

# Documento TOL7.189.800

## Jurisprudencia

**Cabecera:** Expediente de regulacion de empleo. Extincion del contrato por despido colectivo. Salario regulador

El contenido del hecho probado 1º resulta no controvertido, con excepción del **salario regulador**, extremo al que después nos referiremos.

El hecho probado 20º resulta de las sentencias mencionadas en el mismo, en las que se resolvía sobre la impugnación de un posterior **despido colectivo** llevado a cabo poco más de dos meses después de la finalización del **expediente de regulacion de empleo** que aquí nos ocupa.

La sentencia dictada por la sala de lo social cuz de tenerife de 16/09/2013 en el procedimiento 9/2012 fue confirmada por el tribunal supremo en sentencia de fecha 29/12/2014 recurso. y habiéndose valorado ya en dichas sentencias las circunstancias referidas a la existencia de análogas causas economicas - evolución de los ingresos por transporte de pasajeros - y a si tendría que haberse tramitado un **expediente de regulacion de empleo** del grupo binter de entenderse que existiera grupo empresarial a efectos laborales, nada más al respecto debe añadirse por nuestra parte en el relato de hechos probados de la presente sentencia, habiendo de estarse al de la referida sentencia de la sala de lo social cuz de tenerife.

PROCESAL: Fraude de ley. Retroaccion del procedimiento. Falta de motivacion

**Jurisdicción:** Social

**Ponente:** [JAVIER RAMON DIEZ MORO](#)

**Origen:** Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias sede en Las Palmas de Gran Canaria

**Fecha:** 27/09/2018

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 1006/2018

**Número Recurso:** 32/2018

**Numroj:** STSJ ICAN 2901:2018

**Ecli:** ES:TSJICAN:2018:2901

### ENCABEZAMIENTO:

Sección: MAR

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín N°6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: [socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org](mailto:socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org)

Rollo: Impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito

Nº Rollo: 0000032/2018

NIG: 3501634420180000063

Materia: Materia sindical

Resolución: Sentencia 001006/2018

Órgano origen:

Demandante: BINTER CANARIAS , S.A.; Abogado: JOSE LOSADA QUINTAS

Demandante: Hernan ; Abogado: MARIA DEL MAR ROPERO CAMPOS

Demandante: SEPLA; Abogado: JUAN MANUEL RUIZ SANTANA

Demandante: Ignacio ; Abogado: JUAN MANUEL RUIZ SANTANA

Demandante: Isidoro ; Abogado: JUAN MANUEL RUIZ SANTANA

Demandante: Íñigo ; Abogado: JUAN MANUEL RUIZ SANTANA

Demandante: Natividad ; Abogado: JUAN MANUEL RUIZ SANTANA

Demandante: Jon ; Abogado: JUAN MANUEL RUIZ SANTANA

Demandante: Julián ; Abogado: JUAN MANUEL RUIZ SANTANA

Demandante: Piedad ; Abogado: JOSE LUIS MEDEROS MORALES

Demandante: Raquel ; Abogado: JOSE LUIS MEDEROS MORALES

Demandante: Marta ; Abogado: JOSE LUIS MEDEROS MORALES

Demandante: Justa

Demandante: Leticia ; Abogado: JOSE CARLOS PINILLA DOMINGUEZ

Demandante: Lourdes ; Abogado: JOSE CARLOS PINILLA DOMINGUEZ

Demandante: Luz ; Abogado: JOSE CARLOS PINILLA DOMINGUEZ

Demandante: María ; Abogado: JOSE CARLOS PINILLA DOMINGUEZ

Demandado: CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO DEL GOBIERNO DE CANARIAS; Abogado: SERV. JURÍDICO CAC LP

Demandado: NAVEGACIÓN Y SERVICIOS AEREOS CANARIOS, SA

Demandado: MANTENIMIENTO E INGENIERÍA AERONÁUTICA DEL ATLÁNTICO SUR, SL

Demandado: GESTIÓN AERONÁUTICA INTEGRAL CANARIA

Demandado: ATLÁNTICA DE HANDLING SLU

Demandado: BINTER SISTEMAS SLU

Demandado: BINTER VENDE, SLU

Demandado: BINTER FORMACIÓN SL

Demandado: BINTERSWIFT SL

Demandado: SERVICIOS AERONAUTICOS INSULARES SL

Demandado: OPERACIONES TURÍSTICAS CANARIAS VIAJA, SA

Demandado: BINTER CANARIAS, S.A

Demandado: NAVEGACIÓN Y SERVICIOS AEREOS CANARIOS, S.A

Demandado: BINTER SISTEMAS, SLU

Demandado: BINTER VENDE, SLU

Demandado: GESTIÓN AERONÁUTICA INTEGRAL CANARIA, SL

Demandado: SERVICIOS AEROTÉCNICOS INSULARES, SL

Demandado: BINTERSWIFT, S.L

Demandado: MANTENIMIENTO E INGENIERÍA AERONÁUTICA DEL ATLÁNTICO SUR, S.L

Demandado: BINTER FORMACIÓN, S.L

Demandado: APOYO Y LOGÍSTICA INDUSTRIAL CANARIAS, S.L

Demandado: ATLÁNTICA DE HANDLING, S.L.U

Demandado: INVERSIONES AEREAS DE CANARIAS, S.L

Demandado: CANARIAS AIRLINES COMPAÑÍA DE AVIACIÓN, S.L

Fiscal: MINISTERIO FISCAL

Ilmos./as Sres./as

Presidente

D./D<sup>a</sup>. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO (Ponente)

D./D<sup>a</sup>. GLORIA POYATOS MATAS

En Las Palmas de Gran Canaria, a 27 de septiembre de 2018.

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente:

### **SENTENCIA**

En los autos de juicio 0000032/2018, seguidos ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias iniciados Binter Canarias, SA asistido y/o representado por D. José Losada Quintás; Hernan asistido y/o presentado por D<sup>a</sup> María del Mar Ropero Campos; SEPLA; Ignacio ; Íñigo ; Isidoro ,

Natividad ; Jon e Julián asistidos y/o representados por D. Juan Manuel Ruiz Santana; Piedad ; Raquel ; Marta y Justa asistidos y/o representados por D. José Luis Mederos Morales; D<sup>a</sup> Leticia , Lourdes , Luz y María asistidos y/o representados por D. José Carlos Pinilla Domínguez; contra Binter Canarias, S.A. asistido y/o representado por D. José Losada Quintás; Navegación y Servicios Aéreos Canarias,S. A.;Binter Sistemas, SLU;Binter Vende, SLU; Gestión Aeronáutica Integral Canaria SL; Canarias Airlines Compañía de Aviación, SL; Servicios Aeronáuticos Insulares, SL; Binterswift, SL; Mantenimiento e Ingeniería Aeronáutica del Atlántico Sur, SL; Binter Formación SL; Apoyo y Logística Industrial Canarias, SL; Atlántica de Handling, SLU; Inversiones Aéreas Canarias SL y Operaciones Turísticas Canarias Viaja, SA asistidos y/o representados por D. José Miguel Llamas Bravo de Laguna; y la CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO EL GOBIERNO DE CANARIAS asistida y/o representada por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias y el Ministerio Fiscal, versando dicha demanda sobre impugnación de Resolución Administrativa.

Es Ponente, el Ilmo. Sr. D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- En fecha 05/03/14 se dictó sentencia -posteriormente aclarada- por el Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos nº 308/2012 de dicho Juzgado, cuyo fallo era el siguiente:

