendiendo que sea la Sala de Suplicación quien realice un nuevo enjuiciamiento de los hechos, con una valoración de toda la prueba y ello porque se contradicen varios presupuestos procesales que delimitan la posibilidad de la revisión de los hechos probados en el Recurso de Suplicación. En primer lugar, su naturaleza extraordinaria, que significa llanamente, que este recurso no constituye una segunda oportunidad para que la parte recurrente pueda obtener la tutela judicial de sus pretensiones ya que nos encontramos en una jurisdicción de única instancia que satisface ese derecho constitucional con la sentencia dictada por del Juzgado.-

En segundo lugar, porque la Suplicación no es una apelación y la facultad revisora de la sala queda limitada a los hechos fruto de la valoración de prueba documental o pericial fehaciente, como hemos expuesto anteriormente, quedando fuera del recurso la valoración de prueba testifical y el resultado de la prueba de interrogatorio de la parte.

Según reiterada doctrina, para que pueda prosperar la revisión de hechos de la sentencia es preciso, que los documentos o pericias, en que se sustenta la revisión de los hechos pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas y razonables; debiendo tenerse en cuenta que no todo documento es idóneo para fundar la revisión fáctica, sino aquel que, reuniendo las características antes descritas, presente unas necesarias condiciones, a saber, ser fehaciente y de contenido indiscutible, condiciones que no reúnen las fotocopias de documentos, tal como tiene establecido reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1990 , 25 de febrero de 1991 y 23 de marzo de 1994).

Las fotocopias no adverdadas con su original, ni tampoco reconocidas o ratificadas en el acto de juicio oral por parte de quien aparezca como su firmante, a presencia judicial y con la intervención de las partes a efectos de contradicción, carecen de la cualidad documental que, conforme a la regulación procesal específica, es exigible para poder servir en este particular tipo de recurso de naturaleza cuasi casacional, de apoyo de una propuesta de modificación de los hechos que han sido declarados probados en la Sentencia de instancia. A las referidas fotocopias no se les puede atribuir naturaleza documental a efectos revisorios postulados y ello con independencia del eventual valor probatorio que, por parte del órgano judicial de instancia, en el ejercicio de la función privativa que le atribuye el artículo 97. 2 LPL , se le pueda conferir, siendo insuficiente sin embargo, a los efectos de poder servir de base de una pretensión de revisión fáctica en Suplicación (así, entre otras muchas, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 29-6-05 [JUR 200575361], de 11-10-05 [JUR 200536261], 12-1-06 [JUR 20061369], 2-1-07 [JUR 20072196] o de 19-2-08).

El hecho que se pretende ha de resultar de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial que obre en los autos y que esté oportunamente señalada, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones, o argumentaciones más o menos razonables o lógicas.

La cita pormenorizada de los documentos o pericias significa su identificación en los autos, expresando con claridad y precisión los errores que se atribuyen a la convicción de instancia y sin que se puedan discutir nuevas cuestiones no alegadas ni discutidas en el acto del juicio oral.

En el caso de alegaciones que se introducen por primera vez en el recurso, sin que se expusieran en el acto del juicio oral, reproducidos para su inadmisión, la doctrina de esta Sala contenida en la Sentencia de 25 de julio de dos mil doce, R. 152/2012 .

Por último, también es reiterada la Doctrina Jurisdiccional que establece que para que una pretensión revisora de un hecho declarado probado pueda ser viable en el Recurso de Suplicación ha de trascendencia en la parte dispositiva, es decir en el fallo que se recurre, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos que no conduzcan a nada práctico, así se ha manifestado el TS. En las Sentencias de 12 de marzo y 29 de octubre de 2002 , 7 de marzo de 2003 , 6 de julio de 2004 , 20 de junio de 2006 , 10 de diciembre de 2009 , 26 de enero y 18 de febrero de 2010 y 18 de enero de 2011 , y en las que en ellas se citan.

Partiendo de estas premisas, el primero de los motivos interesa la adición del texto que propone sin apoyo en prueba documental alguna. Razón por la que se rechaza.

El segundo, se justifica en base a la prueba aportada por la empresa en el acto de la vista, la Resolución de la CAM y los documentos que obran a los folios 12, 13 y 14 de la prueba de la parte actora que corresponden al folio 90 y siguientes del ramo de prueba común.

