

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Id. Cendoj: 28079130042005100554
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 5235/2003
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 09/11/2005
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CELSA PICO LORENZO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

EXPEDIENTE REGULACIÓN DE EMPLEO. PRETENSIÓN POR TRES TRABAJADORES DE APLICACIÓN DE LA LEY DE FAMILIAS NUMEROSAS. PREFERENCIA PARA PERMANECER EN LA PLANTILLA. ALEGACIÓN DE DEFECTO DE JURISDICCIÓN POR PRIMERA VEZ EN SEDE CASACIONAL.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Noviembre de dos mil cinco.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 5235/03, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Isacio Calleja Garcia en nombre y representación de don Juan Enrique y don Gustavo, contra la sentencia, de fecha 9 de abril de 2002, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3ª en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 2596/96, en el que se impugnaban las resoluciones de 1 de marzo de 1995 y 29 de diciembre de 1995 de la Dirección General de Trabajo y Migraciones dictadas en expediente de despido colectivo núm. 439/94 de la empresa Unión Española de Explosivos, S.A. Ha sido parte recurrida la entidad mercantil Unión Española de Explosivos, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales don Miguel Angel de Cabo Picazo y la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo núm. 2596/96 seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3ª, se dictó sentencia, con fecha 9 de abril de 2002, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimando parcialmente el Recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Juan Enrique, Don Gustavo y Doña Rosa contra la Resolución del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 30 de septiembre de 1996, reseñada en el Fundamento de Derecho Primero, la anulamos por; ser contraria a Derecho, y declaramos el derecho de Doña Rosa a que por la Administración laboral competente se tramite su petición de exclusión del

expediente de regulación de empleo número 439/1994, promovido por la empresa Unión Española de Explosivos, S.A., y a que por dicha Administración laboral se recabe de la citada empresa la información precisa a los efectos expresados en los Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo de esta Sentencia y, una vez analizada por tal Administración, decidir sobre la procedencia de la exclusión del ERE de tal recurrente, o sobre las condiciones en las que va a tener lugar tal exclusión o en fin sobre la improcedencia de esa exclusión con desestimación del resto de las pretensiones de los; demandantes, y todo ello sin hacer una especial declaración sobre las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de don Juan Enrique y Don Gustavo se preparó recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 25 de junio de 2003, formaliza el recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso- administrativo.

CUARTO.- La representación procesal de la Unión Española de Explosivos, S.A. formalizó con fecha 20 de abril de 2005 escrito de oposición al recurso de casación interesando la desestimación de éste.

El Abogado del Estado formalizó con fecha 6 de abril de 2005 escrito de oposición al recurso de casación interesando la desestimación de éste.

QUINTO.- Por providencia de 5 de octubre de 2005, se señaló para votación y fallo el 2 de noviembre de 2005, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo, Magistrada de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de don Juan Enrique y don Gustavo interponen recurso de casación contra la sentencia dictada el 9 de abril de 2002 en el recurso contencioso administrativo 2596/1996 por la Sección Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que decide estimar parcialmente el recurso interpuesto por los dos citados más doña Rosa contra la Resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 30 de septiembre de 1996 por la que se acordó desestimar los recursos interpuestos por doña Sonia y otros cinco trabajadores de la empresa Unión Española de Explosivos SA, entre los que se encontraban los recurrentes, contra las Resoluciones de la hoy Dirección General de Trabajo y Migraciones de fechas 1 de marzo y 29 de diciembre de 1995 dictadas en el expediente de despido colectivo número 439/1994 y declaran el derecho de doña Rosa "a que por la Administración laboral competente se tramite su petición de exclusión del expediente de regulación de empleo número 439/1994, promovido por la empresa Unión Española de Explosivos, S.A., y a que por dicha Administración laboral se recabe de la citada empresa la información precisa a los efectos expresados en los Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo de esta Sentencia y, una vez analizada por tal Administración, decidir sobre la procedencia de la exclusión del ERE de tal recurrente, o sobre las condiciones en las que va a tener lugar tal exclusión o en fin sobre la improcedencia de esa exclusión con desestimación del resto de las pretensiones de los demandantes".

