

Boletín Oficial

DE LA PROVINCIA DE TOLEDO

Depósito Legal: TO - 1 - 1958

Franqueo Concertado: Núm. 45/2

PROVIDENCIAS JUDICIALES

JUZGADOS DE LO SOCIAL MADRID

Número 34

Cédula de notificación

Don Fernando Benítez Benítez, Secretario Judicial del Juzgado de lo Social número 34 de Madrid.

Hago saber: Que en el procedimiento número 593 de 2012 de este Juzgado de lo Social, seguido a instancia de Celso José Francisco Alabarce Pérez, frente a Grupo Florde Olympo, S.L., sobre despidos/ceses en general, se ha dictado la siguiente resolución:

Providencia del Magistrado-Juez señor Seoane García

En Madrid a 23 de octubre de 2012.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y ante la eventualidad de tener que plantear ante el mismo cuestión de inconstitucionalidad, se acuerda oír a las partes y al Ministerio Fiscal por término común e improrrogable de diez días a fin de que puedan pronunciarse sobre la pertinencia de su planteamiento o el fondo de ésta. Las alegaciones que pudieran efectuar sobre otras problemáticas que excedan de las expresadas se tendrán por no hechas.

Como antecedentes más destacables han de reseñarse que:

1.-En estas actuaciones seguidas entre partes como demandante Celso José Francisco Alabarce Pérez y como demandada Grupo Flor de Olympo Sociedad Limitada, se impugna extinción unilateral del vínculo por el empresario practicada por éste de manera informal sin expedición de la preceptiva comunicación escrita. No obstante consta acreditada la existencia del negocio jurídico unilateral de naturaleza extintiva a partir de la certificación empresarial a efectos de la prestación de desempleo en que el empleador reconoce la existencia de un despido por causas objetivas practicado en fecha 30 de marzo de 2012.

2.-Que la extinción ha de calificarse judicialmente como improcedente a resultas de que la extinción no se ha acomodado en sus formas a lo preceptuado legalmente (ausencia de comunicación escrita con relato de los hechos imputados o las causas objetivas aducidas y fecha de efectos).

3.-Las consecuencias de dicha calificación de improcedencia deberían ser, de acuerdo con la fecha de efectos de la extinción, 30 de marzo de 2012, las previstas en la Ley del Estatuto de los Trabajadores en la redacción vigente en dicha fecha, esto es la que le dio el RDL 3 de 2012, de 11 de febrero, que entró en vigor el 12 de febrero y permaneció vigente hasta el día 7 de julio en que fue sustituido por la Ley 3 de 2012, de 6 de julio.

Pasando a concretar los preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona y el precepto que se supone infringido estos son:

1.-El Real Decreto Ley 3 de 2012 de 11 de febrero, globalmente considerado vulnera el artículo 1.3 de la CE y el artículo 86.1 de la CE.

Entiende el Juzgador de instancia que el Real Decreto Ley de que tratamos, se inscribe en una práctica gubernamental de torpe, en su sentido técnico, abandono del carácter «parlamentario» de la forma política del Estado español que se define en el artículo 1.3 de la CE por esa específica característica y que erige a las Cortes en el sujeto ordinario de la tarea legislativa. So pretexto de mayoría absoluta, la práctica del actual Gobierno de la Nación en lo que ha transcurrido de año se caracteriza por el uso habitual y normalizado de los Reales Decretos-Ley que se configuran en el artículo 86.1 de la CE como una forma de legislar provisional, sujeta a extraordinaria y urgente necesidad y, por tanto, excepcional. Baste comprobar como a fecha de 25 de septiembre de 2012 se han publicado en el BOE sólo seis Leyes formales por veintiséis Reales Decretos-Ley. A mayor abundamiento ha de tenerse en cuenta que de las seis referidas Leyes la 1 de 2012 es la Ley General de Presupuestos del Estado que ordinariamente se publica en los últimos días del año anterior y dos Leyes más (la Ley 3 de 2012 y 5 de 2012) son convalidatorias de Reales Decretos-Ley que le precedieron. De este modo es preciso concluir que tal comportamiento altera la forma política del Estado que se atiene a una

configuración real como «Monarquía presidencialista», al margen de la Constitución e inexistente en cualquier otra latitud o tiempo. En cualquiera de los casos, esta práctica ha de concluirse que incide en desviación de poder.

