

Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici S, pl. 9 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 938874574

FAX: 938844934

E-MAIL: social31.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801944420208038187

Despidos / Ceses en general 754/2020-C

-

Materia: Extinción del contrato por causas objetivas

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 1008000000075420

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona

Concepto: 1008000000075420

Parte demandante/ejecutante:

Abogado/a:

Parte demandada/ejecutada:

Abogado/a:

SENTENCIA Nº 59/2021

Magistrado: Raúl Uría Fernández

Barcelona, 5 de febrero de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en este Juzgado demandada suscrita por la parte actora en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró le asistían, terminó suplicando que se dictara sentencia declarativa de la nulidad o subsidiaria improcedencia del despido sufrido.

SEGUNDO.- Señalados día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio, éstos tuvieron lugar el día 02.02.2020, compareciendo las partes que constan en el soporte digital incorporado a los autos.

En trámite de alegaciones la actora se afirmó y ratificó en su escrito de demanda.

EMPLEADORA, única comparecida, se opuso a la demanda en los términos que son de ver en el soporte digital incorporado a los autos, que se dan por reproducidos, señalando en síntesis lo siguiente:

Son correctas las condiciones laborales señaladas en las demandas.

Los burofaxes se enviaron el 18/08/2020, que es la fecha en que se hicieron las transferencias.

El hecho 3º es correcto

El 21/04/2020 se solicitó un precurso voluntario

El 26/06/2020 se comunicó a los trabajadores el inicio de un expediente colectivo de extinción de contratos. El 9/07/2020 se entregó la comunicación, hubieron cuatro reuniones más y en la última se alcanzó un acuerdo según el cual se extinguirían un máximo de 80 contratos atendiendo a criterios objetivos en un plazo de ejecución de 10/08/2020 a 21/05/2021.

No se ha impugnado la decisión colectiva y ello lleva de acuerdo con la doctrina del TS a que en el pleito individual no se puedan valorar las causas.

El hecho 4º es correcto

En cuanto al demandante de más de 55 años de edad se deberá estar al resultado de la prueba

En la cuarta reunión se acordó el cierre del centro de Barcelona y uno de Madrid

No existe un grupo patológico a nivel laboral

En cuanto al hecho 8º se opone porque las transferencias se ordenaron en la misma fecha en que se enviaron los burofaxes de modo que cuando se comunicaron las extinciones los trabajadores ya tenían el dinero a su disposición.

Respecto al Sr. AAAAA existió un error excusable, debido a un error tipográfico en la antigüedad computable, pero luego se completó la indemnización

La causa está correctamente expresada en la carta

Incluso tres de los actores formaban parte de la mesa negociadora

El RD 2/2020 no se ha incumplido porque en este caso las extinciones no son por causa del COVID19 sino por causas ETOP que no provenían del COVID19 sino que eran anteriores

El concurso no se llegó a presentar porque existe una moratoria legal

El juzgado social no es competente para determinar si existía o no una situación concursal pero en todo caso sí lo estarían porque mantenían una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social .

No se vulnera la salvaguarda del empleo porque esa previsión tiene que ver con la devolución de cuotas y no con la calificación del despido, pero en todo caso la empresa no se exoneró de cuotas así que no le es aplicable

Se opone al hecho 10º por los motivos ya expresados

Concorre causa organizativa porque el centro de trabajo se cierra

No se ha incumplido respecto al Sr. EEEE porque respecto de los mayores de 55 años el compromiso de recolocación lo era si quedaran centros abiertos, que no es el caso porque se cerró el único de Barcelona y no lo iban a trasladar a Madrid

No pueden cuestionarse los criterios de designación porque en el periodo de consultas se informó de todo, se han aplicado, y no se han impugnado colectivamente esos criterios.

Se practicaron a continuación las pruebas propuestas y admitidas.

En conclusiones las partes sostuvieron sus puntos de vista y solicitaron de este Juzgado que se dictase una sentencia de conformidad con sus pretensiones, quedando los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Los demandantes prestaron servicios por cuenta de EMPLEADORA con las siguientes antigüedad, categoría profesional y salario mensual bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias:

AAAAA: 20/08/2012, camarero y 1.704,21 euros.

BBBBB: 1/08/2019, camarera y 1.240,62 euros.

CCCCC: 03/02/2014, ayudante de cocina y 1.673,36 euros.

DDDDD: 18/08/2012, camarero y 1.704,21 euros.

EEEEE: 01/05/2013, ayudante de cocina y 1.619,99 euros.

