

Lo resuelto en un auto de ejecución de sentencia que declara nulo el despido colectivo, no queda enervado por la existencia de un ERTE anterior que finalizó con el despido, ni con el posterior sin haberse producido la readmisión

Declara el TS la firmeza del auto de ejecución de la sentencia que declaró nulo el despido colectivo llevado a cabo por la mercantil actora, y que, ante la imposibilidad de la readmisión, acordó el abono de las indemnizaciones por despido, así como los salarios de tramitación.

Afirma que lo resuelto en el auto no queda enervado por el hecho de que la recurrente realizase un nuevo expediente de regulación de empleo, en su modalidad de suspensión temporal de contratos, sin proceder a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación debidos. Pues con ello intentaba suspender los contratos de los trabajadores despedidos, cuya readmisión era ineludible, y colocar en situación de desempleo a los trabajadores, cubriendo un amplio período de tiempo durante el cual los contratos estaban pendientes de readmisión, y con derecho a percibir los salarios correspondientes mientras aquélla no se produjese.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA 156/2022, DE 16 DE FEBRERO DE 2022

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 222/2021

Ponente Excmo. Sr. ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

En Madrid, a 16 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Micarbri SL, representado y asistido por el letrado D. Federico José Fernández Álvarez-Recalde, contra la resolución dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Auto 9/21 de 16 de marzo de 2021 y Auto de 19 de abril de 2021, confirmatorio del anterior, en autos promovidos por Unión General de Trabajadores de Asturias, contra la empresa Micarbri SL, sobre Ejecución de Títulos Judiciales núm. 3/2020, procedimiento de origen 27/2020 sobre Despido Colectivo.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida la Unión General de Trabajadores de Asturias representada y asistida por el letrado D. David Diego Ruiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Unión General de Trabajadores de Asturias, se interpuso demanda de Ejecución de Títulos Judiciales, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando que:

"se acuerde la ejecución de la Sentencia y tras los trámites que procedan, se dicte auto declarando la extinción de la relación laboral de los trabajadores que seguidamente se relacionan, reconociendo su derecho al percibo de la indemnización por despido que legalmente corresponda, y salarios de tramitación y con cuanto más proceda en derecho".

SEGUNDO.- Con fecha 16 de marzo de 2021 se dictó auto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el que constan los siguientes hechos probados:

" 1.º- La sala dictó sentencia el 26 de octubre de 2020 en la demanda de Despido Colectivo instada por UGT Asturias frente a Micarbri SL y Wellnessport Ocio SL que declaró la nulidad del despido con la condena a Micarbri SL de readmitir a todos los trabajadores afectados en las mismas condiciones previas al despido con el abono de los salarios dejados de percibir desde el 27 de agosto de 2020. Dicha sentencia devino firme.

2.º- Entre otros hechos se declaró acreditado que:

- se había autorizado a Micarbri SL el ERTE n.º NUM000 el 6 de abril de 2020, para la extinción/suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor, desde el 14 de marzo de 2020 con una duración máxima igual a la del estado de alarma decretado por el RD 463/2020 de 14 de marzo y sus sucesivas prórrogas.

Micarbri comunicó a todos los trabajadores la resolución anterior e indicó que el periodo de duración era de un año que se extendía desde el 14 de marzo de 2020 al 13 de marzo de 2021 conforme se había propuesto y solicitado, añadiendo que una vez finalizado el estado de alarma procedería a efectuar las variaciones reglamentarias oportunas para su mantenimiento fuera del periodo del COVID-19.

-Micarbri SL convocó al legal representante de los trabajadores a varias reuniones en relación con un despido colectivo por causas económicas.

-Micarbri SL notificó la carta de despido a los 13 trabajadores afectados basando la decisión en los artículos 51 y ss del Estatuto de los trabajadores por causas económicas, con efectos al 27 de agosto de 2020.

3.º- La sala dictó un Auto el 13 de enero de 2021, tras haber interesado los actores el 1 de diciembre de 2020 la ejecución para la extinción de la relación laboral de los diez trabajadores a quien representaba UGT Asturias, al amparo del artículo 279 de la LJS.