"Que con estimación de las demandas interpuestas por Leticia , Lourdes , María y Piedad contra CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y ASUNTOS SOCIALES DEL GOBIERNO DE CANARIAS, BINTER CANARIAS S.A., BINTER SISTEMAS S.L.U., BINTER VENDE S.L.U., BINTERSWIFT S.L., BINTER FORMACION S.L., ATLANTICA HANDLING S.L.U., GESTION AERO. INTEGRAL CANARIA, NAVEGA. SERVI. AEREOS CAN. S.A., APOYO Y LOGI. INDUSTRIAL CAN., CAN. AIRLINES CIA DE AVIACION, SERVI. AEROTEC. INSULARES S.L., MANTE. ING. AERO. ATLANT. SUR, INVERSIONES AEREAS CANARIAS S.L., NAYSA, MAL BR4OCK S.L., OFICOFIS S.L., OPERACIOENS TURISTICAS CANARIAS VIAJA S.A., SERVICIOS AEROPORTUARIOS INSULARES S.L., COMITE EMPRESA BINTER CANARIAS S.A. y MINISTERIO FISCAL y los acumulados: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 1, AUTOS 557/12, DTE: Isidoro ; SOCIAL Nº 3, AUTOS 561/12, DTE: Íñigo ; SOCIAL; Nº 5, AUTOS 552/12, DTE: STAVLA; SOCIAL Nº 6, AUTOS 557/12, DTE: Julián SOCIAL; SOCIAL Nº 7, AUTOS 540/12 DTE. SEPLA; SOCIAL Nº 7, 554/12, DTES: Piedad Raquel Marta Y Justa ; SOCIAL Nº 7, 571/12 DTE: Hernan ; SOCIAL Nº 9, 565/12, DTE: Natividad ; SOCIAL Nº 10, 553/12, DTE: Jon SOCIAL Y SOCIAL Nº 10, 560/12, DTE: Ignacio ) declaro nula y dejo sin efecto la Resolución de la Dirección general de Trabajo nº 1648, de fecha 27 de diciembre de 2011, así como la Orden nº 238/2012 de la Consejería de Empleo, Industria y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias por la que se resuelve los recursos de alzas presentados contra la referida Resolución de la Dirección general de Trabajo, todo ello con las consecuencias individuales previstas en el art. 151.11 de la LRJS sobre los trabajadores afectados por las extinciones, es decir, se declara el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo, salvo que el empresario dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de la sentencia opte, por escrito ante el órgano judicial, por indemnizar a los trabajadores con la indemnización establecida para el despido improcedente, debiendo comunicar por escrito a dichos trabajadores la fecha de su reincorporación al trabajo dentro de los quince días siguientes a la referida firmeza. En cualquiera de los casos anteriores, el trabajador tendrá derecho a los salarios dejados de percibir en los términos señalados por el art. 151.11 LRJS , y todo lo anteriormente expuesto con las circunstancias laborales respecto a los trabajadores señaladas en el ordinal 21º de la resultancia fáctica y condeno a la Consejería de Empleo, Industria y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias y a la entidad Binter Canarias a estar y pasar por la anterior declaración con todas las consecuencias inherentes a la misma, absolviendo al resto de los demandados de los pedimentos deducidos en su contra.

Se desestima la demanda interpuesta por Binter Canarias, SA contra CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y ASUNTOS SOCIALES DEL GOBIERNO DE CANARIAS, siendo partes interesadas: Regina , Antonieta , María Luisa , María Rosa , María Esther , María Rosario , Berta , Adelina , Aida , Almudena , Amelia , Ángela , Angelina , Crescencia , Ariadna , Aurora , Beatriz , Belinda , Elsa , Candida , Carolina , Cecilia , Edurne , Emma , Enriqueta , Esperanza , Faustino , Feliciano , Eugenia , Natividad , Gustavo , Hilario , Hugo , Ildefonso , Isaac , Fidel , Ismael , Jacinto , Jenaro , Joaquín , Julio ,

Leandro , Lorenzo , Felipe , Luis , Marcial , Nieves Y Ofelia , en los autos del Juzgado de lo Social nº 7, autos 530/12, acumulados al nº 308/12, a quien se absuelve de los pedimentos deducidos en su contra.

Se tiene a D.<sup>a</sup> Purificacion y D.<sup>a</sup> Ramona por desistidas de las demandas en su día presentadas.

De optar la empresa por la indemnización el importe que corresponde a los trabajadores es el siguiente:

- 1) Piedad : 30.325€ euros.
- 2) Raquel : 37.158€ euros.
- 3) Marta : 29.451€ euros.
- 4) Justa : 22.769€ euros.
- 5) Leticia : 35.107€ euros.
- 6) Lourdes : 36.700€ euros.
- 7) María : 34.436€ euros.
- 8) Luz : 31.543€ euros.
- 9) Íñigo : 243.123€ euros.
- 10) Natividad : 314.148€ euros.
- 11) Isidoro : 106.552€ euros.
- 12) Jon : 438.757€ euros.
- 13) Hernan : 98.583€ euros.
- 14) Ignacio : 400.445€ euros.
- 15) Julián : 255.746€ euros.

Todo ello sin perjuicio de los descuentos que resulten procedentes por las indemnizaciones que hubieran podido percibir los trabajadores en virtud de los ceses acordados."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte BINTER CANARIAS S.A. y CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO, recayendo en fecha 17/12/15 sentencia de esta Sala en el rollo nº 822/2015 , siendo la parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"Apreciamos de oficio la incompetencia de jurisdicción por razón de la función y, en consecuencia, declaramos la nulidad de la sentencia de instancia de fecha 05 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 6 de las Palmas de Gran Canaria en los autos de juicio nº 308/2012, seguidos por D.<sup>a</sup> Leticia , Lourdes , María y Luz frente a CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y ASUNTOS SOCIALES DEL GOBIERNO DE CANARIAS, BINTER CANARIAS S.A., BINTER SISTEMAS S.L.U., BINTER VENDE S.L.U., BINTERSWIFT S.L., BINTER FORMACION S.L., ATLANTICA HANDLING S.L.U., GESTION AERO. INTEGRAL CANARIA, NAVEGA. SERVI. AEREOS CAN. S.A., APOYO Y LOGI. INDUSTRIAL CAN., CAN. AIRLINES CIA DE AVIACION, SERVI. AEROTEC. INSULARES S.L., MANTE. ING. AERO. ATLANT. SUR, INVERSIONES AEREAS CANARIAS S.L., NAYSA, MAL BR4OCK S.L., OFICOFIS S.L., OPERACIONES TURISTICAS CANARIAS VIAJA S.A., SERVICIOS AEROPORTUARIOS INSULARES S.L., COMITE EMPRESA BINTER CANARIAS S.A y MINISTERIO FISCAL y los acumulados: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 1, AUTOS 557/12, DTE: Isidoro ; SOCIAL Nº 3, AUTOS 561/12, DTE: Íñigo ; SOCIAL; Nº 5, AUTOS 552/12, DTE: STAVLA; SOCIAL Nº 6, AUTOS 557/12, DTE: Julián SOCIAL; SOCIAL Nº 7, AUTOS 540/12 DTE. SEPLA; SOCIAL Nº 7, 554/12, DTES: Piedad Raquel Marta Y Justa ; SOCIAL Nº 7,

571/12 DTE: Hernan ; SOCIAL N° 9, 565/12, DTE: Natividad ; SOCIAL N° 10, 553/12, DTE: Jon SOCIAL Y SOCIAL N° 10, 560/12, DTE: Ignacio ) por una parte y Binter Canarias, SA contra CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y ASUNTOS SOCIALES DEL GOBIERNO DE CANARIAS, siendo partes interesadas: Regina , Antonieta , María Luisa , María Rosa , María Esther , María Rosario , Berta , Adelina , Aida , Almudena , Amelia , Ángela , Angelina , Crescencia , Ariadna , Aurora , Beatriz , Belinda , Elsa , Candida , Carolina , Cecilia , Edurne , Emma , Enriqueta , Esperanza , Faustino , Feliciano , Eugenia , Natividad , Gustavo , Hilario , Hugo , Ildefonso , Isaac , Fidel , Ismael , Jacinto , Jenaro , Joaquín , Julio , Leandro , Lorenzo , Felipe , Luis , Marcial , Nieves Y Ofelia , en los autos del Juzgado de lo Social nº 7, autos 530/12, acumulados al nº 308/12 por otra parte, en materia de Impugnación de actos administrativos en materia laboral y Seguridad Social, excluidas las prestaciones; y con nulidad, además de todas las actuaciones procesales posteriores a la presentación de las respectivas demandas, advertimos a las partes demandantes que podrán hacer valer su derecho ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias."

TERCERO.- Por los letrados D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Mar Roperio Campos, D. Juan M. Ruiz Santana, D. José L. Mederos Morales y D. José Carlos Pinilla Domínguez en la representación que respectivamente ostentaban se presentó en dicho procedimiento escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones por entender que la competencia para conocer de la demanda correspondía a los Juzgados de lo Social de Las Palmas y no a la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, alegando además que por la Sala se había apreciado de oficio la excepción de incompetencia de Jurisdicción sin cumplir el trámite de audiencia previa a las partes y al Ministerio Fiscal previsto en el art. 5.3 de la LRJS .

Admitido a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, se dio traslado a las demás partes personadas con el resultado que obra en autos, desestimándose el incidente mediante auto dictado en fecha 22/09/2016 por haberse preparado contra la referida sentencia recurso de casación para unificación de doctrina, encontrándose las actuaciones en el expresado trámite.

CUARTO.- Formalizados que fueron los recursos de casación para unificación de doctrina, se elevaron las actuaciones a la Sala IV del Tribunal Supremo, y tras abrirse trámite de inadmisión por falta de contenido casacional, se dictó por dicha Sala auto de fecha 11/01/2018 (rec. 639/2017) declarando al inadmisión de los recursos, declarándose así la firmeza de la sentencia recurrida.