(no controvertido)

SEGUNDO.- EMPLEADORA, dedicada a la actividad de la hostelería, contaba en 2019 con un centro de trabajo en Barcelona en el que prestaban servicios los demandantes y varios centros de trabajo en Madrid. (no controvertido)

TERCERO.- La totalidad de los actores fueron afectados por un ERTE derivado de fuerza mayor desde el día 14/03/2020 hasta la fecha de las extinciones litigiosas, cuya

aplicación trajo causa del estado de alarma declarado a resultas de la crisis sanitaria. (no controvertido)

CUARTO.- El 21/04/2020 EMPLEADORA presentó ante los Juzgados de lo mercantil una solicitud de concurso. (documento nº 29 empresa)

QUINTO.- EMPLEADORA comunicó a los trabajadores el inicio de un periodo de consultas relativo a un expediente de regulación de empleo, celebrándose la primera reunión de los representantes de la mercantil con los representantes de los trabajadores (tres de los cuales eran los que hoy son demandantes) en la que se hizo entrega a la parte social de, entre otros documentos, una memoria explicativa cuyo íntegro contenido se da aquí por reproducido. En ella se afirma, entre otras cosas, que la empresa *“se ha visto muy impactada por la crisis sanitaria provocada por el COVID19”* y que *“derivado de esta situación la Compañía tiene en la actualidad cerrados sus restaurantes y a cierre de junio de 2020 registra unas pérdidas a nivel de resultados de explotación de 911,6 miles euros y de 850,4 miles de euros a nivel de resultado antes de impuestos, lo que la ha llevado a solicitar entrar en concurso de acreedores”*. Se indica también en ella que las medidas adoptadas durante el estado de alarma habían tenido *“un fuerte y muy negativo impacto en el sector de la hostelería, con un desplome de la demanda debido a las limitaciones a la movilidad de las personas y al cierre de los establecimientos”*. (memoria)

SEXTO.- El día 28/07/2020 se alcanzó un acuerdo en el marco del expediente colectivo aludido en el hecho probado anterior, con el voto favorable del 93,75% de la representación de los trabajadores y cuyos términos se dan aquí por íntegramente reproducidos. De acuerdo con el mismo las partes negociadoras habían llegado al *“pleno convencimiento de que la Compañía está en situación legal de disolución, que arrastra pérdidas hace al menos 5 ejercicios, que la situación preconcursal de la empresa es de claro riesgo de concurso de acreedores y además de liquidación inmediata”*, acordándose el pago de una indemnización de 23 días por año trabajado. Se acordaron como medidas que la empresa podría extinguir un máximo de 79 contratos de trabajo, de acuerdo con los criterios de selección recogidos en el pacto, siendo uno de ellos *“el respeto, como mejora social, a los trabajadores que tengan cumplidos en el momento de la firma del presente acuerdo 55 o más años, cuyos contratos se mantendrán vigentes con motivos de la presente medida”*. (acta acuerdo)

SÉPTIMO.- EMPLEADORA envió al actor Sr. XXXXX el día 14/08/2020 carta mediante burofax, cuyo contenido se da por reproducido, en la que le comunicaba la extinción de su contrato por causas objetivas con efectos de 31/08/2020. En la carta se cifraba la indemnización en 10.122,35 euros. (cartas y justificantes de entrega y transferencia)

OCTAVO.- EMPLEADORA envió a los actores el día 18/08/2020 cartas mediante burofax, cuyo contenido se da por reproducido, en las que les comunicaba la extinción de sus contratos por causas objetivas con efectos de 31/08/2020. Ese mismo día ordenó transferencias a los actores por el importe indemnizatorio consignado en las cartas. Las cartas se entregaron al Sr. EEEEE el 21/08/2020, al Sr. AAAAA y al Sr. BBBBB el 19/08/2020, a la Sra. CCCCC el día 18/08/2020 y al Sr. DDDDD el día 24/08/2020. (cartas y justificantes de entrega y transferencia)

NOVENO.- En el caso del AAAAA la carta señalaba la suma indemnizatoria en 10.122,35 euros, siendo de 2.568,36 euros el importe por el que se dio la orden de

transferencia el 18/08/2020. El día 31/08/2020 se le transfirió la suma adicional de 7.553,99 euros y tras recogerse en el finiquito que se le entregó el 31/08/2020 que la indemnización ascendía a 10.203,16 euros el día 23/09/2020 le transfirió una última cantidad de 81,77 euros. (carta, justificantes de transferencia)

DÉCIMO.- EEEEE nació el 27/04/1965. (documento nº 105 actor)

UNDÉCIMO.- El 02/02/2021 EMPLEADORA mantenía una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social de 1.077,66 euros. (documento nº 31 empresa)

DECIMOSEGUNDO.- El resultado del ejercicio 2017 en EMPLEADORA fue de pérdidas por importe de 214.857,77 euros. En 2018 las pérdidas se elevaron a 475.555,53 euros y en 2019 a 686.813,72 euros. (documentos nº 5 y 6 actores, no controvertido)

DECIMOTERCERO.- Se intentó sin avenencia la conciliación administrativa previa. (acta CMAC)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cumplimiento de lo exigido en el apartado 2º del art. 97 LRJS debe hacerse constar que la anterior declaración de hechos probados es resultado de la crítica valoración de la prueba practicada en el acto del juicio, singularmente de la que se ha consignado entre paréntesis en cada uno de los hechos probados, para mayor claridad expositiva.

Resulta relevante una precisión. Ambas partes aportan abundante documental que tiene que ver con las causas económicas y organizativas de la extinción, mucha de ella procedente del expediente de regulación de empleo del que traen causa las extinciones litigiosas: memorias explicativas, informe técnico, cuentas anuales o declaraciones de IVA. Sin embargo, como se señalará más adelante de forma detallada, no puede ser objeto de este pleito la concurrencia de las causas que fundamentan la extinción al haber terminado el expediente con acuerdo. Ello hace improcedente que pasen al relato de hechos probados los datos económicos de la empresa excepto en aquello (las pérdidas de los ejercicios 2017 a 2019) que son relevantes para valorar la aplicabilidad de la restricción prevista en el art. 2 RDL 9/2020. Lo mismo exactamente sucede con los informes mercantiles aportados por los actores, o el VILE, que probablemente se aportaban con la intención de acreditar los elementos reveladores de un grupo empresarial a efectos laborales, pero como también se dirá esta última es una cuestión que el acuerdo en el periodo de consultas impide abordar en esta sentencia.