La resolución declaró que el 12 de noviembre de 2020 a las 8 horas, cuando los trabajadores acudieron a su centro de trabajo acompañados de una representante del sindicato UGT, no vieron en el lugar a ningún representante o mandatario de la empresa ni que hubiera actividad hostelera. La empresa no comunicó a los trabajadores otra cosa que el reconocimiento de su obligación de readmitirles ordenada en la sentencia, su readmisión y el requerimiento para que devolvieran las indemnizaciones percibidas en el momento del despido. Todos los trabajadores figuran de alta en el sistema por cuenta de Micarbri SL desde el 1 de agosto de 2019, excepto Eulalia que figura desde el 22 de enero de 2020.

La resolución entendió que no se había producido la efectiva readmisión de los ejecutantes y acordó requerir a Micarbri SL para que, en el plazo de cinco días desde la misma, repusiera a los trabajadores ejecutantes en sus puestos de trabajo, apercibiéndole de que de no hacerlo así se acordarían las medidas previstas en el artículo 284 de la LJS.

4.º- El 25 de enero de 2021 uno de los ejecutantes, Luis Antonio recibió una comunicación de Micarbri SL en la que manifestaba conocer el Auto de esta sala de 13 de enero, hacía referencia a una ERTE n.º NUM001 autorizado el 6 de abril de 2020, con un periodo de vigencia desde el 14 de marzo de 2020 al 31 de enero de 2021, a que está realizando gestiones en el Servicio Público de Empleo para el mantenimiento de dicho expediente con efectos retroactivos a la fecha del despido, que anuló su baja en la TGSS el 30 de octubre con efectos al 27 de agosto, que lo readmitía en las mismas condiciones y en cuanto a los salarios de tramitación el trabajador sabía que está pendiente que por parte del

Servicio Público de Empleo se realizarán los cálculos y liquidaciones para la compensación y una vez conocido la empresa procederá a la compensación y abono de las prestaciones.

5.º- Micarbri SL arrendó el centro de trabajo de los ejecutantes (Restaurante La Torre) sito en Pruvia de Arriba a AVS Milenium Salud SL y ésta solicitó el 4 de noviembre de 2020 al Ayuntamiento de Llanera el cambio de titularidad para la actividad de hostelería para la que contaba con licencia de Actividad desde el año 1994.

AVS Milenium Salud SL tiene como objeto social, la consulta y el asesoramiento sobre dirección y gestión empresarial y figura en el CNAE como Otras actividades de consultoría de gestión empresarial. Uno de sus consejeros es Andrés. El Presidente es IMAKO Gestión XXI SL de la que son administradores solidarios Arturo y Penélope; su objeto social es la gestión de inmuebles rústicos y urbanos en régimen de alquiler, cesión o propiedad, promoción y realización de actividades de hostelería, turismo, culturales y de formación, etc.

6.º- En el centro de trabajo se han instalado oficinas que disponen de los elementos materiales y ofimáticos necesarios para su funcionamiento. Se identifican rótulos de "Visama", "Senior" y "Azvase".

El administrador único de Azvase SL es Andrés.

7.º- Los ejecutantes están percibiendo prestación por desempleo y no prestan ninguna actividad laboral por cuenta y orden de Micarbri SL.

8.º- Micarbri SL solicitó a la Dirección General de Empleo y Formación del Principado, la suspensión de las relaciones laborales y/o reducción de jornada de los trabajadores de su plantilla por el impedimento del desarrollo de su actividad en alguno de sus centros de trabajo como consecuencia de las nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas a partir del 1 de octubre de 2020, basada en la causa de fuerza mayor conforme con el artículo 47, en relación con el artículo 51.7 del Estatuto de los trabajadores. Se inició el expediente con el n.º AUTO/2021/824, referencia externa n.º 5050421 y se dictó resolución por el Director General el 25 de enero de 2021 que declaró constatada la existencia de fuerza mayor al encontrarse en el supuesto del artículo 2.1 del RD-Ley 30/2020 de 29 de septiembre, con la suspensión de los contratos de trabajo de Edemiro, Eulogio, Fausto y Florentino, desde el 1 de octubre de 2020 hasta el 13 de marzo de 2021, y de Luis Antonio, Guillermo, Araceli, Begoña, Camino, Jon, Lucas y Eulalia, con fecha de inicio el 1 de octubre de 2020 y fecha de finalización el 3 de noviembre de 2020.

9.º- El 28 de enero de 2021 los ejecutantes interesaron que se declarara la extinción de las relaciones laborales con el derecho a la indemnización y a los salarios de tramitación.