QUINTO.- En fecha 02/03/2018 el letrado D. José L. Mederos Morales, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> Luz , D<sup>a</sup> Raquel , D<sup>a</sup> Marta y D<sup>a</sup> Justa , presentó nuevo escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones alegando, al igual que en el anterior incidente, que la competencia para conocer de la demanda correspondía a los Juzgados de lo Social de Las Palmas y no a la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, alegando además que por la Sala se había apreciado de oficio la excepción de incompetencia de Jurisdicción declarando la nulidad de la sentencia de instancia sin cumplir el trámite de audiencia previa a las partes y al Ministerio Fiscal.

Recibidas que fueron las actuaciones del Tribunal Supremo y admitido a trámite el nuevo incidente de nulidad de actuaciones, se dio traslado a las demás partes personadas con el resultado que obra en autos, dictándose en fecha 31/05/2018 auto desestimando el referido incidente.

En fecha 02/07/2018 el letrado D. José L. Mederos Morales, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> Luz , D<sup>a</sup> Raquel , D<sup>a</sup> Marta y D<sup>a</sup> Justa , presentó nuevo escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones alegando -en esencia- falta de motivación del auto de 31/05/2018 que desestimó el antes indicado incidente de nulidad de actuaciones, siendo el incidente rechazado de plano por esta Sala.

SEXTO.- Como consecuencia de lo indicado en el antecedente 4º se presentaron diversas demandas impugnándose la Resolución de la Dirección general de Trabajo de fecha 27 de diciembre de 2011. A todas ellas se hace referencia en el decreto dictado en el presente procedimiento en fecha 21/06/18, en el que se indicaba lo siguiente:

Con fecha 28.02.18, tuvo entrada en esta Sala la demanda sobre impugnación de resolución administrativa presentada por Binter Canarias, SA, contra la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias que fue turnada a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Tenerife y remitida a esta Sala el 23 de mayo en virtud del auto dictado el 5 de junio de 2018 y admitida a trámite por decreto de 7.06.18.

Con fecha 5.03.18 tuvo entrada en esta Sala la demanda sobre impugnación de resolución administrativa presentada por Hernan contra Binter Canarias SA; Navegación y Servicios Aéreos Canarias, SA; Binter Sistemas, SLU; Binter Vende, SLU; Gestión Aeronáutica Integral Canaria SL; Canarias Airlines Compañía de Aviación, SL; Servicios Aeronáuticos Insulares, SL; Binterswift, SL; Mantenimiento e Ingeniería Aeronáutica del Atlántico Sur, SL; Binter Formación SL; Apoyo y Logística Industrial Canarias, SL; Atlántica de Handling, SLU; Inversiones Aéreas Canarias SL y CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO EL GOBIERNO DE CANARIAS (e interesando la citación del Ministerio Fiscal) turnada a esta Sala el 14.03.18, que fue acumulada a esta demanda 32/18 y admitida a trámite por decreto de 7.06.18 accediendo en cuanto a lo solicitado a efectos probatorios por providencia 7.06.18 y de 13.06.18.

Con fecha 5.03.18 tuvo entrada en esta Sala la demanda sobre impugnación de resolución administrativa presentada por el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas, SEPLA; Ignacio ; Íñigo ; Isidoro , Natividad ; Jon e Julián contra la Consejería de Empleo, Industria y Comercio (interesando la citación del Ministerio Fiscal) que fue turnada a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Tenerife y remitida a esta Sala el 23.05.18 en virtud del auto dictado el 19.04.18, que fue acumulada a esta demanda 32/18 y admitida a trámite por decreto de 7.06.18 accediendo en cuanto a lo solicitado a efectos probatorios por providencia 7.06.18.

Con fecha 6.03.18 tuvo entrada en esta Sala la demanda sobre impugnación de resolución administrativa presentada por Piedad ; Raquel ; Marta y Justa , contra la Consejería de Empleo, Industria y Comercio y Binter SA, turnada a esta Sala el 22.03.18, que fue acumulada a esta demanda 32/18 y admitida a trámite por decreto de 7.06.18.

Con fecha 05.03.18, tuvo entrada en esta Sala la demanda sobre impugnación de resolución administrativa presentada por D<sup>a</sup> Leticia , Lourdes , Luz y María contra Binter Canarias, SA; Navegación y Servicios Aéreos Canarias, SA; Binter Sistemas, SLU; Binter Vende, SLU; Gestión Aeronáutica Integral Canaria SL; Canarias Airlines Compañía de Aviación, SL; Servicios Aeronáuticos Insulares, SL; Binterswift, SL; Mantenimiento e Ingeniería Aeronáutica del Atlántico Sur, SL; Binter Formación SL; Apoyo y Logística Industrial Canarias, SL; Atlántica de Handling, SLU; Inversiones Aéreas Canarias SL y Operaciones Turísticas Canarias Viaja, SA y la CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO EL GOBIERNO DE CANARIAS que fue turnada a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Tenerife y remitida a esta Sala el 14.06.18 en virtud del auto dictado el 15.05.18 y que ha sido objeto de la última acumulación a esta demanda 32/18.

SÉPTIMO.- Convocadas las partes y al Ministerio Fiscal para el acto del juicio, se celebró el mismo el día 10/07/2018. Sin embargo, al día siguiente se comprobó que por un problema técnico dicho acto no se había registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido, por lo que mediante auto de 12/07/2018 se decretó la nulidad del acto del juicio celebrado el día 10 de julio de 2018, convocándose nuevamente a juicio a las partes y al Ministerio Fiscal para el día 24/07/2018.

Comparecidas nuevamente las partes el referido día, con carácter previo la empresa BINTER CANARIAS, S.A. desistió de su demanda, teniéndole la Sala por desistida y prosiguiendo las actuaciones a fin de ventilar las demandas interpuestas por los trabajadores.

En el acto del juicio los demandantes se ratificaron en sus respectivas demandas haciendo las aclaraciones que estimaron oportunas, oponiéndose a lo solicitado en dichas demandas tanto la empresa como la Administración demandada, y haciendo el Ministerio Fiscal las consideraciones que estimó oportunas respecto la vulneración de derechos fundamentales invocada en aquellas.

Recibido el juicio a prueba se practicó la propuesta por los litigantes con el resultado que obra en autos, concediéndose a las partes plazo para formular conclusiones por escrito, lo que verificaron en los términos que constan en las actuaciones, quedando el juicio visto para sentencia.

PRIMERO.- Los trabajadores demandantes vinieron prestando servicios para la empresa BINTER CANARIAS S.A. con centro de trabajo, antigüedad, categoría y salario diario bruto prorrateado siguientes:

- Piedad : Tenerife, 22.07.01, TCP, 64,18 euros.

- Raquel : Tenerife, 21.06.01, TCP, 66,06 euros.
- Marta : Tenerife, 21.06.01, TCP, 61,84 euros.
- Justa : Tenerife, 27.01.03, TCP, 56,22 euros.
- Leticia : Las Palmas, 17.03.99, TCP, 60,40 euros.
- Lourdes : Las Palmas, 09.03.99, TCP, 63,14 euros.
- María : Las Palmas, 19.02.97, TCP, 62,51 euros.
- Luz : Las Palmas, 18.03.01, TCP, 64,21 euros.
- Íñigo : Las Palmas, 16.12.97, comandante, 381,37 euros.
- Natividad : Las Palmas, 24.08.92, comandante, 359,54 euros.
- Isidoro : Las Palmas, 02.12.02, piloto, 258,31 euros.
- Jon : Las Palmas, 03.01.89, comandante, 422,39 euros.
- Ignacio : Las Palmas, 01.05.94, comandante, 501,34 euros.
- Julián : Las Palmas, 16.12.88, piloto, 245,32 euros.
- Hernan : Las Palmas, 02.12.02, piloto, 250,88 euros.

Para el cálculo del salario regulador de este último se ha tenido en cuenta, además de la acumulación de la base imponible de IRPF correspondiente a los importes percibidos por el trabajador durante los 12 meses anteriores a su despido (que ascendía a 87.231,35 euros), el importe correspondiente a billetes correspondientes al año 2011 y al IPC de dicho año que la empresa BINTER CANARIAS S.A. reconoció adeudar a dicho trabajador en sendas conciliaciones, por un importe de 3.021,40 euros por billetes del 2011 y otros 1.316,85 euros por diferencias salariales correspondientes al año 2011 en concepto IPC no aplicado, lo que totaliza un importe de 91.569,60 euros anuales (250,88 euros en cómputo diario).