Es cierto que queda un aspecto que tiene que ver con la situación financiera de la empresa que sí pudiera tener relevancia en el pleito, ya que la parte actora señala que no se encontraba en situación que justificara una declaración de concurso y por ello no le resulta de aplicación la excepción de la DA6ª RDL 8/20. Sin embargo esos elementos no son otros que los reseñados en el art. 2.4 LC y los mismos no consisten en tener más o menos ingresos o pérdidas, sino en otras consecuencias posteriores derivadas de la falta de tesorería (declaración de insolvencia, ejecuciones, embargos, sobreseimiento generalizado de deudas, liquidación apresurada o ruinosa..) que no resultan en este caso de ninguno de los documentos presentados.

SEGUNDO.- Existencia de un grupo empresarial patológico y concurrencia de causa organizativa por no haberse cerrado finalmente todos los centros de trabajo.

Improcedencia del examen de tales cuestiones en el pleito individual posterior al que termina ERE con acuerdo:

Aunque como un antecedente más y sin afirmarse de forma expresa que ello se pretenda como fundamento de una calificación de improcedencia, la demanda dedica su hecho séptimo a afirmar la existencia de un grupo a efectos laborales integrado por las tres codemandadas. Luego el hecho décimo se destina a cuestionar la existencia de causa organizativa alegando que finalmente el único centro de trabajo cerrado ha sido el de Barcelona y no se ha producido el cese de actividad de la compañía que se pretendía en la carta porque los centros de trabajo en Madrid siguen abiertos.

La existencia de un expediente de extinción colectiva que termina con acuerdo resulta de capital importancia en relación con estos dos aspectos porque de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo excluye la posibilidad de que sean abordados en los pleitos individuales. El Alto Tribunal ha señalado con reiteración, incluso en un pronunciamiento de Pleno, que la importancia que corresponde (desde la perspectiva del derecho sindical y la negociación laboral) a un acuerdo colectivo supone que las empresas no se enfrenten, tras negociar y alcanzar un pacto con la parte social, a posteriores pleitos individuales en que se cuestionen las causas ni, consecuentemente la existencia de grupo empresarial que a fin de cuentas no supone sino el carácter incompleto de las causas. Ello es así porque si la empresa hubiera sabido que iba a tener que defender en múltiples pleitos individuales la existencia de causas o la inexistencia de grupo, puede que no hubiera alcanzado un acuerdo con la representación de los trabajadores que le suponía pagar más que el importe legal (se pactaron 23 días), y si lo hizo fue contando precisamente con que esas cuestiones quedaban definitivamente zanjadas en el expediente colectivo.

Respecto de las causas resulta especialmente relevante la sentencia de Pleno del TS de 2/07/2018, que ha sido seguida de otras en que se aplica su criterio (STS 29/11/2018). La sentencia es extensa y para evitar una maniobra de corta pega que incremente innecesariamente la extensión de esta sentencia se remite a las partes a su íntegra lectura, dejando aquí transcrito el razonamiento con el que concluye el TS su argumentación (la negrita no está en el original):

“Va contra el más elemental sentido común que se admita la posibilidad de cuestionar en pleitos individuales la concurrencia y justificación de las causas del despido colectivo que fueron aceptadas por la representación de los trabajadores, y que no han sido luego cuestionadas colectivamente ni por la autoridad laboral, ni por ningún otro de los sujetos legitimados para instar el procedimiento colectivo del art. 124 LRJS.

Basta simplemente con imaginar la enorme inseguridad jurídica y la distorsión que podría generar la existencia de los innumerables procesos individuales, en los que se estuviere discutiendo la concurrencia de la causa de un mismo despido colectivo de una misma empresa, que, además, acabó con acuerdo.

No solo por lo que pudiere suponer en el incremento de la litigiosidad con el efecto de agravarla saturación de los órganos jurisdiccionales del orden social - que es uno de los objetivos a evitar con esta reforma legal conforme expresamente se dice en la exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio-, sino también en la ausencia de la respuesta homogénea .perseguida por el legislador y en la vulneración de los principios de igualdad de trato y seguridad jurídica que pudiere generarse con el dictado de sentencias contradictorias de muy difícil unificación.

Idea de principios sobre la que esta Sala IV ya ha tenido ocasión de razonar en supuestos en los que estaban en cuestión los límites sobre lo que puede o no ser objeto de un proceso individual o colectivo de despido, pues como recuerda la STS, Pleno, 25-3-2015, rec. 295/2014 , citando la de 23-9-2014, rec. 231/2013 : "La finalidad que el legislador persigue, mediante esta compleja regulación procesal, es la de evitar las divergencias de resoluciones judiciales que podrían producirse de haberse establecido la posibilidad de proceder al enjuiciamiento directo, en las impugnaciones de los despidos individuales efectuados en el seno del despido colectivo, de todas las cuestiones jurídicas potencialmente implicadas en una decisión de despido colectivo", poniendo con ello de manifiesto la inseguridad jurídica a la que pueden conducir una multiplicidad de pronunciamientos en

pleitos individuales sobre la misma cuestión jurídica que afecta por igual y de manera común a un mismo despido colectivo.