10.º- Se convocó vista con el resultado que consta en autos".

En dicho auto aparece la siguiente parte dispositiva:

"Acordamos la extinción de las relaciones laborales de los ejecutantes a la fecha de la presente, fijando las indemnizaciones por esta causa y los salarios de trámite que debe abonar la ejecutada en los siguientes importes:

A Edemiro una indemnización de 50.248,08€ y 14.027,59€ en concepto de salarios de trámite.

A Araceli una indemnización de 3.152,23€ y 10.971,38€ en concepto de salarios de trámite.

A Camino una indemnización de 6.179,27€ y 10.503,45€ en concepto de salarios de trámite.

A Fausto una indemnización de 34.679,22€ y 15.030,78€ en concepto de salarios de trámite.

A Florentino una indemnización de 30.124,44€ y 14.590,39€ en concepto de salarios de trámite.

A Luis Antonio una indemnización de 6.468,42€ y 13.905,39€ en concepto de salarios de trámite.

A Guillermo una indemnización de 4.235€ y 11.055€ en concepto de salarios de trámite.

A Eulalia una indemnización de 1.961,42€ y 10.240,15€ en concepto de salarios de trámite.

A Begoña una indemnización de 5.999,65€ y 10.198,14€ en concepto de salarios de trámite.

A Eulogio una indemnización de 15.828,88€ y 10.812,6€ en concepto de salarios de trámite.

Entréguese testimonio de la presente al Servicio Público de Empleo, a la Inspección de trabajo y a la Dirección General de Empleo y Formación del Principado de Asturias, a la vista de las distintas medidas y resoluciones dictadas por esos organismos en relación con las partes".

TERCERO.- Dicho auto fue recurrido en reposición, y resuelto por auto de fecha 19 de abril de 2021, en el que consta el siguiente Acuerdo:

"Acordamos la desestimación del recurso de reposición interpuesto por Micarbri SL contra el Auto de 16 de marzo de 2021, imponiendo las costas a la recurrente. Así lo acuerda, manda y firma la Sala, doy fe".

CUARTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de la mercantil Micarbri SL, en el que se alega como motivo único, "al amparo del apartado e) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por entender que el Auto ha incurrido en infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate:

ARTICULO 286.1 en relación con el ARTICULO 281.2, A), B) y C) y ARTICULO 124.11 párrafo cuarto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

ARTICULO 45.1 i) en relación con el Artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores"

El recurso fue impugnado por el letrado D. David Diego Ruiz en representación de la Unión General de Trabajadores de Asturias.

QUINTO.- Admitido a trámite el recurso de casación por la Sala, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser desestimado.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente se declararon conclusos los autos y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día 16 de febrero de 2022, convocándose a todos los Magistrados de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presente recurso de casación se formula contra el Auto de 16 de marzo de 2021 (Auto 9/2021) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que, en la ejecución del despido colectivo declarado nulo por sentencia firme de la referida Sala, declaró la extinción de los contratos de trabajo de los ejecutantes, fijando indemnizaciones por despido y los correspondientes salarios de tramitación desde la fecha de la referida sentencia. Tal Auto fue ratificado por el dictado el 19 de abril de 2021 desestimatorio del recurso de reposición formulado contra el anterior.

2.- Una correcta comprensión del problema, del recurso y de la respuesta que dará la Sala exige poner de relieve las siguientes circunstancias que se desprenden directamente de los hechos declarados probados en la sentencia referida y en los Autos recurridos, así como de las diferentes vicisitudes procesales ocurridas. Así:

- a) La Dirección General de Empleo del Principado de Asturias dictó resolución de fecha 6 de abril de 2020, a petición de la entidad MICARBRI SL (aquí recurrente), por la que constató la existencia de fuerza mayor por circunstancias COVID a efectos de la consiguiente suspensión de contratos, con una duración máxima igual a la de la vigencia del estado de alarma.
- b) MICARBRI SL comunicó a los trabajadores la anterior resolución indicándoles que quedaban suspendidos sus contratos de trabajo desde el 14 de marzo de 2020 al 13 de marzo de 2021, añadiendo que, cuando finalizase el estado de alarma, procedería a efectuar las variaciones oportunas para el mantenimiento de la suspensión de contratos.
- c) Con fecha 27 de agosto de 2020, previos los trámites oportunos, la empresa procedió al despido colectivo de todos sus trabajadores y al fin de la actividad de hostelería.
- d) La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de octubre de 2020 estimó la demanda de despido colectivo interpuesta por la Unión General de Trabajadores (UGT) y declaró la nulidad del despido y la obligación de MICARBRI SL de readmitir a todos los trabajadores afectados, así como al abono de los salarios de tramitación desde el 27 de agosto de 2020.
- e) La referida sentencia devino firme en 1 de diciembre de 2020, fecha en la que se solicitó la ejecución de la misma pidiendo la extinción de todos los contratos por no haberse procedido a la readmisión.
- f) Con fecha 13 de enero de 2021, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó Auto en el que acordó requerir a MICARBRI SL que repusiese a los trabajadores en sus puestos de trabajo, apercibiéndole que, de no hacerlo, se acordarían las medidas del artículo 284 LRJS.
- g) El 16 de marzo de 2021, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó Auto en el que se acordó la extinción de los diez contratos de trabajo de los ejecutantes con especificación de la indemnización correspondiente a cada uno de ellos y de los salarios de tramitación. Dicho Auto fue recurrido en reposición, recurso que fue desestimado mediante Auto de 19 de abril de 2014.
- h) MICARBRI SL solicitó de la Dirección General de Empleo del principado de Asturias y obtuvo constatación de existencia de fuerza mayor para grupos de trabajadores: en concreto, un grupo un grupo desde el 1 de octubre de 2020 hasta el 13 de marzo de 2021 y otro desde el 1 de octubre de 2020 hasta el 3 de noviembre de 2020.
- j) El 12 de noviembre de 2020, tras diversas comunicaciones entre las partes, los ejecutantes, acompañados de un representante de UGT intentaron ser readmitidos en su centro de trabajo que hallaron cerrado y sin actividad.

3.- La representación legal de la mercantil MICARBRI SL ha formulado su recurso de casación con un único motivo en el que denuncia infracción del artículo 286.1 LRJS, en relación con los artículos 281.2. a), b) y c) y artículo 124.11 LRJS; así como del artículo 45.1. j) en relación con el artículo 47.3 ET.

El recurso ha sido impugnado de contrario e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de declararlo improcedente.

SEGUNDO.- 1.- Resulta evidente, tal como venimos poniendo reiteradamente de relieve a partir de nuestra STS de 10 de junio de 2009, Rcd 3098/2007, que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo de despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo; así resulta de los artículos 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y demás preceptos del Estatuto que disciplinan las diversas modalidades de despidos (objetivo - arts. 52 y 53 ET- colectivos - artículo 51 ET y del artículo 3 del Convenio 158 OIT; así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia 33/1987 de 12 de marzo, invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de

Trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular (STS de 21 de diciembre de 1990, Rec. 2397/1989). Doctrina ratificada en STS de 21 de octubre de 2004, Rjud. 4966/2002, que reitera la idea de que el acto del despido es de naturaleza constitutiva, es decir, extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido, de manera que el contrato de trabajo queda roto y con él la mayoría de los derechos y obligaciones que del mismo dimanar. En el supuesto concreto, resulta que el acto del despido colectivo, decidido unilateralmente por la empresa tras los trámites oportunos, dejó sin efecto la suspensión contractual derivada de fuerza mayor, en la que se encontraban los trabajadores al momento de efectividad del referido despido.

2.- La posterior sentencia que calificó el despido como nulo no recompuso *per se* la relación laboral. En su parte dispositiva, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 124.11 LRJS, declara el derecho de los trabajadores a la reincorporación a su puesto de trabajo. Por tanto, una vez firme la sentencia, lo que en este caso ocurrió el 20 de diciembre de 2020, la recomposición de la relación laboral requiere que el empresario readmita a los trabajadores despedidos; esto es, dé cumplimiento al fallo de la sentencia reincorporando a los trabajadores en sus anteriores puestos de trabajo, debiéndoles abonar los salarios de tramitación. Tal como consta en los hechos probados del auto recurrido, la readmisión no se produjo por lo que la sentencia quedó incumplida, razón por la que se solicitó su ejecución que se tramitó, como no podía ser de otra manera, a través del procedimiento establecido en los artículos 282 y siguientes LRJS y que finalizó, tal como dispone el artículo 286 LRJS para los supuestos de ejecución de sentencias de despido en sus propios términos en las que se constata la imposibilidad de la readmisión, con el auto recurrido en el que -tal como ordena el mencionado precepto- se declaró extinguida la relación laboral en la fecha de dicho auto y se acordó que se abonasen las indemnizaciones por despido (calculadas a dicha fecha), así como los salarios de tramitación hasta dicha resolución.