A tal efecto obran en autos particulares (demandas y actas de conciliación) de los autos nº 365/2012 seguidos ante el Juzgado de lo Social número 4 de Las Palmas de Gran Canaria y de los autos 493/2012 seguidos ante el Juzgado de lo Social número 2 de Las Palmas de Gran Canaria.

SEGUNDO.- Con fecha 11.10.11 la empresa Binter Canarias, S.A. (BINTER) se dirige a la Dirección General de Trabajo del Gobierno de Canarias (DGT) instando la instrucción de expediente de regulación de empleo conforme las previsiones del art. 51 ET , en solicitud de que se autorizase la extinción y suspensión de 65 contratos de trabajo por la concurrencia de causas económicas, adjuntando a su solicitud la documentación que consideró oportuna (F. 1 a 4 expediente). A tal efecto adjuntó (F. 60 y sgtes expediente.):

Recortes de artículos de prensa

Pasajeros transportados según AENA

Comparativa de retribuciones BINTER y NAYSA

Ratio de utilización de tripulantes técnicos

Ratio de utilización de tripulantes de cabina de pasajeros

Previsión de resultados 2011 del sistema BINTER

Resultados acumulados hasta Julio Sistema BINTER

Comunicaciones con el SEPLA y actas de reuniones 2010/2011.

Se acompañó lista nominativa de trabajadores afectados y no afectados por el expediente (posteriormente subsanada en lo relativo a los representantes de los trabajadores) y el plan de acompañamiento social en los términos expresados en los f. 266 y 267 expediente.

Los afectados eran todos los pilotos y la mayoría de la TCPs de la plantilla, salvo quienes ostentaban la condición de representantes de los trabajadores.

En esa misma fecha se comunicaba la apertura de período de consultas para la extinción de contratos de trabajo por causas económicas.

En la solicitud se indicaba, entre otros extremos, lo siguiente: "Binter Canarias, S.A. es la sociedad de mayor activo del conjunto de sociedades sometida a una unidad de decisión, en la cual se incluye la Sociedad y sus sociedades dependientes. Esta unidad de decisión, adicionalmente está formada por "Apoyo y Logística Industrial Canarias, S.L., Mantenimiento e Ingeniería Aeronáutica del Atlántico Sur, S.L., Gestión Aeronáutica Integral Canaria, S.L. y Navegaciones y Servicios Aéreos Canarias, S.A.. Binter Canarias, S.A. es la sociedad de mayor activo y por tanto la que incluye la información relativa a dichas sociedades en sus cuentas anuales, depositadas en el Registro Mercantil de Las Palmas" y luego a continuación dice "dicha unidad de decisión se produce al tener en común los mismos accionistas/socios, miembros del Consejo de Administración y estar bajo la misma dirección". De igual modo:"El Sistema de Empresas Binter es un conjunto de empresas especializadas en distintos procesos relacionados con el sector aéreo (operaciones de vuelo, handling, mantenimiento, carga, procesos de soporte administrativo, sistemas informáticos, ventas, etc.) que trabajan de manera coordinada para vender y producir el producto "BinterCanarias". Esta organización permite a corto y medio plazo, una mejor claridad de la estructura de costes y una mejora de la eficiencia de cada una de las unidades, y a largo plazo la posible diversificación en otros negocios complementarios al del transporte de pasajeros en Canarias. Todo ello emana de la compra en el año 2002, por parte de los actuales propietarios de Binter Canarias al grupo Iberia. En aquel momento Binter Canarias contaba con unos 400 empleados y 11 aeronaves ATR-72. Actualmente bajo la marca Binter Canarias trabajan más de 1100 personas en el conjunto de las distintas sociedades que componen el Sistema Binter y cuenta con una flota de 18 aviones. Son estos 1100 empleos los que ahora mismo se encuentran en peligro por la posible inviabilidad del negocio. El planteamiento de este ERE, pretende por tanto, ser una de las palancas que ayuden a alcanzar la reestructuración organizativa que se pretende para salvar el negocio, y en consecuencia salvar la mayoría de los puestos de trabajo del Sistema Binter, que ahora se ven amenazados por la crisis económica, el cambio de comportamiento del mercado y porque un reducido grupo de ellos se niega a aceptar que la realidad que nos rodea ha cambiado. Sus retribuciones y privilegios laborales, no sólo son insostenibles, sino que además podrían ser tachadas como mínimo de socialmente "poco solidarias". Más aún, teniendo en cuenta que dentro del Sistema de empresas Binter además de los 36 pilotos de Binter Canarias operador hay más de 100 pilotos (muchos de ellos pilotos procedentes de Binter Canarias operador, que cambiaron voluntariamente a los otros dos operadores), que realizan exactamente el mismo trabajo en condiciones retributivas y laborales competitivas, con un desempeño, motivación, identificación y compromiso con el Sistema Binter óptimos.". (folios número 15.954 al 16.029 en la nota 17 -folio número 15.988 vuelta 15.919 a 15.953, folio 13.294, F. 268 y sgtes.).

TERCERO.- Con fecha 14.10.11 la DGT dió traslado de la solicitud de iniciación del expediente de regulación de empleo instado al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) (F. 313) y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) (F. 329), requiriendo asimismo a la empresa la aportación de documentación complementaria por un plazo de 10 días (F. 315), de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Real Decreto 801/2011 de 10 de junio , por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, y en concreto:

Cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la

solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría.

En caso de que la empresa forme parte de un grupo de empresas con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el período señalado en el apartado 2, siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa solicitante a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante.

Plan de acompañamiento social.

Escrito especificando si la negociación se realiza a nivel global o diferenciada por centros de trabajo.

Justificación de la razonabilidad del número de extinciones en relación con la concurrencia de la causa económica y la finalidad de preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado.

Asimismo se puso en conocimiento de la empresa que, de no presentar dicha documentación en el plazo de diez días anteriormente señalado, se le tendría por desistida de su solicitud con archivo de las actuaciones, y que sólo una vez presentada la documentación comenzarían a computar los plazos del artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- La documentación solicitada se recibió en la DGT el 24.10.11 (F. 361 a 675, por reproducidos). En el escrito remitido por la apoderada de Binter a la DGT el 24.10.11 se señala lo siguiente:

"Estimado Sr Rodríguez:

En relación con el requerimiento recibido en estas dependencias vía fax el pasado 13 de octubre solicitando documentación adicional respecto a la solicitud de ERE presentada por Binter Canarias, le informo de lo siguiente:

1.- Se adjuntan cuentas anuales individuales auditadas e informe de gestión correspondientes a los dos últimos ejercicios 2009 y 2010. Asimismo se adjuntan las cuentas provisionales de pérdidas y ganancias firmadas por representantes de Binter Canarias

2.- Se adjuntan cuentas anuales auditadas e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo correspondientes a los dos últimos años 2009 y 2010.

3.- Se adjunta el Plan de acompañamiento social y propuesta recibida en respuesta a petición de Binter Canarias, de empresa externa autorizada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración como Empresa de Recolocación. Dicha propuesta se entregó el pasado viernes día 21 de octubre a los Comités de empresa para su consulta y valoración.

4.- Asimismo le informo que tras consultarlo a ambos Comités de Empresa de Tenerife y Gran Canaria, la negociación se realizará de manera conjunta.

5.- Se adjunta un informe justificativo de la razonabilidad del número de extinciones en relación con la concurrencia de la causa económica y la finalidad de preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado.

Por último, y en relación con su escrito recibido el pasado 19 de octubre referente a la solicitud de Antonieta de ser excluida en la lista de afectados, le informo que en su día y sólo por error involuntario

fue incluida en la lista de afectados. La empresa confirmó al Comité de empresa que subsanaría el error tal y como consta en el acta de reunión con el Comité de empresa de LPA de fecha 11 de octubre. En consecuencia, se adjunta el listado actualizado de afectados y no afectados por el expediente. Relación con la concurrencia de la causa económica y la finalidad de preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado."

Al plan de acompañamiento aportado adjuntado a la memoria inicial (folios 647 y 648 expediente) se unió un Plan Social de Recolocación de empleados elaborado por la Plataforma de Empleo (PEM).

Se aportaban igualmente las cuentas anuales, informes de gestión y de auditoría de 2009 y 2010 de Binter Canarias, SA y sociedades dependientes.

De igual modo se adjuntó listado actualizado de afectados y no afectados, si bien no se indicaba el período a lo largo del cual estaba previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo.

QUINTO.- Constan en el expediente los siguientes requerimientos efectuados a la empresa para aportar documentación, así como documental aportada por ésta, en las fechas que se indican a continuación:

El 2.11.11 la empresa presenta datos adicionales acreditativos de la disminución de ingresos (F. 699 a 702).