Hasta podemos decir que **con la admisión de la posibilidad de discutir una y otra vez la misma cuestión en múltiples litigios individuales, cuando la empresa carece de la facultad de ejercitarla acción colectiva para unificar esa situación, se pudiere estar incurriendo en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva de la empresa que se viere compelida a afrontar una multiplicidad de procesos con la misma causa, a litigaren todos y cada uno de ellos, y obligada a aportar una y otra vez la misma prueba para acreditar en cada ocasión la concurrencia de unas causas legales para justificar el despido colectivo pese a que ya fueron aceptadas y asumidas por la representación de los trabajadores a la firma del acuerdo, debiendo soportar finalmente decisiones judiciales sobre un mismo objeto que pueden ser absolutamente contradictorias y de muy difícil unificación**".

Esa argumentación se proyecta inevitablemente sobre la existencia de grupo patológico laboral. La parte social en el expediente colectivo pudo negarse al acuerdo precisamente por apreciar la existencia de grupo y la empresa podía confiar en que ese tema no empezaría a aparecer sorpresivamente en múltiples pleitos individuales posteriores. A fin de cuentas afirmar la existencia de grupo lo que conduce es, precisamente, a negar la concurrencia de la causa, pues se está afirmando que las circunstancias económicas u organizativas a contemplar no son sólo las de la empleadora formal. Así lo entendió la sentencia del TSJ Catalunya de 18/07/2019 al considerar que los trabajadores adscritos a las extinciones indemnizadas acordadas al amparo de un expediente de extinción colectiva en el ámbito bancario carecían de acción para hacer el alegato de grupo empresarial, ello por aplicación de la transcrita doctrina del TS, concluyendo en la "*manca d'acció dels demandants per plantejar en un procés d'impugnació individual d'un acomiadament col.lectiu la concurrència d'un grup empresarial patològic en el moment de l'acomiadament (entre ambdues societats predecessores), a la llum de la doctrina establerta per la STS 2.7.18 i en fonamentar-se l'acomiadament col.lectiu en l'acord assolit amb la representació dels treballadors*".

Por tanto ni en este pleito plural (ni en ningún otro que pueda haberse planteado) podrá examinarse ni la concurrencia de causas ni la improcedencia basada en pretensiones de extender la responsabilidad a otras personas físicas o jurídicas, pues todo ello quedó vedado al alcanzarse un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa en el expediente colectivo.

Señaló la parte actora, y tiene razón, que los tres actores que negociaron se opusieron al acuerdo, pero ello no afecta en nada a lo que se ha razonado. La fuerza del acuerdo deriva de que el mismo se alcance por el juego de las mayorías aplicables. La representatividad de quienes negociaron ni se ha cuestionado ni puede ya cuestionarse, y ello supone que los trabajadores deben todos ellos respetar las derivaciones del acuerdo, pues lo contrario sería negar operatividad al derecho laboral colectivo.

TERCERO.- Cumplimiento del requisito de puesta a disposición en el caso de la Sra. BBBB y los Sres. AAAA, BBBB y EEEE:

Se basa esta alegación en la afirmación de hecho de que "la totalidad de los actores fueron notificados de sus extinciones el día 14/08/2020". Sin embargo se ha acreditado que las cartas se entregaron al Sr. AAAA el 21/08/2020, al Sr. BBBB y al Sr. EEEE el 19/08/2020, a la Sra. BBBB el día 18/08/2020 y al Sr. XXXX el día 24/08/2020, de modo que en todos los casos la notificación se produjo de forma simultánea, o unos días después, de haber sido ordenada la transferencia, lo que respecto de estos cuatro actores impide considerar incumplido el requisito de simultaneidad del art. 53 ET del modo en que el mismo ha sido jurisprudencialmente interpretado.

CUARTO.- Cumplimiento del requisito de puesta a disposición en el caso del Sr. CCCCCC:

Se ha acreditado y no discuten las partes que inicialmente, en el momento de ser comunicado el despido, se le abonaron 2.568,36 euros, cuando la indemnización ascendía según la carta a 10.122,35 euros. Sólo llegada la fecha de efectos del despido, el 31/08/2020, le transfirió el diferencial de 7.535,99 euros que recibió en su cuenta al día siguiente. Incluso todavía se produjo un desfase posterior por cuanto en la liquidación se consignó un importe indemnizatorio superior en 81,77 euros que finalmente se le abonó el 23/09/2020.

Es evidente, pues, que en el momento de ser comunicado el despido no se produjo la puesta a disposición de la indemnización correcta, sino de una suma muy inferior, y que no fue hasta el 23 de septiembre, más de un mes después de aquella comunicación inicial, que la empresa terminó de abonar la indemnización que consideraba correcta. Las partes discuten si ello supone un error excusable o inexcusable. La empresa afirma que todo obedeció a un error tipográfico en cuanto a la fecha de antigüedad y por ello debe calificarse de error excusable, pero el actor considera que tratándose de una operación aritmética tan sencilla basada en datos que la empresa conocía sobradamente, teniendo en cuenta el diferencial generado, el error resulta inexcusable.