Pero aún prescindiendo de la consideración global del contexto histórico en que se produce el Real Decreto Ley y centrándonos en los presupuestos habilitadores de esta excepcional forma de legislar, es lo cierto que éste no responde, a nuestro criterio, a una «extraordinaria y urgente necesidad» que justifique la adopción de disposiciones legislativas provisionales, como así lo acredita su pronta convalidación y sustitución por la Ley 3 de 2012 de 6 de julio y la nula incidencia en la realidad social en el periodo transcurrido entre ambas fechas (por no hablar de esa misma falta de incidencia real posterior y la estimación de que no la va a tener en los próximos dos años en cuanto a las cifras de desempleo, según todas las previsiones). Tampoco concurre la conexión concreta entre las necesidades que se alegan en el preámbulo y las medidas adoptadas. Respecto de esta última cuestión importa resaltar, sin perjuicio de un mayor desarrollo en el caso de que finalmente se acuerde el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que el tratamiento como costes laborales directos que se da a las indemnizaciones por despido o extinción improcedente (básica o rescisoria y complementaria o salarios de tramitación), no se atiene a la naturaleza de las cosas ni a nuestra cultura jurídica pues tales indemnizaciones no traen su causa directa e inmediata ni de la contratación ni de la extinción del contrato de trabajo ni de la producción, sino de la calificación por los Tribunales del negocio jurídico unilateral extintivo como improcedente, lo que es tanto como afirmar su carácter injusto. A este respecto, las citadas indemnizaciones son, o han de ser, la adecuada e íntegra compensación de los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante y daños morales) que irroga al trabajador un incumplimiento ilícito, aunque lo sea sólo en el ámbito de lo civil, del contrato de trabajo por el empresario. Es claro, por tanto, que tales indemnizaciones no derivan del despido, que de ser declarado procedente no genera derecho a ninguna de las dos indemnizaciones, ni de la extinción por causas objetivas procedente, para la que la Ley prevé una indemnización de carácter «objetivo» (ajena al dolo o la culpa), también, de veinte días por año, sino de la concurrencia de unos elementos del injusto, debidamente apreciados en sede judicial. Estos elementos del injusto o causas que determinan en la Ley la calificación de un despido o extinción como improcedente son por orden de frecuencia estadística: la incomparecencia de las empresas a juicio para defender los despidos y extinciones practicados que, ante tal abandono de la acción, han de calificarse, a resultas de la aplicación de las reglas de distribución de la carga probatoria, como improcedentes; la ausencia de comunicación escrita, los defectos en la misma o los demás defectos formales en la práctica del negocio; o, finalmente, la falta de acreditación de la causa extintiva bien por inexistir bien por el desarrollo de una actividad probatoria ineficaz a sus fines ante los Tribunales de Justicia. En cualquiera de los casos, es forzoso concluir que tras la declaración de improcedencia hay una conducta dolosa (inexistencia de causa) o negligente del empleador. Situación que no puede equipararse a la declaración de procedencia de una extinción por causas objetivas tras la que se manifiesta la concurrencia de unas causas imposibilitadoras de la continuidad del contrato consistentes en fuerza mayor o caso fortuito, o todo lo más culpa levísima o no relevante. En el caso que nos ocupa, la declaración de improcedencia proviene del incumplimiento de un requisito formal (la puesta a disposición simultánea a la comunicación de la extinción, de la indemnización legalmente prevenida con carácter mínimo y de compensación objetiva) y la falta de actividad probatoria eficaz en el juicio que no nos permite discernir si responde a una conducta dolosa, inexistencia de causa, o culpable, la negligente proposición y práctica de la prueba.