Con fecha 7.11.11 la empresa BINTER presenta balance y cuenta de pérdidas y ganancias provisional de julio de 2011 de las empresas Atlántica de HANDLING, S.L., Binter Canarias, S.A., Binter Sistemas, S.L., Mantenimiento e Ingeniería Aeronáutica del Atlántico Sur, S.L., Binter Vende, S.L., Gestión Aeronáutica integral Canaria, S.L. y Navegación y servicios Aéreos Insulares, S.A., comunicando que se había iniciado un proceso extraordinario de auditoría de estas empresas (F. 754 y sgtes.).

En escrito presentado en fecha 11.11.11 la empresa rectifica y aclara los trabajadores afectados y no afectados por el ERE manifestando que por un error sin trascendencia no especificaba en el listado de trabajadores no afectados quienes ostentan la condición de representantes de los trabajadores (F. 830 y sgtes.).

El 15.11.11 Binter informa a la DGT que han habilitado en las oficinas de Binter, Cañón del Ambar s/n, un dataroom con toda la información que han enviado a la Dirección General de Trabajo sobre el expediente de referencia, para que pueda ser consultada por los representantes de los trabajadores siempre que lo soliciten (f. 854 expediente).

El 15.11.11 la DGT solicita de la empresa BINTER la remisión de las cuentas de las empresas Binter Canarias, S.A. y Navegación y Servicios Aéreos Insulares, S.A. correspondientes al ejercicio 2008 así como la de la empresa Canary Airlines, correspondiente al ejercicio 2010 (F. 855), documentación que fue remitida en esa misma fecha (F. 858 y sgtes.).

El 16.11.11 la DGT pide a la empresa aportación de cuentas que conforman el Sistema Binter de los años 2009 y 2010, documentación que fue remitida a la DGT el 17.11.11, F. 1036, 1136 y sgtes).

El 17.11.11 la empresa presenta dos informes periciales de DELOITTE para acreditar la disminución continuada de ingresos por pasaje (F. 1042 y sgtes.).

La documentación se completó con la que obra al F. 1551 y sgtes. La empresa adjunta original y copias de la auditoría realizada por la firma Deloitte a las cuentas provisionales correspondientes al ejercicio de 2011 de las empresas que forman parte del Sistema Binter. Esta auditoría, solicitada por la empresa, para acreditar la disminución de ingresos durante el período de enero a julio de 2011 que se alega por parte de la empresa como justificante del Expediente de Regulación de Empleo presentado. Esta documentación al igual que las cuentas entregadas manifestaba Binter estar a disposición de los Representantes de los trabajadores en el "dataroom" para su estudio y revisión.

El 24 y 26.11.11 la DGT solicita más documentación (balance de sumas y saldos correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010) de las empresas que integran el Sistema Binter (folios 1864 a 1866 y 2061 a 2063), presentando Binter el 2.12.11 la que obra en los folios 2409 a 2715, conformándolo

Mantenimiento e Ingeniería Aeronáutica del Atlántico Sur, S.L., Navegación y Servicios Aéreos de Canarias, S.L., Gestión Aeronáutica Integral Canaria, S.L., Binter Vende, S.L. Atlántica de Handling, S.L, Binter Sistemas, S.L.

SEXTO.- Con fecha 31.10.11 la DGT se dirige a la Intervención General de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias en solicitud de informe sobre la valoración de la situación económica de la empresa BINTER y de su viabilidad para el caso de no aceptarse las medidas propuestas (F. 697).

SÉPTIMO.- El 3.11.11 la empresa presenta escrito manifestando haber facilitado información a los representantes de los trabajadores, haberla puesto a su disposición e informando sobre el nº de reuniones habidas para explicar la situación económica que atraviesa la empresa y la justificación de la presentación del ERE, acompañando la documentación que tuvo por conveniente (F. 707 a 751).

OCTAVO.- Consta asimismo en el expediente escrito presentado el día 11.11.11 por D. Pelayo , en su condición de Jefe de Negociado de Relaciones Laborales de la DGT, renunciando a su participación en el presente expediente a causa de su relación de parentesco con el abogado de la empresa BINTER (F. 841), renuncia que fue estimada por resolución de la Directora General de Trabajo del Gobierno de Canarias de fecha 19.11.11 (F. 842). D. Pelayo venía actuando como tramitador e instructor del expediente del 11.10 al 19.11.11 (f. 841, 2088, 3389 a 3.427 expediente y testifical Sr. Jose Daniel ).

Angelica , prima hermana del Gerente de la sociedad Binter Vende, S.L.U., nombrada posteriormente instructora del expediente, ejerció al poco de su designación su deber de abstención, apartándose de la tramitación del expediente. Fue nombrado como nuevo instructor Don Anselmo el 30.11.11 (folio 2088).

Con fecha 7.12.11 se comunica a la Intervención General, a los dos Comités de Empresa, a la ITSS y a la empresa BINTER la designación de nuevo instructor del expediente, una vez presentada y aceptada la renuncia de D<sup>a</sup> Angelica - el 24.11.11 (F. 1867) y aceptada por resolución de la misma fecha (F. 1868)- y D. Pelayo (F. 3285 a 3299).

NOVENO.- El 11.11.11, se comunica a las dos Presidentas del Comité de empresa, tanto de Tenerife como de Gran Canaria, así como a la propia empresa, el inicio del cómputo del período de consultas con fecha 7.11.11 (F. 843 y sgtes.).

Con fecha 12.12.11 la empresa presenta las actas correspondientes al período de consulta, el cual concluyó sin acuerdo alguno (F. 3387 y siguientes 3427).

En el escrito presentado en igual fecha expresa Binter que el período de consultas habría finalizado el día 7 de diciembre anterior, acompañando más documentación contable relativa a las empresas del denominado "Sistema Binter", y solicitando que "teniendo por presentado este escrito y sus copias, lo adjunte al expediente para su resolución" (páginas 3387 y 3388 del expediente).

Ulteriormente, el día 22 de diciembre de 2011, presentó un nuevo escrito realizando una serie de manifestaciones y concluyendo su parecer de que "se dan las condiciones necesarias para la aprobación de lo solicitado por la empresa de extinción de 65 contratos" y solicitando que "teniendo por presentado este escrito y sus copias, lo adjunte al expediente para su resolución" (páginas 3387 y siguientes del expediente).

Tanto los dos Comités de Empresa como los diferentes sindicatos con presencia en el mismo y trabajadores emitieron informe o presentaron alegaciones considerando, entre otros extremos, la no concurrencia de las causas económicas alegadas por la empresa como fundamento del ERE.

DÉCIMO.- Con fecha 18.10.11 el Sindicato español de líneas aéreas, SEPLA, al que estaban afiliados los pilotos demandantes, formula denuncia ante la DGT por presunta vulneración del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, en solicitud de que se requiriera a la empresa BINTER a fin de que cesara en su actuación vulneradora de derechos fundamentales, reconociéndolo como único y exclusivo interlocutor válido del colectivo de pilotos en todo aquello que les afectase (F. 342).

A lo largo del periodo de consultas y de la tramitación administrativa de la resolución en sus diferentes fases la Sección Sindical del SEPLA en la empresa BINTER CANARIAS, S.A., sostuvo su derecho a ser

el único y exclusivo interlocutor válido para alcanzar un acuerdo con el colectivo de pilotos, y denunció reiteradamente la vulneración del derecho de libertad sindical y a la negociación colectiva al ignorarse dicho derecho (actas del periodo de consultas, folios 3387 a 3427 del expediente administrativo, que figura incorporado al cd señalado como folio 9.253 de los autos).

UNDÉCIMO.- Constan en el expediente requerimientos de los representantes de los trabajadores a la empresa para que les facilite información omitida y les entregue determinada documentación (páginas 3390, y siguientes del expediente).

Asimismo consta en el expediente haberse denunciado que la empresa habría adoptado una conducta obstativa en perjuicio de los trabajadores mediante distintos escritos presentados ante la Dirección General de Trabajo (páginas 676 y 677, 752, 1850 a 1856, 1859, 1869 a 1871 del expediente).

Se reiteró nuevamente la carencia de información y documentación padecidas por los representantes de los trabajadores en relación a la pretendida regulación de empleo en los informes de oposición presentados el día 7 de diciembre de 2011 por los Comités de Empresa en Santa Cruz de Tenerife y en Las Palmas de Gran Canaria (páginas 2726, 2727 y 2741 del expediente).