La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, recogida en la sentencia de 11 de octubre de 2006 señala lo siguiente respecto del concepto del error excusable:

"En la determinación del significado que corresponde a este concepto jurídico indeterminado, la doctrina unificada dictada hasta la fecha únicamente ofrece criterios de orientación general. Así, en concreta interpretación del art. 53.1.b) ET, esta Sala afirma que ha de atribuirse cualidad decisiva a la entidad de la diferencia entre lo ofrecido y lo debido, distinguiendo entre supuestos de escasa cuantía y aquellos otros en que el diferencial es relevante; e igualmente ha de valorarse si se trata de un simple error de cálculo o si obedece a la voluntad consciente de incumplir el mandato legal (STS 26/07/05 rec. 760/04 (RJ 2005, 7046), relativa al art. 53.1.b) ET); y en la casuística del precepto se sostiene que es nula la extinción por no haberse incluido en el cálculo indemnizatorio como debiera el salario en especie consistente en estimación dineraria del uso de la vivienda, plaza de garaje y suministros de agua y energía (STS 26/07/05 rec. 760/04)."

Esa doctrina supone negar en este caso el pretendido carácter inexcusable. Siguiendo la sentencia del TSJ Catalunya de 27/07/2020 *"la valoración del carácter excusable del error debe estar presidida por el criterio de la buena fe (TS 24-4- 00, cuya doctrina resulta aplicable por analogía)"*. En este caso nada apunta a otro origen del desfase (ciertamente relevante en relación a la cuantía) que el error involuntario en el cálculo, pues las condiciones laborales nunca fueron controvertidas. En el supuesto citado la recurrente consideraba *"que se ha puesto a disposición de la actora una cantidad inferior (7.981,63 euros) a la que le correspondía (9.598,17 euros) computando una antigüedad inferior a la que tenía, lo que podía la empresa haber evitado con una mínima diligencia, por lo que no es excusable dicho error"*. Pero el TSJC rechaza ese razonamiento recordando que los tribunales han apreciado la existencia de error excusable en los supuestos de errores aritméticos o de cálculo, entre otras en las sentencias del TSJ Burgos 17-11-10 , EDJ 259485; TSJ Cataluña 20-11-01, EDJ 65218; TSJ Madrid 20-3-01, EDJ 14576; TSJ Cataluña 4-9-96 , EDJ 10020), o un supuestos de error de cuenta que no se puede asimilar al incumplimiento de la obligación legal (TSJ C.Valenciana 13-5-05, EDJ 129828).

Aunque la diferencia fuera relevante, y hubiera podido aplicarse mayor diligencia, la buena fe que –según antes se indicó- debe presidir la valoración de la excusabilidad o inexcusabilidad del error conduce a rechazar la calificación de improcedencia como derivada del mismo.

QUINTO.- Improcedencia por contravención del art. 2 del RDL 9/2020 y la DA6ª RDL 8/2020:

Sostienen en primer término los actores la improcedencia de los despidos que consideran constituyen las extinciones por causas objetivas que les han afectado con base en la infracción de lo que denomina “prohibición” dimanante del art. 2 RDL 9/2020.

No postula la demanda la nulidad del despido lo que aconseja dejar de lado el espinoso debate generado en torno a esa posible calificación, por más que fuera aplicable de oficio. El criterio del letrado de los actores contrario a la nulidad es compartido por quien resuelve de modo que nada más debe indicarse a este respecto.

La cuestión de la improcedencia no es en este caso sencilla, pues a diferencia de otros más “limpios” en su conformación fáctica que han sido ya resueltos por la doctrina judicial, en el presente supuesto la empresa arrastraba hacía años (antes por tanto de la crisis sanitaria) una situación económica muy desfavorable. La progresión de los resultados la acreditan los propios actores en su documental:

2017: - 214.857,77 euros

2018: - 475.555,53 euros

2019: - 686.813,72 euros

Los propios actores aceptan esa situación desfavorable para razonar que, en realidad, la solicitud de concurso era de algún modo fraudulenta pues sólo pretendía de ese modo aparentar encontrarse en el supuesto de la excepción de la DA6ª RDL 18/2020 ya que llevaba años de pérdidas sin nada haber hecho al respecto lo que mostraba la viabilidad del negocio pese a las pérdidas.

Ese argumento enturbia de forma relevante la aplicación de las previsiones del art. 2 RDL 9/2020. Y ello porque si bien su aplicación (con la consecuencia de improcedencia tal y como han resuelto los tribunales de forma mayoritaria) parece clara cuando se trata empresas que funcionaban con resultados positivos y justamente por el COVID19 los ven perjudicados de forma súbita y notable, no lo será tanto cuando –como en el presente supuesto– en febrero de 2020, en el contexto prepandémico, la mercantil podría perfectamente haber acudido a una extinción por causas objetivas basada en las pérdidas progresivamente superiores en 2017, 2018 y 2019.