Finalmente, el artículo 86.1 de la CE delimita el ámbito de los Reales Decretos-Ley por razón de la materia excluyendo, por razones de obvia salud democrática, aquéllas que afecten al «ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas y al Derecho electoral general». En el presente supuesto, como expondremos a continuación, hay no sólo una afectación sino una vulneración de derechos y libertades fundamentales incluidos en el Título primero de la CE como los consagrados en el artículo 9.3, el artículo 24.1 y el artículo 35.1, que también se halla regulado en el Título primero aunque se sitúe en la Sección segunda del Capítulo segundo.

2.–La Disposición transitoria quinta del Real Decreto Ley 3 de 2012 vulnera los artículos 9.3 de la CE (interdicción de la arbitrariedad) y 24.1 de la CE (derecho a obtener una tutela judicial efectiva).

Con carácter previo ha de manifestarse que el artículo 18.7 del Real Decreto Ley 3 de 2012 modifica la redacción del artículo 56.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para establecer como consecuencia legal de la calificación del despido como improcedente la opción empresarial entre la readmisión del trabajador despedido y el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Por su parte, la disposición transitoria quinta establece en su número 1 que la citada redacción «será de aplicación a los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor del mismo». Y en su número 2 establece el sistema de cálculo para las relaciones formalizadas con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley, estableciendo un sistema de cálculo dual en que los periodos anteriores a la entrada en vigor general una indemnización de cuarenta y cinco días por año y los posteriores de treinta y tres días por año estableciendo hasta tres topes máximos: Setecientos veinte días, como límite legal ordinario; el superior que tuviere consolidado a fecha

12 de febrero; y el de cuarenta y dos mensualidades que opera como límite en última instancia y para todo caso, aunque obviamente sólo es posible que actúe como tal en el segundo supuesto.

Ha de decirse que la norma viene a reducir de manera cuantitativamente significativa las indemnizaciones por despido improcedente que anteriormente estaban establecidas como es sabido en cuarenta y cinco días por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Pues bien, la norma de aplicación es arbitraria por cuatro consideraciones.

Lo es en primer término porque, continúa una tradición legal de indemnizaciones tasadas que actúan como máximo y mínimo, sin margen alguno para que por el Juez puedan fijarse de manera independiente y con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso, que se fijan en atención exclusiva a dos criterios (tiempo de prestación de servicios y salario). Desde este punto de vista, ha de traerse a colación la doctrina constitucional sentada en Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000 número 181, y posteriores que sustentan el mismo criterio, relativas a la inconstitucionalidad parcial del Baremo de Indemnizaciones por responsabilidad civil por Accidentes de Tráfico, anexo a la Ley de Ordenación del Contrato de Seguro. En ellas finalmente se declara que las indemnizaciones con arreglo a Baremo sólo son de aplicación a los supuestos de daños y perjuicios que proceden de responsabilidad objetiva, cuasi objetiva o por riesgo, sin concurrencia de dolo o culpa relevante; que concurriendo dolo o culpa relevante, el Juez no está vinculado por el Baremo porque la fijación de indemnizaciones está reservada a la función judicial, sin que pueda ser limitada legalmente; y que concurriendo dolo o culpa relevante lo procedente es la restitución íntegra o lo más próxima posible al equivalente a los daños y perjuicios sufridos sin límites legales en forma de Baremos o indemnizaciones tasadas.

Lo es, en segundo lugar, porque las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de dolo o culpa relevante han de tomar en cuenta todos los criterios posibles que conduzcan al establecimiento de una justa compensación. Se ha dicho que es arbitrario que se indemnice por esos dos criterios exclusivos cuando son infinitos los factores que pueden influir en una superior liquidación de los daños y perjuicios: no es lo mismo ser mayor, o ser joven, o ser mujer, o ser víctima de violencia, o no estar formado, o tener una profesión en recesión, o ser discapacitado, o tener familia numerosa, o tener hijos discapacitados, o estar enfermo o... Pues bien, todos esos factores, sólo pueden tomarse en cuenta en nuestro ordenamiento en el supuesto de indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, en un significativo reconocimiento tácito del legislador de que las indemnizaciones por despido improcedente en los casos en que no concurre tal vulneración están por debajo de los perjuicios sufridos. Lo que carece de cualquier racionalidad dado que se traslada una parte de los daños y perjuicios a la víctima, en beneficio del victimario.