De igual modo consta al F. 1102 y sgtes. el escrito de alegaciones presentado por CCOO en el que concluye con su oposición a la aprobación del ERE por entender que no concurren las causas que en el mismo se hacen constar (F. 1549); al F. 1850 escrito del SEPLA solicitando la entrega de documentación adicional; el 24.11.11 el Sindicato STAVLA y Comité de Empresa presentan escrito ante la DGT en el que ponen de manifiesto, a la vista de las causas invocadas por la empresa como fundamento del ERE, que debe tenerse en cuenta para una correcta valoración del ERE y de sus causas, no sólo los resultados y circunstancias de la empresa BINTER CANARIAS, S.A. sino de todo el grupo y de las empresas que interviene en el proceso productivo, debiendo valorarse la situación económica y resultados del negocio, señalando las entidades que forman el grupo de empresas, entre otras, Canair.; al F. 2073 y sgtes. el escrito de alegaciones de CCOO al ERE; al F. 2084, alegaciones de D. Hernan ; al F. 2093 y sgtes., escrito del SEPLA presentado el 1.12.11 insistiendo en la procedencia de ordenar la retroacción de actuaciones para reconocerlo como interlocutor legítimo en el ERE así como en la necesidad de que la empresa aporte la documentación que refiere; y al F. 2111 2408, escrito del SEPLA presentando informe de oposición provisional a la autorización del ERE; con fecha 7.12.11 el Comité de Empresa de Tenerife presenta alegaciones al ERE solicitando la desestimación de la solicitud de extinción de puestos de trabajo (F. 2725 y sgtes.), y con esa misma fecha se presentan las alegaciones del Comité de Empresa de Las Palmas con idéntica solicitud (F. 2739 y sgtes.); ese mismo día 7.12.11 se presentan las alegaciones del SEPLA interesando la desestimación del ERE por inexistencia de motivos para proceder al despido de 65 trabajadores (F. 2753 a 3268) las que se complementaron en virtud de escrito de fecha 9.12.11 (F. 3.300 a 3371) y las alegaciones del STAVLA igualmente solicitando la desestimación (F. 3269 a 3277); de las alegaciones del SEPLA se dio traslado el 12.12.11 a los dos Comités de Empresa (F. 3372 y 3376) y a la empresa (F. 3380) quien realizó alegaciones el día 15.12.12 (F. 3434), presentándolas el Comité de Empresa y el sindicato SITCPLA el 16.12.11 (F. 3439) y el Sindicato CCOO el 14.12.11 (F. 3431), y, por último, el 21.12.12, el Comité de Empresa de Tenerife (F. 3469).

DUODÉCIMO.- Con fecha 22.12.11 la empresa presentó escrito en el que alega que aunque el año 2010 no es el objeto de las causas alegadas para tramitar el ERE extintivo que afecta a 65 trabajadores, manifiesta que durante ese año también se apreció una caída significativa de los ingresos (F. 3470).

DECIMOTERCERO.- Con fecha 22.12.11 se recibió informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, cuyo contenido se da aquí por reproducido.

DECIMOCUARTO.- Por resolución de la DGT de fecha 27.12.11 se acordó estimar parcialmente la solicitud de la Empresa "Binter Canarias,S.A." en el expediente de referencia, autorizándola a extinguir los contratos de trabajo correspondientes a la tripulación de un avión, consistente en siete pilotos y once tripulantes de cabina (F. 3642 a 3652). En dicha Resolución se acordó literalmente lo siguiente:

"Vistos los textos legales citados y demás de general aplicación, ESTA DIRECCION GENERAL DE TRABAJO, ACUERDA:

1.- Estimar parcialmente la solicitud de la Empresa "Binter Canarias,S.A." en el expediente de referencia, autorizándola a extinguir los contratos de trabajo correspondientes a la tripulación de un avión, consistente en siete pilotos y once tripulantes de cabina.

2.- Conforme a lo dispuesto en la disposición adicional única del Real Decreto 43/1996 de 29 de enero, la situación legal de desempleo de los trabajadores se acredita mediante la presente resolución que confirma a aquellos el derecho a solicitar del INEM el reconocimiento de las prestaciones por desempleo que le corresponda. Además la empresa y los trabajadores deberán presentar ante el INEM los certificados de empresa y los documentos de cotización relativos a los trabajadores afectados.

3.- La empresa comunicará a esta Dirección General y al INEM el listado de los trabajadores afectados y las fechas de puesta en práctica de la presente autorización. Asimismo la empresa deberá presentar ante este último organismo los documentos de cotización a la seguridad social relativos a los mismos.

4.- Se dará cumplimiento por parte de la Empresa a lo establecido en el artículo 51.15 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores respecto al personal mayor de 55 años incluido en la relación aportada."

DECIMOQUINTO.- Con fecha 2.1.12 tuvo formalmente entrada a registro el informe de la Intervención General de la CCAA, cuyo contenido obra en autos (F. 3672 a 3700).

DECIMOSEXTO.- Con fecha 20.1.12 la empresa presentó escrito a la DGT con la relación de trabajadores a los que se había procedido a extinguir su contrato de trabajo el día anterior, indicándose en el escrito lo siguiente:

"Que en referencia al escrito remitido por esa Dirección General de Trabajo de fecha 27 de diciembre por el que se aprueba parcialmente el Expediente de Regulación de Empleo y se permite la extinción de contratos del equivalente a la tripulación de un avión concretada por esa D.G.T., en 7 pilotos y 11 tripulantes de cabina de pasajeros, les comunicamos que con fecha 19 de enero de 2012 hemos extinguido los contratos de las siguientes personas:

Dña. Justa Tripulante de Cabina de Pasajeros

Dña. Piedad Tripulante de Cabina de Pasajeros

Dña. Marta Tripulante de Cabina de Pasajeros

Dña. Luz Tripulante de Cabina de

Dña. Raquel Tripulante de Cabina de

Dña. Purificacion Tripulante de Cabina de

Dña. Leticia Tripulante de Cabina de

Dña. Lourdes Tripulante de Cabina de

Dña. María Tripulante de Cabina de Pasajeros

Dña. Ramona Tripulante de Cabina de Pasajeros

Dña. Ofelia Tripulante de Cabina de Pasajeros

D. Julián Copiloto (pendiente fecha efectiva despido ya que se envió por burofax)

D. Isidoro Copiloto

D. Hernan Copiloto (pendiente fecha efectiva despido ya

que se envió por burofax)

D. Íñigo Comandante

D. Ignacio Comandante

D. Jon Comandante

Dña. Natividad Comandante

Esta información está siendo comunicada a las Presidentas de los Comités de Empresa.

En su virtud,

SUPLICA que, teniendo por presentado este escrito y sus copias, lo adjunte al expediente

para su resolución"

DECIMOSÉPTIMO.- Dos días antes, tres de los pilotos de la plantilla que figuraban en la inicial lista de afectados causaron baja voluntaria en la empresa BINTER CANARIAS S.A., siendo inmediatamente contratados por la empresa CANARIAS AIRLINES COMPAÑÍA de AVIACIÓN, SL.

DECIMOCTAVO.- Contra la resolución de la DGT de fecha 27.12.11 interpusieron recurso de alzada el Comité de empresa y el sindicato SITCPLA el 26.1.12 (F. 3776 a 3785), CCOO el 14.1.12 (F. 3786 a 3794); el 24.1.12, la empresa (F. 3795 a 3820); el 27.1.12, Comité de Empresa de Tenerife, solicitando a su vez la suspensión del acuerdo impugnado (F. 3821 a 3828), D<sup>a</sup> Natividad , quien también solicita la suspensión (F.3829 a 3883), D. Isidoro (F. 3884 a 3936), D. Jon (F. 4419 a 4473), D. Hernan (F. 4477 a 4531), D. Ignacio (F. 4596 a 4650), el Sindicato STAVLA (F. a 4651 a 4671), D. Julián (F. 4553 a 4595),el Comité de Empresa de Gran Canaria (F: 4532 a 4552) y D. Íñigo (F. 4672 a 4727), habiéndolo hecho el 26.1.12, el SEPLA (F. 3944 a F. 3999 y sgtes.), recurso que se complementó con escrito de fecha 10.2.12 (F. 4787 a 4801).

Con fecha 13.2.12 interpusieron recurso de alzada D<sup>a</sup> Piedad , D<sup>a</sup> Raquel , D<sup>a</sup> Marta y D<sup>a</sup> Justa (F. 4745 a 4771).

Con fecha 14.2.12 lo hicieron D<sup>a</sup> Leticia , D<sup>a</sup> Purificacion , D<sup>a</sup> Lourdes , D<sup>a</sup> Luz , D<sup>a</sup> Ramona y D<sup>a</sup> María (F. 4802 a 4832).