No puede ser aceptada la adición por resultar irrelevante para el sentido del fallo. En el recurso de referencia señalamos también que "obran datos suficientes en los autos y no hay básicamente diferencia alguna en los hechos (son pacíficos, admitidos por las dos partes en lo que hay documentado) sino en la forma en que se valoran judicialmente", es decir, que la cuestión es determinar si pueden los trabajadores revisar la aplicación a la extinción de su relación laboral individual del acuerdo de extinción acordado por el Comité de empresa y la Empresa, y, no se trata de anular ese acuerdo como acuerdo colectivo, sino "anular la extinción individual de trabajadores concretos cuando éstos han sido discriminados y se ha incurrido en abuso de derecho y fraude de ley", (sic); cuestión ésta eminentemente de fondo y que se examinará en la oportuna contestación a los motivos de denuncia jurídica.

El motivo tercero, solicita la introducción de los salarios y la antigüedad de cada trabajador demandante (se refiere a la generalidad de los que han instado el incidente), con remisión a cada una de las demandas y las nóminas que aparecen en las piezas de prueba individuales que se reconoce coincide con las aportadas por la empresa. Nos remitimos a los criterios generales de desestimación para apoyar el rechazo de este motivo.

El motivo cuarto, solicitando la inclusión de la lista inicial de los trabajadores afectados por el expediente de empleo en el Concurso de Acreedores que figura en el folio 83 y siguientes del expediente y documento 10 del mismo, entendemos que resulta irrelevante al fallo por lo que luego se justificará. En igual sentido nos pronunciamos sobre el resto de las adiciones propuestas para el motivo quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo, donde se solicita la inclusión de la lista final de los 35 contratos de trabajo extinguidos y que figura en el expediente de empleo comunicada a los trabajadores con el Auto del Juzgador aprobando el Acuerdo y anexada a la carta de despido, así como la lista de los que reducen sus retribuciones en un 12% y que continúan trabajando en la empresa, la de los contratados temporalmente y la relación de los trabajadores nominales de la empresa a finales del año 2013, y a tres de septiembre de 2014 , así como la de los trabajadores que salieron de la lista del número inicial y no están en la lista de los 35 finales.

Respecto al motivo once y doce, hemos de concluir en igual sentido, puesto que lo que tratan de introducir, con remisión a los listados que obran en autos, son trabajadores temporales contratados después del expediente que, en ambos casos, resultan, por lo que luego razonaremos, irrelevantes para alterar en Suplicación el sentido del fallo que se está recurriendo.

El motivo decimotercero, propugna la adición de los criterios que la empresa ha seguido para confeccionar la lista de afectados aportados por ella junto con la solicitud del ERE ante el Juzgado de lo Mercantil. También resulta irrelevante su inclusión, lo mismo que el contenido propuesto para los nuevos ordinales catorce y quince, el catorce porque se remite al Acta del 5 de abril de 2013 que no se cuestiona y el quince, porque se trata de una valoración jurídica que por otro lado es irrelevante al sentido del fallo.

Tercero.

Al amparo del art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción por parte del fallo de instancia del art. 64 de la Ley Concursal, singularmente el art. 64.7 y 8 en relación con el art. 124.13 de la Ley 36/2011, que remite al art. 120 a 123 de la Ley 36/2011 sobre la impugnación individual del trabajador.

El precepto denunciado dice lo siguiente: 64.7. Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas, aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

Si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días.

El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior, y producirá las mismas consecuencias que la decisión extintiva o suspensiva adoptada por el empresario al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o que, en su caso, la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

64.8. Contra el auto a que se refiere el apartado anterior, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) podrán interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

El fallo que se recurre, se fundamenta, y así lo expresa, en que el procedimiento incidental ante el que nos encontramos solo permite discutir a la actora cuestiones que se refieran estrictamente a su relación jurídica individual, es decir, a su relación laboral, y por lo tanto concluye que este no es el camino adecuado para discutir lo que pretende en su demanda, los criterios de selección aplicados en general, o la cuestión de si se ha producido una discriminación por comparación con otros trabajadores, en perjuicio de estos que no están llamados al procedimiento y que en definitiva es lo que se pretende con la alegación de vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, cuestión esta que sobrepasa el estricto ámbito individual de la acción que tiene la actora.