Aunque quien resuelve comparte más los argumentos del voto particular que los del voto mayoritario, el razonamiento que inspira la sentencia del TSJ Catalunya de 11/12/2020 sirve en este caso para cuestionar que haya sido la crisis sanitaria la que, de forma principal o, si se quiere, de forma directa, haya originado las extinciones litigiosas. En la citada sentencia el voto mayoritario niega que operase la restricción a las extinciones en un supuesto en que la empleadora pierde la contrata que mantenía con AIRBNB, quien a su vez (como es notorio) vio reducida a su mínima expresión la actividad durante los meses que siguieron a la declaración del estado de alarma. Considera la sentencia que dado que la causa directa de las extinciones es la pérdida de la contrata, y no el COVID19, que sólo es causa de la causa, no es aplicable la normativa de discutida referencia. Se razona del siguiente modo:

“(…) el citado artículo 22 establece que la legislación de urgencia será aplicable a aquellos supuestos que “tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19” (subrayado nuestro): ello, a nuestro modo de ver, implica que dicha normativa no es aplicable en los supuestos en que la COVID-19 no se configure como la causa directa o, dicho en otras palabras, se configure como una causa indirecta o mediata”.

En el presente supuesto el COVID19 no es totalmente ajeno a las extinciones, como en vano pretendió la empresa en contestación, y en vano se hizo constar en el acta final del periodo de consultas. Es imposible pretender que las extinciones de agosto de 2020 no tienen absolutamente nada que ver con la crisis sanitaria en una empresa que afecta a un ERTE a su plantilla en marzo de 2020 y en junio de 2020 inicia el periodo de consultas con una memoria en la que se señala que “se ha visto muy impactada por la crisis sanitaria

provocada por el COVID19” y que “derivado de esta situación la Compañía tiene en la actualidad cerrados sus restaurantes y a cierre de junio de 2020 registra unas pérdidas a nivel de resultados de explotación de 911,6 miles euros y de 850,4 miles de euros a nivel de resultado antes de impuestos, lo que la ha llevado a solicitar entrar en precurso de acreedores”.

Ahora bien, de la prueba practicada incluso a instancia de los propios actores resulta que la crisis sanitaria no fue sino –permítase la expresión- la “puntilla” en una empresa que arrastraba niveles de pérdidas absolutamente insostenibles. El COVID19 fue, en este caso, una causa más o, si se quiere, la última causa, pero acaso no la más importante. Así que si bien la causa del ERTE fue la fuerza mayor derivada del COVID19, las causas del ERE fueron unas causas ETOP en que el COVID19 había dejado sentir en el último momento sus efectos.

Un sencillo ejercicio de retrotracción temporal permite imaginar cuál hubiera sido el resultado del pleito si la empresa en lugar de haber acordado las extinciones por causas objetivas en agosto de 2020 las hubiera acordado en febrero de 2020, antes de que surgiera el derecho correspondiente a la emergencia sanitaria. Ese resultado hubiera sido con total probabilidad de procedencia, por cuanto la empresa hubiera podido acreditar pérdidas crecientes y cuantiosas desde 2017 que hubieran presentado una conexión causal evidente con el cierre del centro de Barcelona en que prestaban servicios los actores, que además según la memoria es uno de los que presenta peores resultados. Con ello hubiera colmado las exigencias de los arts. 52 y 53 ET y (salvo que concurriesen infracciones formales) la decisión hubiese sido de ratificación de las extinciones.

Cabe entonces plantearse si unas extinciones que hubieran sido procedentes en febrero de 2019 deben ser calificadas como despidos improcedentes porque la empresa hubiese tratado hasta marzo de 2020 de mantener su actividad (y con ello el empleo de los actores) hasta que, afectada de forma tan notoria como inevitable por las consecuencias de la crisis sanitaria en el sector de la hostelería, acuerda las extinciones. Ello supondría sancionar con la improcedencia el intento de continuar con la actividad pese a las pérdidas y el haber sufrido además el impacto del COVID19 en su actividad.

Teniendo todo ello en cuenta dos razonamientos más conducen a la desestimación de la pretensión de improcedencia.

El primero de ellos es que, como se ha apuntado, no se entiende que la causa directa e inmediata de las extinciones en el ERE haya sido la fuerza mayor derivada del COVID19 que dio lugar al ERTE previo. Debe recordarse aquí el redactado del precepto de referencia:

“La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”.

Las causas de los artículos 22 y 23 al que se remite el precepto son las siguientes:

“(…) suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados”.

“(…) causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19”

Como se ha razonado en este caso no ha sido el COVID19 el que ha ocasionado las causas ETOP que justifican la extinción (que se basa principalmente en los resultados de los ejercicios 2018 y 2019), sino que la crisis sanitaria ha precipitado la decisión empresarial

debido a que impedía cualquier esperanza de recuperación. Esa interferencia en la causalidad dificulta la aplicación al caso de autos de la cláusula de injustificación del art. 2 RDL 9/2020.

En segundo lugar no puede olvidarse que de acuerdo con el art. 3.1 CC las normas deben interpretarse “*en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”. Cuando se aprobó la norma litigiosa era no ya difícil, sino probablemente imposible, saber que un año más tarde aún estarían vigentes restricciones que lastrarían (cuando no impedirían) la actividad de las empresas en general, y la del negocio hostelero en particular. La loable finalidad de que las empresas que se acogieran a una solución estatal de urgencia no acudieran luego a unas extinciones que cuestionaran la utilidad o el sentido de los ERTEs COVID19 debe ser examinada ahora desde la perspectiva que ofrece el paso del tiempo y la certidumbre de que la crisis sanitaria ha azotado a las mercantiles de forma duradera en el tiempo.