La sentencia impugnada identifica en su PRIMER fundamento el acto recurrido que, sintéticamente, se centra en la concreción nominal del proceso de aplicación del expediente de regulación de empleo, ERE, 439/1994, del que discrepan.

En el SEGUNDO razona la sentencia que los trabajadores, titulares de familia numerosa, interesaban la aplicación de la preferencia para permanecer en la plantilla fijada en la Ley 25/1971, de 10 de junio, de Protección de las Familias Numerosas, LPFN, por cuanto tras la regulación de empleo han permanecido en el centro de trabajo algunos trabajadores de su misma categoría que no ostentaban tal condición.

Ya en el TERCERO la Sala no comparte la apreciación del Abogado del Estado acerca de que el expediente de regulación de empleo fue homologado tras acuerdo con los trabajadores, conforme al art. 51.5 E.T. Expone prolijamente las razones para discrepar de tal posición centradas en la existencia de varias relaciones de trabajadores, iniciales con baja voluntaria y posteriores que no reúnen tal característica, y Resoluciones de distintas fechas que muestran se aplica el art. 51.6 ET. Declara expresamente "la intervención de la Administración laboral al aceptar que los tres recurrentes son titulares de familia numerosa y que, por tanto gozan, en principio de una especial protección que posibilitaría su exclusión del ERE, si bien luego la rechaza por no demostrar aquellos determinados extremos, está sin duda entrando a valorar y controlar, en el seno del expediente de regulación de empleo que autorizó, la procedencia de la exclusión de los recurrentes del ERE en tanto titulares de familia numerosa, y esta intervención de la Administración lo es con independencia de dolo, coacción, fraude o abuso de derecho.....".

En el CUARTO la Sala discrepa de la posición de la empresa codemandada acerca de que tras la reforma del art. 51 ET llevada a cabo por la Ley 11/1994, el único criterio de permanencia en la empresa en situaciones de crisis es la condición de representante de los trabajadores. Sienta que la Ley 11/1994 no deroga la Ley 25/1971, LPFN y en tal sentido cita la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002, recurso de casación 2620/1996, que admite otros grupos de trabajadores como los minusválidos.

Ya en el QUINTO analiza la Ley 25/1971, de 19 de junio y la modificación operada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre centrándose en la prioridad que en casos de despido colectivo recoge el art. 9 de la primeramente citada que debe ser la aplicable en sus estrictos términos dada la irretroactividad de la modificación de 30 de diciembre de 1994 respecto una extinción de empleo producida el 27 de diciembre de 1994 aunque la individualización de los trabajadores afectados tenga lugar en fecha posterior.

Establece la sentencia que la familia del Sr Juan Enrique estaba formada por un hijo de 25 años de edad, otro de 23 años de edad y un tercero de 11 años sin que acreditase que sus dos hijos mayores de 21 años estuvieren en ese momento realizando estudios. Respecto al Sr. Gustavo afirma tenía un hijo de 21 años de edad, otro de 20 y un tercero de 19 años, sin que tampoco acreditase la realización de estudios respecto al mayor de edad al día 19 de diciembre de 1995. Si acepta la condición de familia numerosa de la Sra. Rosa por cuanto de sus tres hijos el mayor ostentaba solo 16 años en aquel momento.