En definitiva que el problema jurídico queda determinado por decidir si los trabajadores a título individual están legitimados para impugnar el Auto de extinción colectiva y esta cuestión ha sido abordada por los Tribunales Superiores de Justicia en diversas sentencias de las que destacamos la del T.S de Justicia de Baleares de fecha 14 de mayo de dos mil trece (RS nº 31/2013), TSJ de Castilla-La Mancha en sentencia de 28 de junio de 2011 (587/2011), el STSJ Catalunya de 23 de julio de 2012 RSU 3257/2012, el STSJ Asturias de 17 de diciembre de 2010 RSU 1969/2010 y el TSJ de Galicia en sentencia de 17 de diciembre de 2009 (RSU 4463/2009), que se han mostrado contrarios a la legitimación de los trabajadores para impugnar individualmente ese auto, declarándose expresamente en las dos últimas sentencias que, además, en el incidente concursal laboral los trabajadores podrán impugnar solamente el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a su relación jurídica individual y no la existencia o suficiencia de las causas de extinción o la existencia de defectos en la tramitación del expediente de extinción colectiva.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, en sentencias de 23 de marzo de 2011 (RSU 125/2011) y 19 de octubre de 2011 (RSU 1259/2011), ha declarado la falta de legitimación de los trabajadores para impugnar el auto extinción colectiva, pero admitiendo la posibilidad de plantear por la vía del incidente concursal todo tipo de cuestiones que afecten a su relación laboral individual, incluidas las relacionadas con las causas de extinción, los defectos de la tramitación del expediente de extinción colectiva o cualesquiera otras.

Entendemos, con esta Doctrina, que el criterio mantenido por el Magistrado de instancia es correcto en el sentido de no aceptar la legitimación de los trabajadores para impugnar a título individual el auto de extinción

colectiva de relaciones de trabajo dictado por el juez de lo mercantil, en este sentido la Sentencia del T.S de Justicia de Baleares antes reseñada, con cita de la pronunciada por el T.S. de Justicia de Galicia de 17 de diciembre de 2009 (RS 4463/2009) precisa que "... esta doble vía impugnatoria presupone que, cuando el litigio verse sobre la existencia y suficiencia de la causa para proceder a la extinción colectiva de los contratos de trabajo o bien sobre la existencia de defectos que invaliden las formalidades exigidas en la tramitación de la extinción o sobre los criterios de selección aprobados por el juez de lo mercantil, la impugnación del auto acordando la extinción colectiva deberá llevarse a cabo por parte de un sujeto colectivo, la representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa concursada cuando no se haya alcanzado un acuerdo en el período de consultas o bien a la representación legal o sindical que no haya formado parte del acuerdo alcanzado en el período de consultas.

Por el contrario, en el caso de que la impugnación contra el referido auto se efectúe por parte de trabajadores individuales, su legitimación sólo viene referida a materias atinentes a su estricta relación jurídica individual. De este modo no es posible que a través del citado incidente laboral concursal puedan pretender los actores que se deje sin efecto la extinción acordada por el juez del concurso en base a las previas acciones extintivas de los actores en sede social (alegación que realiza el recurso respecto a otros trabajadores diferentes de la actora). Lo único que pueden pretender, como también se hace, es cuestionar los parámetros que determinan la indemnización resultante, parámetros tales como la antigüedad o salario teniendo en cuenta que así se dice expresamente en el art. 64.8º de la Ley Concursal y además por cuanto estas cuestiones no pueden ser objeto de disposición en el acuerdo entre administración concursal y representación unitaria al que alude el art. 64.6 de la LC , porque la materia negociada no es la salarial, sino la encaminada a regular la extinción de los contratos. En ese expediente del art. 64. LC las partes podrán pactar si es procedente o no la extinción o suspensión, y caso de considerarla oportuna o conveniente, los términos en que ha de practicarse, el ámbito subjetivo afectado, el importe de la indemnización, el orden para proceder, el momento en que surtirá efecto a partir de la aprobación del auto o los cambios de lugar o puesto de trabajo necesarios según las circunstancias. Sin embargo no puede pactarse sobre materias indisponibles y el salario lo es, porque se trata simplemente de una cuestión de hecho. Ciertamente sobre el particular nada dice el art. 64 LC , pero igual que con carácter general ya se apunta cual es el ordenamiento supletorio en esta materia en el art. 8.2 LC , específicamente se ha señalado la misma remisión a la normativa laboral en el art. 64.11 LC , ello nos lleva a que el salario no pueda ser objeto de pacto o disposición en el acuerdo derivado del período de consultas pudiendo por tanto el trabajador no conforme con el mismo impugnar su fijación a través del presente incidente....".