DECIMONOVENO.- Previa emisión del correspondiente informe, por Orden de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio de fecha 30.4.12, se dispuso desestimar los recursos de alzada interpuestos, confirmando en su totalidad la resolución recurrida (F. 4912 a 4919).

VIGÉSIMO.- La empresa "BINTER CANARIAS, SA" comunicó el día 4 de abril de 2012 a sus comités de empresa de Tenerife y Las Palmas la iniciación de un nuevo expediente de regulación de empleo con el fin de extinguir los contratos de trabajo de treinta y cinco trabajadores (dieciocho pilotos y diecisiete tripulantes de cabina de pasajeros -TCP-), alegando causas económicas al haberse producido una reducción constante y progresiva de sus ingresos por transporte de pasajeros entre los años 2008 y 2011. El periodo de consultas finalizó con acuerdo suscrito por la mayoría de ambos comités de empresa.

Trece de dichos dieciocho pilotos tenían menor antigüedad en la empresa que el más antiguo de los siete que fueron cesados el 19/01/2012 en virtud de la autorización administrativa aquí impugnada, habiendo aquellos seguido prestando servicios hasta que vieron finalmente extinguido su contrato de trabajo en el 2º ERE. Igualmente, tres de aquellas diecisiete tripulantes de cabina tenían menor antigüedad en la empresa que la más antigua de las once que fueron cesadas el 19/01/2012, habiendo también seguido prestando servicios hasta que se extinguió su contrato de trabajo con ocasión del 2º ERE.

El SINDICATO ESPAÑOL de PILOTOS de LÍNEAS AÉREAS (SEPLA) y el SINDICATO de TRIPULANTES AUXILIARES de VUELO de LÍNEAS AÉREAS (STAVLA), con representación en el comité y que votaron en contra, presentaron sendas demandas solicitando que se declarase la nulidad del

acuerdo alcanzado sobre el despido colectivo por vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación, por no haberse desarrollado debidamente el periodo de consultas previsto legalmente, por no haberse facilitado a los representantes de los trabajadoras la documentación acreditativa de las causas que justifican el cese colectivo y por haberse obtenido dicho acuerdo con dolo y abuso de derecho y ,para el caso de que no fuera estimada dicha petición principal, solicitaban que se declare no ajustada a derecho la decisión extintiva al no haber quedado acreditadas las causas económicas alegadas como fundamento del mismo.

En virtud de sentencia de fecha 16.09.13, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), en procedimiento nº 9/2012 se desestima la demanda de impugnación de despido colectivo formulada por el SEPLA y STAVLA, contra las empresas "BINTER CANARIAS, SA", "NAVEGACIÓN y SERVICIOS AÉREOS CANARIOS, SA" (NAYSA), "CANARIAS AIRLINES COMPAÑÍA de AVIACIÓN, SL" (CANARAIR), "APOYO y LOGÍSTICA INDUSTRIAL CANARIAS, SL", "MANTENIMIENTO e INGENIERÍA AERONÁUTICA del ATLÁNTICO SUR, SL", "GESTIÓN AERONÁUTICA INTEGRAL CANARIA,SL", "ATLÁNTICA de HANDLING, SLU", "BINTER SISTEMAS. SLU", "BINTER VENDE, SLU", "BINTER FORMACIÓN, SL", "BINTERSWIFT,SL", "INVERSIONES AÉREAS CANARIAS, SL" Y "SERVICIOS AEROTÉCNICOS INSULARES, SL" y contra Comité de Empresa.

Dicha sentencia contenía el siguiente relato de hechos probados:

<<PRIMERO.- La empresa "BINTER CANARIAS, SA", que actúa como compañía aérea que cubre los vuelos regulares entre las Islas Canarias, tiene como objeto social y actividad:

a) el transporte aéreo de personas, la explotación y transporte de correo y mercancías, así como el fomento de todos los negocios e instalaciones relacionadas con el transporte aéreo y la realización de los actos, contratos u operaciones que directa o indirectamente se deriven de aquél y tiendan a lograr mayor perfección y eficacia del servicio; y

b) la compraventa y arrendamiento de aviones y material aeronáutico y de maquinaria e instalaciones o servicios relacionados con la industria del transporte aéreo y los aeropuertos.

SEGUNDO.- La plantilla actual de "BINTER CANARIAS, SA" es de noventa y seis trabajadores, distribuidos entre los centros de trabajo abiertos en las provincias de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas. Cada uno de dichos centros cuenta con un comité de empresa propio cuya composición en conjunto es la siguiente: UGT cinco miembros, SEPLA dos y CC.OO, SITCPCA y STAVLA un miembro cada uno.

TERCERO.- La propiedad de las acciones de "BINTER CANARIAS, SA" corresponde a un grupo de accionistas formado por las sociedades "ILSAMAR TENERIFE, SL" (49,81%), "FERMA CANARIAS ELÉCTRICA, SL" (10,44%), "AGENCIA MARÍTIMA AFROAMERICANA, SL" (10,11%), "FLAPA, SL" (10,00%), "COFITAL QUINCE, SL" (9,39%), "DOCTOR CHIL INDUSTRIAL, SL" (5,56%), "ELMASA PATRIMONIAL, SA" (3,50%), "PROPIEDADES MEJORADAS, SL (1,00%) y por D. Roberto (0,19%).

CUARTO.- "BINTER CANARIAS, SA" es la sociedad dominante de un grupo de entidades compuesto por:

"ATLÁNTICA de HANDLING, SLU" (participada en un 100%), cuya actividad social es la prestación de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos;

"BINTER VENDE, SLU" (participada en un 100%), cuya actividad es la de servicios de oficinas de venta de billetes de transporte aéreo de pasajeros; y

"BINTER FORMACIÓN, SLU" (participada en un 100%), su objeto social es la gestión, desarrollo, promoción y ejecución de planes formativos, así como la promoción, fomento y difusión de estudios e investigaciones y colaboraciones con otras entidades públicas o privadas mediante la promoción, desarrollo y gestión de acciones formativas.

QUINTO.- El mismo grupo accionarial antes referido es propietario de las sociedades "APOYO y LOGÍSTICA INDUSTRIAL CANARIA, SL", cuya actividad es el arrendamiento de aeronaves, vehículos y locales, que domina a las sociedades "SERVICIOS AEROTÉCNICOS INSULARES, SL" (participada en un 99%), dedicada a actividades de mantenimiento aeronáutico y "BINTERSWIFT, SL" (participada en un 51%), cuya actividad básica es la intermediación en la venta de transporte aéreo de mercancías.

También es propietario de la sociedad "INVERSIONES AÉREAS CANARIAS, SL", sociedad holding, que posee el 100% de las acciones de la sociedad "CANARIAS AIRLINES, COMPAÑÍA de AVIACIÓN, SLU" (CANAIR), dedicada al transporte aéreo de personas y mercancías.

Y de las sociedades:

"NAVEGACIÓN y SERVICIOS AÉREOS CANARIOS,SL" (NAYSA), dedicada al transporte aéreo de personas y mercancías;

"GESTIÓN AERONÁUTICA INTEGRAL CANARIA, SL", cuya actividad son los servicios administrativos, contables, financieros, de publicidad y de administración de nóminas y contratos;

"MANTENIMIENTO e INGENIERÍA AERONÁUTICA del ATLÁNTICO SUR, SL", dedicada a la actividad de la reparación y mantenimiento de aeronaves; y

"BINTER SISTEMAS, SL" cuyo objeto social y actividad es la prestación de servicios de asesoría, consultoría, asistencia técnica y auditoría informática.

SEXTO.- Las empresas referidas realizan operaciones entre sí (y también con terceros) como partes independientes, en condiciones de libre competencia y a valores de mercado, que quedan enmarcadas dentro de los contratos financieros, de prestación de servicios y entrega de bienes suscritos entre ellas dentro de la actividad corriente de cada compañía y que se reflejan en las correspondientes memorias y cuentas anuales.

SÉPTIMO.- En el caso de los tres grupos de empresas vinculadas cada una de ellas mantiene una posición acreedora o deudora independiente por cada contrato con respecto a las demás, reflejándose ello en sus cuentas anuales auditadas.

OCTAVO.- Las sociedades "OPERACIONES TURÍSTICAS CANARIAS VIAJA, SA" (que ejerce actividades propias de agencia de viaje), "SERVICIOS AEROPORTUARIOS INSULARES, SLU" (que presta servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, promoción y comercialización de servicios de transporte aéreo), "OFICOFIS, SLU" (cuyo objeto social es la participación en otras sociedades o cuentas de participación de idéntico o análogo objeto) y "MAL BROCK, SLU" (dedicada a la creación, promoción, explotación, desarrollo y financiación de empresas comerciales e industriales, adquisición, tenencia, disfrute, administración, enajenación, gravamen de toda clase de valores mobiliarios y explotación de patentes), no consta que tengan ninguna vinculación con la empresa "BINTER CANARIAS, SA" ni con las empresas dominadas por ésta ni con el grupo accionarial reflejado en el ordinal segundo.