TERCERO.- 1.- La corrección de los trámites seguidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias no admite duda alguna, como tampoco lo admite la del Auto aquí recurrido ya que el mismo, recogiendo los elementos fácticos que la Sala consideró probados -y que no han sido discutidos en este recurso-, especialmente el hecho de que la readmisión ordenada en la sentencia firme no se había producido, tras constatar el cese de la actividad empresarial y la consiguiente imposibilidad de la readmisión, aplicó debidamente los preceptos que el recurso considera infringidos.

2.- A ello no obsta el hecho de que la mercantil aquí recurrente, hubiera optado por la realización de un nuevo expediente de regulación temporal de empleo, en su modalidad de suspensión temporal de contratos, con base a una resolución administrativa en la que se constataba la existencia de fuerza mayor, en la que ninguna referencia se hacía al hecho del despido colectivo ni a su calificación judicial, ni al incumplimiento de su fallo.

En efecto, tal como expresamos en nuestra STS 927/2021, de 22 de septiembre, Rec. 75/2021, nos encontramos ante un claro supuesto de fraude de ley que no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca (así, por todas: SSTS de 21 de junio de 2004, Rjud. 3143/2003 y de 14 de marzo de 2005, Rec. 6/2004) 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. Su existencia podrá acreditarse mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo entre estas últimas presunciones (STS de 24 de febrero de 2003, Rjud. 4369/2001). En este sentido hemos afirmado que la expresión no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario (al modo de una inversión de la carga probatoria), pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones (STS de 30 de marzo de 2006, Rjud. 53/2005).

Al respecto, habida cuenta de que los trabajadores afectados habían sido objeto de despido, a través de un despido colectivo que había sido declarado nulo por sentencia firme, lo correspondiente, lo que la empresa debió efectuar es readmitir a los trabajadores y abonarles los correspondientes salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta la firmeza de la sentencia del despido declarado nulo. A partir de ese momento, la empresa pudo -si las circunstancias fácticas y la normativa vigente lo permitían- iniciar un nuevo ERTE con efectos desde la fecha en que la relación laboral se reconstituyó. Pero, sin embargo, lo que la recurrente hizo fue tramitar una suspensión de contratos sin proceder a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación debidos. Con ello intentaba suspender los contratos de los trabajadores despedidos, cuya readmisión era insoslayable, y situar en situación de desempleo a tales trabajadores, cubriendo, así, un amplio período de tiempo durante el cual tales contratos estaban pendientes de readmisión, y con derecho a percibir los salarios correspondientes mientras aquella no se produjese. La tramitación de un nuevo ERTE pretendía eludir el abono de los salarios de tramitación a los que estaba legalmente obligada por la sentencia que declaró la nulidad de los despidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.11 LRJS en relación a los artículos 123.2 y 113, LRJS, así como el artículo 55.6 ET. No hay duda, a juicio de la Sala, de que no estamos en presencia de una simple equivocación, sino de un intento serio y claro de eludir la aplicación de los preceptos transcritos que constituyen el soporte legal de la condena derivada de la nulidad acordada por la sentencia firme que declaró la nulidad de los despidos.

CUARTO.- Las razones expuestas determinan, tal como ha informado el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación del auto combatido. Con pérdida del depósito y consignaciones efectuadas para recurrir, a las que se les dará el destino legal y con condena en costas a la recurrente en cuantía de 1.800 euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Micarbri SL, representado y asistido por el letrado D. Federico José Fernández Álvarez-Recalde.
- 2.- Confirmar y declarar la firmeza de los Autos dictados por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Auto 9/21 de 16 de marzo de 2021 y Auto de 19 de abril de 2021, confirmatorio del anterior, en la ejecución núm. 3/2020, procedimiento de origen 27/2020 sobre Despido Colectivo.
- 3.- Disponer la pérdida del depósito y de la consignación efectuadas para recurrir.
- 4.- Condenar en costas a la mercantil recurrente en cuantía de 1.800 Euros.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.