Ello enlaza con el hecho de que la doctrina del Tribunal Supremo haya avalado el tránsito de un ERTE a un ERE siempre que, se dice, “*que concurra al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión*” (STs 12/03/2014, 16/04/2014 y 17/07/2014). Y es que en este caso se aprecia en la decisión extintiva en el marco del ERE de agosto de 2020 la concurrencia de un cambio sustancial y relevante respecto de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando en marzo de 2020 se inició el ERTE: el transcurso del tiempo y la persistencia de unas restricciones que podían inicialmente parecer limitadas a unas semanas convirtieron en determinantes del cierre de Barcelona unas causas ETOP preexistentes. En efecto cuando la empresa inicia el ERTE en marzo lo hace, como todas, sin conocer qué sucedería en los meses de abril, mayo, junio o julio. Podía pensar la mercantil, como muchos lo hicieron, que la crisis sanitaria se resolvería con el confinamiento domiciliario en un breve plazo de tiempo que le permitiría retomar la actividad e intentar continuar con esa dinámica previa que suponía, pese a las pérdidas, la continuidad empresarial. Esa situación sin embargo es distinta de la concurrente cuando en el mes de junio las restricciones a la actividad aún persistían y, sobre todo, en ningún momento se vislumbraba en el horizonte una recuperación de la normalidad prepandémica. En agosto de 2020 en Barcelona pesaban aún sobre la hostelería restricciones relativas a las distancias en barras y mesas y números de comensales, algo que mal podía prever la empresa en marzo de 2020 cuando inició el ERTE. Por todo ello el tránsito del ERTE al ERE no puede en este caso erigirse en una causa de improcedencia, como se pretende también en el hecho Decimosegundo de la demanda, pues no son exactamente las mismas las causas en ambos casos, ni en todo caso la intensidad y naturaleza de esas causas.

No existe en la norma en opinión de quien suscribe, aunque hubiera sido una opción legislativa, una “prohibición” de despedir (por más que el término haya pasado a ser uso común) sino una restricción articulada a modo de favorecimiento de las medidas de flexibilidad interna como apelación a las empresas, y la consecuente previsión de que las que de ellas declinen hacer uso de esas medidas no podrán pretender que las causas habilitantes de las mismas le sirvan para extinguir contratos. Pero en este caso la empresa sí hizo uso de esas medidas, con un ERTE de fuerza mayor justificado por el descenso de actividad derivado del estado de alarma y el confinamiento inicial, y lo que plantea ya en verano de 2020 (ante la evidencia de la fuerza de la segunda ola) es una extinción en la que las causas principales son unas causas ETOP previas a la crisis sanitaria que esta última ha impedido remontar mínimamente. Todo lo razonado conduce a rechazar la improcedencia basada en la infracción del art. 2 RDL 9/2020.

Plantea también la demanda la aplicación de la DA6ª del RD 8/2020, considerando que la infracción del compromiso de mantenimiento de empleo debe conducir a la declaración de improcedencia. Sin embargo en este punto se entiende, como lo hace la empresa y al menos parte de la doctrina, que el RDL 18/2020 ha previsto cuál es la consecuencia perjudicial de esa infracción –si existiese- y no es la declaración de improcedencia sino, únicamente, la devolución de las cuotas. Puede al efecto y en este sentido escucharse la intervención del Magistrado del TSJC don Joan Agustí en la ponencia disponible en el blog del profesor don Ignasi Beltrán en el enlace <https://ignasibeltran.com/extincion-contrato-despido-covid/> . Además en este caso la empresa afirma que no hizo uso de la excepcional exoneración de cuotas, lo que descartaría más aún la pretensión actora.

SEXTO.- Improcedencia en el caso del Sr. EEEEE por contravención del compromiso de mantenimiento del empleo a los mayores de 55 años:

El acuerdo que puso fin al ERE del que trae causa la extinción litigiosa contenía, entre otros pactos, el compromiso de *“respeto, como mejora social, a los trabajadores que tengan cumplidos en el momento de la firma del presente acuerdo 55 o más años, cuyos contratos se mantendrán vigentes con motivos de la presente medida”*.

Es indudable que el Sr. EEEEE contaba con 55 años de edad en el momento de la extinción y pese a ello su contrato no se mantuvo vigente. La empresa, aunque manifestó en contestación que debería estarse al resultado de la prueba sobre la edad, señaló que era imposible cumplir con ese compromiso porque el centro de Barcelona cerraba y no podían trasladarlo a Madrid. Lo que es indudable es que el pacto constituye una prioridad de permanencia a favor de los mayores de 55 años.