En el SEXTO reputa inversión de la carga de la prueba la exigencia por la administración a los peticionarios de exclusión del ERE, titulares de familia numerosa, de que sean ellos los que acrediten la existencia en la empresa en la que trabajan de otros trabajadores incluidos en su grupo profesional y categoría. Valora que la tramitación de los ERE veda a los trabajadores conocer quienes pudieren ser afectados y, menos aún, quienes pudieran gozar de algún privilegio concurrente o preferente al suyo. Entiende que es la "administración laboral la que, alegada por los peticionarios su condición de titulares

de familia numerosa, debería haberse reclamado de la empresa la relación individualizada y nominal de los trabajadores de la misma categoría y grupo profesional que los peticionarios que no iban a resultar afectados por el ERE, reclamando también de la empresa si alguno de tales trabajadores era minusválido, o cabeza de familia, cual era su centro de trabajo, etc. Y todo ello con el fin de determinar exactamente si correspondía o no a aquellos la exclusión del expediente y la permanencia en la empresa, o si por el contrario se producía alguna colisión entre los trabajadores afectados que hiciera necesario establecer algún orden de preferencia...". Adiciona que esa actividad de la Administración pasa "no sólo por la comprobación de que las medidas propuestas por la empresa sean congruentes con los fines para los que se solicita la regulación de empleo, sino además por que en tal regulación se tienen cuenta y se respetan los derechos y preferencias que establece, no solo el ET, sino toda la legislación que protege a los trabajadores en caso de despido colectivo, en particular la legislación sobre protección de la familia numerosa y los discapacitados...."

Finalmente en el SEPTIMO declara que no es posible reconocer el derecho a la readmisión peticionado en el suplico de la demanda "al requerir al requerir del conocimiento de una serie de datos previos que no existen, pues las relaciones de trabajadores aportadas en fase de prueba a petición de los demandantes no son suficientes para acreditar en realidad si los trabajadores de igual categoría profesional que permanecen en la empresa a 31 de diciembre de 1996 están en alguna situación especial que les haga merecedores de la permanencia en atención a sus circunstancias personales, familia numerosa verbi gratia, que habida cuenta de que en la actualidad de integra por tres o más hijos, no es difícil que concurra en algunos de ellos, o en fin minusválidos, o con alguna otra preferencia, pues en definitiva esos datos concretos y determinados que hemos reseñado en el anterior Fundamento de Derecho son absolutamente necesarios; para determinar si, efectivamente la recurrente ha de ser excluida del despido colectivo, o si aún no siendo excluida ha de permanecer por más tiempo en la empresa, o en fin si concurre en su derecho a permanecer con algún otro trabajador y haya entonces que acudir a los mecanismos de prelación establecidos por la legislación aplicable, por lo que una declaración como la que se interesa en la demanda sería tanto como pasar por alto por la Sala por todo lo que acaba de exponerse, sustituyendo a la Administración laboral en unas tareas previas que son de la competencia de la Administración laboral, y no de un Tribunal de Justicia, por lo que en suma la estimación del Recurso para la recurrente que tiene la condición de familia numerosa, pasa por la anulación de la Resolución impugnada para que por la Administración laboral competente se recabe la información precisa de la empresa y una vez analizada por tal Administración, decidir sobre la procedencia de la exclusión del ERE de tal recurrente, o sobre las condiciones en las que va a tener lugar tal exclusión o en fin la improcedencia de esa exclusión".

SEGUNDO.- Los trabajadores recurrentes prepararon recurso de casación al amparo del art. 86, 4 LJCA al entender había infracción de la Ley 25/1971, de 10 de junio que consideraban determinante del fallo al no tener en cuenta su condición de cabezas de familia numerosa.

Sin embargo al interponer el recurso de casación aducen como primer motivo el apartado b)1 del art. 88 LJCA por haberse dictado la resolución recurrida con defecto en el ejercicio de jurisdicción. Reconocen que prepararon el recurso tal cual hemos reflejado en el párrafo precedente mas pretenden que el Tribunal aprecie, de oficio, su falta de jurisdicción por infracción de los arts. 9.5 y 9.4 LOPJ en relación con el art. 1.2.a) de la LOPJ y la correspondiente jurisprudencia por cuanto el asunto incumbe a la jurisdicción social. Expone prolijamente el contenido de las Resoluciones de 1 de marzo y 29 de diciembre de 1995 para luego argumentar que los actos de ejecución por despido de personas concretas atañe a la jurisdicción social. En apoyo de su posición cita la sentencia de 12 de febrero de 2003, recurso de casación 9510/1997.