La también citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de julio de 2012 (RS nº 3257/2012) señala que "... la intervención a título individual de un trabajador -por muy afectado que esté con lo resuelto en el auto que declara la extinción de su contrato de trabajo- no es posible por esta vía, salvo que hayan sido admitidos como parte, y sólo podrán combatirlo en aquellos aspectos estrictamente referidos a su "relación jurídica individual" a través del cauce específico regulado en el artículo 195, es decir, promoviendo un incidente concursal laboral, en el que podrán defender sus derechos e intereses individuales y que se resolverá mediante sentencia que podrán recurrir en suplicación..."

Por todo lo expuesto el motivo debe ser rechazado.

Cuarto.

Con igual amparo procesal en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción, y citamos literalmente "de los preceptos relativos al expediente de empleo, en cuanto que no pueden incurrir en discriminación de trabajadores, fraude de ley ni abuso de derecho arts. 14 y 15 del ET en la determinación, aplicación y concreción de los criterios para extinguir o conservar contratos de trabajo. Art. 64 de la Ley concursal , y 51 del E.T ., 120 a 124 de la LRJS ".

El motivo debe ser rechazado por cuanto tal y como ha resuelto esta misma Sala en Sentencia de 11 de enero de dos mil dieciséis, R.S.80/2016 en todo caso, se ha de señalar, como ya lo ha hecho la sentencia de instancia, que el contenido del incidente previsto en el segundo párrafo del art. 64.8 de la Ley Concursal se limita a las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, de tal forma que se establece una distinción entre los aspectos colectivos del despido decidido por el Juez de lo Mercantil en el auto previsto en el art. 64.7 y las cuestiones que afectan a la relación jurídica individual, tales como antigüedad, categoría, salario, cuantía indemnizatoria, inclusión en el despido colectivo o respeto de preferencias legales o convencionales. Contra el auto mencionado, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial podrán

interponer recurso de suplicación (art. 64.8 párrafo primero). Mientras que en el incidente los trabajadores solo pueden suscitar cuestiones individuales que afecten a su relación laboral pero no cuestionar la tramitación del procedimiento, la concurrencia de las causas del despido, la posibilidad de adoptar otras medidas no extintivas, la existencia o no de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo u otros extremos de naturaleza colectiva, que solo pueden formularse en el recurso de suplicación contra el auto que decidió el despido colectivo.

En el supuesto que estamos enjuiciando se cuestiona por la parte recurrente los criterios de selección que figuran en el expediente acordado, tal y como consta en las actuaciones, a los que imputa el ser amplios e indeterminados al extremo de ser una mera exposición genérica sin concreción ni aplicación de la forma en que afectan a los trabajadores para incluirlos o no en una determinada lista, imputando a los representantes de los trabajadores, Comité de empresa, que firmaron el acuerdo el sacrificio de los intereses de los nueve trabajadores que muestran su disconformidad entre los que se encuentra la recurrente. De esta premisa se deduce la vulneración del derecho de igualdad, no discriminación e inclusive la indemnidad de alguno de ellos en su vertiente de tutela judicial efectiva, fraude de ley y abuso de derecho en la negociación del expediente.

Así planteado el problema la solución de instancia es correcta. No desconocemos, tal y como esta misma Sala ha resuelto, que por lo se refiere a la selección de los trabajadores, este tema, en el aspecto relativo a su aplicación sí tiene relación con el trabajador individual, pero aquí se cuestionan los criterios de selección tal y como se han aprobado por el Auto del Juzgado de lo Mercantil, y que no han sido impugnados, sino cuestionados a través de este procedimiento incidental, cuando han sido convalidados en el expediente colectivo, que exigiendo la concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores ha concluido con el Acuerdo final que los recoge. Por otro lado, los criterios de selección en los despidos colectivos pueden ser de muy diversa índole (edad, antigüedad, funciones, cargas familiares, etc.) siendo válidos en tanto no incurran en arbitrariedad, discriminación o vulneración de derechos fundamentales, cuestión esta que, como hemos expuesto anteriormente no puede suscitarse en este procedimiento.