Es importante destacar aquí que la carta extintiva del Sr. EEEEE es idéntica a la del resto de demandantes. En ella no se hizo alusión alguna a por qué en su caso se dejaría de aplicar el compromiso alcanzado en el acuerdo del ERE ni, tampoco, en qué medida era posible o no su recolocación en Madrid previa la movilidad geográfica correspondiente. Todo ese debate podría haberse producido, y sería estimulante, pero no puede ahora ser objeto de este procedimiento porque nada se dijo de todo ello en la carta. Y eso es porque, como bien indicó la parte actora en juicio, la empresa pareció obviar totalmente el elemento de la edad en el caso del Sr. EEEEE y nada explicó ni justificó para dejar de cumplir con su compromiso en el ERE. Puede que si la parte social hubiera sabido que la empresa, en caso de cerrar un centro de trabajo, extinguiría los contratos de los mayores de 55 años en vez de apurar las posibilidades de recolocación en otros centros. Desde luego que el TS ha negado la existencia de una obligación de recolocación en casos de extinciones por causas objetivas, y cabría plantearse la viabilidad y consecuencias de una movilidad geográfica como la que sería necesaria en este caso. Pero todo ello queda extramuros de este procedimiento desde el momento en que la empresa dio al Sr. EEEEE idéntico tratamiento que al resto de demandantes.

Dijo la empresa en juicio que el compromiso lo era sólo para los trabajadores de centros que quedasen abiertos pero lo cierto es que el acuerdo no hace ninguna distinción en ese sentido, y si ésa hubiera sido la intención de los contratantes nada hubiera impedido plasmarla en el acuerdo.

La consecuencia del incumplimiento de los acuerdos alcanzados a nivel colectivo respecto de las prioridades de permanencia está prevista en el art. 124.13.a) 4º LRJS y es la nulidad de la extinción. El precepto señala lo siguiente:

“13. El trabajador individualmente afectado por el despido podrá impugnar el mismo a través del procedimiento previsto en los artículos 120 a 123 de esta ley, con las especialidades que a continuación se señalan.

a) Cuando el despido colectivo no haya sido impugnado a través del procedimiento regulado en los apartados anteriores, serán de aplicación al proceso individual de despido las siguientes reglas específicas:

(...)

4.^a También será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia.”

En este caso como se ha razonado se pactó con meridiana claridad una prioridad de permanencia, pues eso y no otra cosa significa acordar el “*respeto, como mejora social, a los trabajadores que tengan cumplidos en el momento de la firma del presente acuerdo 55 o más años, cuyos contratos se mantendrán vigentes con motivos de la presente medida*”. Por tanto al no haberse respetado la citada preferencia, ni haber consignado siquiera en la carta de forma detallada por qué la misma no se respetaba (cierre del centro e imposibilidad de colocar en otro centro) la calificación de la extinción debía ser la de despido nulo. Aunque es viable la declaración de oficio de la nulidad, en este tipo de situaciones en que el propio actor ha optado por limitar su pretensión a la improcedencia, no se entiende oportuno ir más allá de lo pedido sin perjuicio de lo que pudiera resolverse al hilo de un eventual recurso y si en su escrito de recurso o impugnación el Sr. EEEEE hiciera alguna alegación al respecto.

La cuestión de la suscripción o no del convenio especial es ajena a este procedimiento sin perjuicio de que el actor pueda interponer la correspondiente demanda o formular la correspondiente denuncia ante la ITSS por el incumplimiento.

Cuanto se ha razonado determina la estimación de la demanda respecto del demandante Sr. EEEEE y la desestimación respecto del resto.

La condena a las consecuencias de la declaración de improcedencia sólo afectará a la empleadora pues, como se indicó, no puede ya al hilo de la demanda individual pretenderse la apreciación de grupo de empresa ni por ende una extensión de responsabilidad a nadie distinto de la empleadora.

FALLO

Que **ESTIMO EN PARTE** la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por XXXXXXX frente a EMPLEADORA, YYYY, ZZZZZ sobre despido, **DESESTIMO** las pretensiones de los cuatro primeros y **ESTIMO INTEGRAMENTE** la de EEEEEEE, declarando la improcedencia del despido articulado a su respecto con efectos de 31/08/2020 y al no haber adelantado la empresa su opción en juicio, **CONDENO** a EMPLEADORA a estar y pasar por tal pronunciamiento y a **OPTAR** en el plazo de cinco días por:

a) Readmitir al Sr. EEEEE en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, en este caso abonándole los salarios dejados de percibir desde el día del despido hasta la notificación de esta sentencia, ello a razón de **53,26 euros diarios**, ello con descuento de lo percibido por otros empleos posteriores o por prestaciones de seguridad social.

b) Optar por la extinción del contrato de trabajo e indemnizar al demandante en la cantidad adicional de **3.780,97 euros**, sin salarios de tramitación.

Que **ABSUELVO** a XXXXXX, YYYYYYY Y el FOGASA de las pretensiones de la demanda sin perjuicio de las responsabilidades legales que le son propios al último de ellos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, anunciándolo ante este Juzgado por comparecencia o por escrito en el plazo de los cinco días hábiles siguientes al de notificación del presente fallo, siendo indispensable

que al tiempo de anunciarlo acredite la parte que no ostente el carácter de trabajador y no goce del beneficio de justicia gratuita haber consignado el importe íntegro de la condena en el Banco Santander cuenta corriente N° 1008-0000-69-0754-20 de este Juzgado o presentar aval solidario de Entidad Financiera por el mismo importe; depositando además la cantidad de 300 euros en la cuenta N° 1008-0000-65-0754-20.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia. Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

*En aplicación de la Orden JUS/394/2020, dictada con motivo de la situación sobrevenida con motivo del **COVID-19**:*

- La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*
- Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.*
- Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.*