La empresa Unión Española de Explosivos SA interesa la desestimación del recurso oponiéndose al denominado "defecto en el ejercicio de la jurisdicción" por cuanto constituye una alegación o motivo nunca antes formulado. Insiste en que los recurrentes desistieron de su acción ante la jurisdicción social en los autos 636/1996 seguidos ante el Juzgado de lo social número tres de los de Bilbao que los tuvo por desistidos mediante auto de fecha 14 de octubre de 1996. Adiciona que no solo fueron los recurrentes los que acudieron a esta jurisdicción sino que, además, en el recurso de casación 3867/2001 este orden jurisdiccional no ha cuestionado su competencia para conocer de la impugnación del mismo acto administrativo interpuesto por otra trabajadora.

Por su parte el Abogado del Estado defiende la competencia jurisdiccional en razón de la resolución de la Sala de conflictos de 26 de diciembre de 1988, por cuanto el objeto de impugnación viene constituido por las resoluciones dictadas por la autoridad laboral sujetas al derecho administrativo en el ámbito del art. 51. ET. Un segundo motivo se articula al amparo de la letra d) 1 del art. 88 LJCA por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto de la Ley 25/1971 desarrollada por el Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre. Sostienen que la documentación que acompaña al escrito de recurso es idéntica a la presentada entonces por lo que rechazan el argumento de que no probaron los requisitos establecidos en las normas respecto a que los hijos mayores de edad estaban estudiando.

Rechaza también la empresa el segundo motivo por cuanto resulta impropio del recurso de casación la aportación de documentos, que debieron rechazarse (art. 74.4 LJCA 1956, art. 85.3 LJCA 1998) por cuanto, además, no cabe revisar la prueba.

Igual posición mantiene el Abogado del Estado al sostener que no cabe revisar en casación los hechos declarados probados por la sentencia, es decir que si en instancia no acreditó que los hijos mayores de 21 años estaban dedicados a los estudios no puede pretender la prueba de tal hecho en sede casacional.

TERCERO.- Es patente la conflictividad competencial surgida entre este orden jurisdiccional y el orden social respecto al conocimiento de asuntos no debidamente delimitados por los redactados de la LOPJ, apartados 4 y 5 del artículo 9, y de la LJCA 1998, arts. 1, 2,3, y de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por R D Legislativo 2/1995, de 7 de abril, arts. 2 y 3 que frecuentemente son resueltos mediante el correspondiente Auto por la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo, art. 40 y siguientes de la LOPJ.

También es notorio que la materia de regulación de empleo constituye uno de los ámbitos más conflictivos de la concurrencia de competencias del orden contencioso administrativo y laboral. Se ha pasado por distintas conclusiones, tanto propiciadas por los dispares criterios mantenidos por la Sala de lo Social como por la Sala de lo Contencioso Administrativo, como por las soluciones, no siempre coincidentes, propiciadas por la antes mencionada Sala Especial de Conflictos de Competencia.

Sin embargo no resulta aceptable invocar en sede casacional el motivo que se ampara en el art. 88.1.b) LJCA, defecto de jurisdicción, cuando tal punto no fue conflictivo en instancia. Es irrefutable que en el supuesto de autos los recurrentes acudieron por decisión propia a este orden jurisdiccional, tras desistir del procedimiento entablado ante la jurisdicción social, sin que por la Sala de instancia se hubiere cuestionado su competencia. Es más, los recurrentes invocaron expresamente la competencia de este orden jurisdiccional como uno de los fundamentos de derecho del escrito de su demanda. Pero, además ni la administración demandada ni tampoco la empresa codemandada opuso problema competencial

alguno. Significa, por tanto, que independientemente de lo vertido en la sentencia de 12 de febrero de 2003 de esta Sección y Sala, al constituir una cuestión nueva no puede debatirse en sede casacional so pena de desvirtuar la esencia del recurso de casación.