Lo es, en tercer lugar, porque reduce las cuantías sin referencia al único criterio válido que es el de equivalencia entre los daños y perjuicios sufridos por el trabajador injustamente despedido y la cuantía del resarcimiento. Es decir, si los daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil contractual o extracontractual cuando media dolo o culpa relevante han de ser compensados íntegramente, la única posibilidad de reducción de la indemnización es la minoración de los daños y perjuicios sufridos en cada caso singularmente considerado. Las reducciones universales con eficacia general contradicen el carácter esencialmente causídico de las indemnizaciones por daños y perjuicios.

Lo es, en cuarto y último lugar, que se nos ocurra, porque el sistema transitorio establecido en el Real Decreto Ley 3 de 2012 raya en el absurdo: cómo explicar, sin incurrir en el cinismo más absoluto, que en la indemnización de un despido producido después de 12 de febrero de 2012 el mes anterior a esta fecha se valore en 3,75 días mientras que el mes siguiente (hasta el 12 de marzo de 2012) «valga» 2,75 días. ¿Qué relación guardan estas magnitudes con el *damnum emergens* o el *pretium doloris* de un trabajador despedido injustamente? Y aún más, ¿cómo explicar que aceptados, hipotéticamente, como criterios exclusivos de evaluación de los daños y perjuicios la antigüedad y el salario, a partir de un momento en que se ha atesorado una determinada antigüedad, la valoración de los daños y perjuicios se «congele» a una determinada fecha, que con las reformas además se adelanta de manera importante. O ¿qué ha sucedido que justifique que una determinada antigüedad que hasta ahora se compensaba adecuadamente, en el tenor de la norma, con hasta cuarenta y dos mensualidades, ahora se pueda resarcir, con igual adecuación, con veinticuatro mensualidades?

Entiende el Juzgador que de la anterior exposición se infieren, sin perjuicio de su mayor argumentación o su rectificación de acuerdo con las alegaciones que hagan las partes y el Ministerio Fiscal, claras vulneraciones de los preceptos que hemos dejado invocados más arriba: artículo 9.3 de la CE, interdicción de la arbitrariedad y 24.1 de la CE (ya que la tutela dispensada por Sentencia que se acomode a la norma legal no podrá ser «efectiva», sino parcial y meramente nominal).

3.-El artículo 18.8 del Real Decreto Ley 3 de 2012 vulnera los artículos 9.3 de la CE (interdicción de la arbitrariedad) y 24.1 de la CE (derecho a obtener una tutela judicial efectiva), en relación con el artículo 35.1 de la CE (derecho al trabajo).

El precepto indicado da nueva redacción al apartado 56.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que queda redactado en términos de que sólo «en el supuesto que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación».

Cuatro son las precisiones que hemos de hacer. La primera es que estamos ante despidos calificados como improcedentes y por tanto, injustos en los que concurre dolo o culpa relevante. La segunda, que la anterior redacción imponía el abono de los salarios de tramitación cualquiera

que fuese el sentido de la opción, es decir, tanto si se optaba por la readmisión como si la opción se efectuaba por la indemnización. En tercer lugar que quien efectúa la opción resulta ser el empresario incumplidor, el autor del ilícito civil. Y finalmente, que los salarios de tramitación no son otra cosa que la concreción de lucro cesante del trabajador injustamente despedido y que, con generosidad para los empleadores, no se mide desde la fecha del despido hasta la fecha de cumplimiento del contrato prevista sino sólo hasta la de notificación de sentencia.