En todo caso, sobre la exigencia de la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados en un despido colectivo se han pronunciado varias sentencias del TS en recurso de casación ordinaria contra sentencias dictadas en el proceso del art. 124 de la LRJS . Así en la Sentencia de fecha 17 de julio de dos mil catorce REC. 32/2014 se da validez a la formulación de criterios genéricos de selección teniendo presente que se acompañó un listado de trabajadores afectados y hubo una negociación sobre ello con la representación de los trabajadores, sin que se plantease la insuficiencia de los criterios. En la Sentencia de fecha 22 de mayo de dos mil catorce el T.S. Rec. 17/2014 también reconoce eficacia a la indicación de criterios genéricos, dando por sentado que si la representación de los trabajadores no ha presentado objeciones al respecto es porque en la negociación ha admitido tales criterios.

Pero hay que insistir en que, en un despido colectivo concursal, la valoración de los criterios de selección establecidos en el acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores puede abordarse en la impugnación, mediante recurso de suplicación, del auto del Juez de lo Mercantil, mientras que en el incidente formulado por el trabajador individual lo que se podrá cuestionar es la aplicación de tales criterios al trabajador concreto. Esta distinción la refleja, para el proceso colectivo del art. 124 de la LRJS y el proceso de despido individual, la sentencia del TS de 25-6-14 rec. 198/13 en el siguiente sentido:

"(...) 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).(…) si, como dice la Ley, "el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores", "lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley " (art. 51.4 ET) y ese precepto exige la "comunicación escrita al trabajador expresando la causa" (53.1.a)], disponiendo después que "contra la decisión extintiva podrá recurrir como si se tratase de despido disciplinario" (53.3), también parece claro que deberá ser en ese proceso individual donde se plantee y analice con precisión el cumplimiento o incumplimiento de los "criterios

tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados" (art. 51.2.e) del ET) que, precisamente por la dimensión colectiva de todo el procedimiento, no pudieron tenerse en cuenta con el rigor y el detalle necesarios durante el período de consultas ni, consecuentemente, en la propia decisión final del empleador que acordó el despido colectivo".

Quinto.

Con igual amparo procesal se denuncia la infracción del art. 64 de la LC en relación con el art. 51 del ET . Argumentando que el "Supuesto acuerdo aprobado por el Juzgado de lo Mercantil no se ha cumplido" "porque determinados trabajadores contratados temporalmente que se supone deberían extinguir su contrato han sido recontratados."

La denuncia jurídica así formalizada no puede ser atendida por cuanto se está desconociendo la naturaleza extraordinaria de este recurso al partir en su formulación de unos hechos que no están declarados probados. Recordemos que resulta rechazable la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las declaradas por la resolución recurrida (SSTS -más recientes- SG 03/12/14 -rco 201/13 -; SG 22/12/14 - rco 185/14 -; y 02/02/15 - rco 279/13). Ello conlleva que no puedan tomarse en consideración aquellas alegaciones que carecen del pertinente soporte fáctico.

Por otro lado no se encaja el argumento que sustenta la denuncia jurídica en ninguno de los números apartados que contienen los preceptos denunciados. Por las razones expuestas debe ser desestimado.

Sexto.

Por último se denuncia al amparo del art. 193 c) de la Ley Reguladora el principio de indemnidad enlazado con la tutela judicial efectiva ex art. 24 de la CE , fundamentado en la existencia de indicios que avalan el quebranto de dicha garantía con respecto a las trabajadoras Doña Rosario y Doña Visitacion .

Este motivo, por ende, habrá de circunscribirse a lo manifestado respecto de la recurrente -Sra. Visitacion - y así la alegación de que por la misma se interpuso demanda de impugnación de la modificación horaria. Sin embargo, ningún dato fáctico avala tal afirmación, vedando a la Sala su análisis. Traemos aquí a colación tanto la argumentación relativa a la denominada petición de principio como la desestimación del motivo fáctico que versaba sobre reclamaciones judiciales, por cuando su formulación era predeterminante del fallo y no contenía los datos objetivos precisos para el examen pretendido en el recurso.

Las consideraciones expresadas y aplicadas al supuesto ahora enjuiciado conllevan la confirmación de la sentencia de instancia, plenamente ajustada a derecho, previa la desestimación del recurso formulado.

En su virtud,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Visitacion , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de fecha veinticuatro de octubre de dos mil catorce , en virtud de demanda formulada por la parte recurrente frente a la FEDERACIÓN MADRILEÑA DE NATACIÓN y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, sobre Incidente concursal laboral, confirmamos la expresada resolución.

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

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

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

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente

será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0260-16 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo ORDENANTE , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo BENEFICIARIO , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA " , se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000026016) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

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 y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

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

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por la Ilma. Sra. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. 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.