CUARTO.- Tiene razón la empresa recurrida cuando afirma que respecto al mismo acto administrativo este Tribunal ni cuestionó su competencia ni le fue cuestionada en el recurso de casación 3687/2002 en que recayó sentencia el 4 de mayo de 2004. Se rechazó el recurso interpuesto por la Sra. Sonia (una de las destinatarias de la resolución administrativa antecedente del recurso de casación) contra la sentencia pronunciada el 21 de marzo de 2001 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimatoria de la pretensión deducida contra la resolución de 30 de septiembre de 1996 que también concernía a los aquí recurrentes.

Aducía la allí recurrente la falta de respeto a la garantía de prioridad de permanencia en la empresa reconocida a los miembros del Comité de Empresa o Delegados de personal respecto de los trabajadores. Sentó este Tribunal la imposibilidad de revisar la valoración de la prueba en sede casacional al tiempo que recordó su doctrina al respecto para ulteriormente confirmar la sentencia de instancia que había declarado que la pretendida prioridad no era absoluta.

QUINTO.- Argumenta de forma clara la Sala de instancia en su fundamento de derecho quinto que ni el Sr. Juan Enrique ni el Sr. Gustavo acreditan que en el momento en que pretenden el reconocimiento del derecho controvertido sean titulares de familia numerosa. Afirma que no justifica el primero respecto a dos de sus hijos y el segundo respecto a uno, todos ellos mayores de edad, que se encuentren realizando estudios acordes con su edad y titulación que les hagan acreedores de la condición de familia numerosa.

Insiste la parte recurrente en que la documentación aportada intempestivamente con el recurso de casación, cuya devolución fue acordada mediante proveído de 10 de noviembre de 2003, ya fue acompañada con el escrito de demanda. Pretende, pues, una revisión de la valoración de la prueba.

Recordemos que en unión de la demanda acompañó un certificado emitido por el Secretario de la Diputación Foral de Bizkaia datado a 13 de abril de 2000 en el sentido de que de la documentación obrante en el expediente se desprende que en fecha 29 de junio de 1996 el Sr. Juan Enrique cumplía los requisitos para tener la condición de familia numerosa pudiendo haber solicitado y obtenido el correspondiente título.

Por su parte el Sr. Gustavo aportó el título de familia numerosa expedido por la Diputación Foral de Vizcaya el 6 de julio de 1995 con validez hasta el 31 de diciembre de 1996.

Los mencionados documentos condujeron a la declaración de hechos probados a que hemos hecho mención en el primer párrafo de este fundamento. Tal declaración de hechos probados y subsiguiente razonamiento no puede ser combatida en sede casacional. El examen del segundo motivo de recurso pone de relieve que lo que se pretende en realidad es una revisión de la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia lo que está vedado en sede casacional salvo que se incurra en un error patente lo que aquí no acontece. Ni se ha invocado la comisión de un error patente ni tampoco éste ha tenido lugar aunque el recurrente aduzca que la documentación aportada, intempestivamente en sede casacional, fuere coincidente con la acompañada al escrito de demanda.

Se rechaza, pues, el motivo.

SEXTO.- Procede imponer las costas a los recurrentes si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 LJCA y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 2.000 euros la cifra máxima por honorarios del Letrado a satisfacer por mitad a cada una de las partes recurridas.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Juan Enrique y don Gustavo, contra la sentencia dictada el 9 de abril de 2002 en el recurso contencioso administrativo 2596/1996 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual se declara firme con expresa imposición de las costas del recuso a los recurrentes si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 LJCA y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 2.000 euros la cifra máxima por honorarios del Letrado a satisfacer por mitad a cada una de las partes recurridas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Secretaria, certifico.