De esas precisiones se extraen sin dificultad una serie de conclusiones como son:

Que cabe la reproducción íntegra de lo que hemos dicho en el epígrafe anterior sobre daños y perjuicios derivados de ilícito civil doloso o relevantemente culpable, pues incuestionablemente los salarios de tramitación forman parte de aquéllos, como forma concreta y particular del «lucrum cessans». Obviamente la exclusión de éstos en alguno o todos los supuestos mutila la íntegra reparación de los daños y perjuicios sufridos, pues la afectación patrimonial del trabajadores que ve incumplido su contrato por las expresadas razones no sólo ha de comprender el daño emergente, sino además lo dejado de percibir por razón del incumplimiento y aún los daños morales.

Que la arbitrariedad se amplifica cuando sólo se suprimen en el supuesto de que el empleador opta por la indemnización. Porque es el empleador el que determina mediante el ejercicio de la opción la extensión de su propia responsabilidad civil ya que el contenido económico de cada una de las opciones resultan no equivalentes: si opta por la readmisión, cumplimiento específico de la sentencia declarativa de la improcedencia, habrá de satisfacer además los salarios de tramitación y si opta por la indemnización sustitutoria de la readmisión y por tanto equivalente, al menos en el papel, a la readmisión, no satisfará, sin embargo, los salarios de trámite. Arbitrariedad que resulta tanto más patente si tenemos en cuenta que ese carácter asimétrico de las consecuencias del despido improcedente según la opción ejercitada por el empleador implica una incentivación de la rescisión contractual indemnizada contra toda lógica, contra los declarados fines de promoción del empleo y, sobre todo, con relación con el artículo 35 de la CE que contiene un mandato «pro labore» o «pro contracto» que se ve vulnerado por la incentivación de la extinción contractual. Más aún, la asimetría de las consecuencias legales de la opción empresarial penan de manera agravada al trabajador pues este es indemnizado en menor extensión, todavía, en los supuestos en que la opción le es más perjudicial (cuando el empresario opta por indemnizarle). A más perjuicio, menor reparación.

Y se amplifica aún más esa arbitrariedad, si tenemos en cuenta que el artículo 18.9 del Real Decreto Ley cuando, al dar nueva redacción al artículo 56.4 de la LET, incluye un inciso final del siguiente tenor con relación al despido improcedente de un trabajador que ostentase la condición de representante legal de los trabajadores o que fuese delegado sindical: «tanto si opta por la indemnización como si opta por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2». A la vista de este precepto resulta difícil concluir, desde el punto de vista hermenéutico, que el artículo 56.2 de la LET en su nueva redacción subsuma o unifique los salarios de tramitación en la indemnización rescisoria cuando expresamente los conserva para el supuesto de despido improcedente de trabajador «ordinario» con opción por la readmisión o cuando expresamente los conserva respecto del despido improcedente de trabajador cualificado por la representación sindical y tanto para el supuesto de que opte por la readmisión o por la indemnización. Lo que ya era difícil pues, obviamente, resulta irracional pensar que una indemnización que se reduce cuantitativamente subsume en su seno un concepto que antes se satisfacía aparte. Ni que decir tiene que la nueva redacción del artículo 56.4 de la LET resulta en verdad caprichoso ya que lo que constituye la garantía de los representantes de los trabajadores no es el abono de los salarios de tramitación en el supuesto de que opten por la rescisión, sino precisamente la opción por la readmisión y su atribución al trabajador. Obviamente la causalidad de esta norma es ajena a la citada garantía.

Y para que sirva de notificación en legal forma a Grupo Flor de Olympo, S.L. (Víctor Ángel Huertas Álvarez), en ignorado paradero, expido el presente para su inserción en el «Boletín Oficial» de la provincia de Toledo.

Se advierte al destinatario que las siguientes comunicaciones se harán fijando copia de la resolución o de la cédula en la oficina judicial, por el medio establecido al efecto, salvo las que revistan la forma de auto, sentencia o decretos que pongan fin al procedimiento o resuelvan un incidente o se trate de emplazamiento.

En Madrid a 16 de diciembre de 2013.—El Secretario Judicial, Fernando Benítez Benítez.

N.º I.-12050