NOVENO.- A partir del año 2007 la compañía "BINTER CANARIAS, SA" adopta la política empresarial de explotar parte de sus vuelos mediante la contratación de sus servicios a través de la fórmula del "Wet Lease" (conforme a la cual se arrienda avión y tripulación a otra compañía aérea que opera con el certificado de operador aéreo del arrendador), primeramente con la compañía "NAVEGACIÓN y SERVICIOS AÉREOS CANARIOS, SA" (NAYSA), y a partir del mes de septiembre de 2011 con la compañía "CANARIAS AIRLINES, COMPAÑÍA de AVIACIÓN, SLU" (CANAIR), con lo cual ha ido disminuyendo progresivamente su flota, la cual ha pasado de trece aviones ATR-72 en junio de 2007 a uno en abril de 2012.

DÉCIMO.- La evolución de los ingresos que por transporte de pasajeros ha generado "BINTER CANARIAS, SA" ha sido la siguiente: en el año 2008 175.464.329 Eur., en el año 2009 163.684.249 Eur., en el año 2010 149.714.717 Eur. y en el año 2011 136.034.119 Eur..

UNDÉCIMO.- El día 4 de abril de 2012 la empresa "BINTER CANARIAS, SA" comunicó a los comités de empresa de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas la iniciación de un expediente de regulación de empleo con el fin de extinguir los contratos de trabajo de treinta y cinco trabajadores, de los cuales dieciocho pertenecían al colectivo de Tripulantes Técnicos Pilotos y diecisiete al de Tripulantes de Cabina de Pasajeros (TCP), alegando causas económicas, concretamente la disminución persistente del nivel de ingresos.

DUODÉCIMO.- El día 9 de abril de 2012 se comunicó a la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo e Industria del Gobierno de Canarias la iniciación del periodo de consultas con los representantes unitarios de los trabajadores (los comités de empresa) previsto legalmente.

DECIMOTERCERO.- Durante la tramitación del periodo de consultas la empresa puso a disposición de la representación legal de los trabajadores las cuentas anuales, los informes de gestión y el informe de auditoría independiente correspondiente a los ejercicios 2008, 2009 y 2010 de las sociedades "BINTER CANARIAS, SA" y sus sociedades dependientes ("BINTER VENDE, SLU", "BINTER FORMACIÓN, SLU" y "ATLÁNTICA de HANDLING, SLU"), así como de las sociedades "CANARIAS AIRLINES COMPAÑÍA de AVIACIÓN, SLU" (CANAIR), "NAVEGACIÓN y SERVICIOS AÉREOS CANARIOS, SA" (NAYSA), "MANTENIMIENTO e INGENIERÍA AERONÁUTICA del ATLÁNTICO, SL", "GESTIÓN AERONÁUTICA INTEGRAL CANARIA, SL", "BINTER SISTEMAS, SL" y "BINTER SWIFT, SL".

Del año 2011 se aportaron únicamente las cuentas auditadas de las referidas sociedades, pero no el informe de auditoría, que aun no había sido emitido por la empresa auditora. Este último documento fue entregado con posterioridad a la Presidenta del Comité de Empresa, en concreto el día 15 de junio de 2012.

De manera adicional, debido a su gran volumen y complejidad, toda la documentación referida y otra adicional fue puesta a disposición de los representantes de los trabajadores en soporte informático en un data room dispuesto al efecto en la sede de la compañía.

DÉCIMOCUARTO.- A lo largo del periodo de consultas la Sección Sindical del Sindicato Español de Líneas Aéreas (SEPLA) en la empresa "BINTER CANARIAS, SA", que tiene dos representantes en los Comités de Empresa de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife, sostuvo su derecho a negociar un "acuerdo de franja" por separado del resto de trabajadores de la empresa y denunció la vulneración del derecho de libertad sindical y a la negociación colectiva, por entender que el SEPLA era el único y exclusivo interlocutor válido del colectivo de Pilotos en todo aquello que les afectara en el expediente.

DECIMOQUINTO.- Al inicio del periodo de consultas, supeditado a la consecución de un acuerdo, la empresa ofreció a los trabajadores afectados por el despido colectivo las siguientes medidas:

a aquellos cuyo salario bruto anual fuera superior a 40.000 Eur., una indemnización de veinticinco días de salario por año de servicios con un tope de doce mensualidades;

a los trabajadores cuyo salario bruto anual fuera igual o inferior a 40.000 Eur. una indemnización de cuarenta días de salario por año trabajado sin límite máximo de mensualidades; y

a ambos colectivos, el derecho de recolocación preferente en caso de vacante en las otras empresas aéreas del sistema ("NAYSA" y "CANAIR"), sin respetar las condiciones de las que venían disfrutando con anterioridad en "BINTER CANARIAS, SA", y la renovación los certificados o licencias de vuelo.

DECIMOSEXTO.- El periodo de consultas finalizó el día 9 de mayo de 2012 con acuerdo suscrito por la mayoría de ambos comités de empresa (votaron a favor UGT -5-, CC.OO - 1- y SITCPCA -1- y en contra SEPLA -2- y STAVLA -1-). Dicho acuerdo consistió, en esencia, en que los trabajadores afectados cuyo salario bruto anual fuera superior a 40.000 Eur., percibirían la indemnización legal establecida en veinte días por año trabajado con un tope de doce mensualidades y los trabajadores cuyo salario bruto anual fuera igual o inferior a 40.000 Eur. recibirían una indemnización de cuarenta días por año trabajado sin límite máximo de mensualidades.

DECIMOSÉPTIMO.- El día 9 de mayo de 2012 se comunicó a la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias el acuerdo alcanzado, emitiéndose con fecha 30 de mayo de 2012 informe por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que en esencia se concluía:

que se habían producido omisiones en la entrega de la documentación por parte de la empresa, al no haberse aportado el informe de auditoría correspondiente al año 2011;

que la representación unitaria de los trabajadores no había actuado en defensa de los intereses del conjunto de trabajadores afectados, pues se había desentendido de los pilotos y había permitido que éstos quedaran sometidos a un acuerdo sin contraprestación alguna para ello;

y se recomendaba que se iniciaran acciones por la autoridad laboral para impugnar el acuerdo por abuso de derechos y discriminación.

DECIMOCTAVO.- Los trabajadores de la empresa "BINTER CANARIAS, SA" se rigen actualmente por los siguientes convenios colectivos:

el IV Convenio Colectivo entre BINTER CANARIAS, SA y su personal de tierra;

el III Convenio Colectivo entre BINTER CANARIAS, SA y su personal tripulante de cabina de pasajeros;

el III Convenio Colectivo entre BINTER CANARIAS, SA y sus tripulantes pilotos.

DECIMONOVENO.- Anteriormente, concretamente el 11 de octubre de 2011, "BINTER CANARIAS, SA" ya había promovido un Expediente de Regulación de Empleo en el que se solicitaba autorización para extinguir la relación laboral de sesenta y cinco trabajadores de su plantilla por razones económicas, terminando con autorización parcial por parte de la Autoridad Laboral.>>

Dicha sentencia fue confirmada en todos sus pronunciamientos por la de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de fecha 29/12/2014, rec. nº 83/2014 .

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

PRIMERO.- Dando primeramente cumplimiento a lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS hemos de decir que los hechos que hemos declarado como probados resultan así de una valoración conjunta de la prueba practicada, remitiéndonos a las indicaciones que en ellos se hace al testigo o nº de folio correspondiente de las actuaciones seguidas en el procedimiento nº 308/2012 del Juzgado de lo social nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria y del expediente administrativo, todo ello con las matizaciones siguientes:

Primera.- El contenido del hecho probado 1º resulta no controvertido, con excepción del salario regulador de D. Hernan , extremo al que después nos referiremos.

Segunda.- Los hechos probados 2º a 16º, así como el 18º y 19º, se desprenden de la pacífica documental incorporada a las actuaciones. El 17º tampoco es en realidad objeto de controversia, constando documentalente.

Tercera.- El hecho probado 20º resulta de las sentencias mencionadas en el mismo, en las que se resolvía sobre la impugnación de un posterior despido colectivo llevado a cabo poco más de dos meses después de la finalización del ERE que aquí nos ocupa. La sentencia dictada por la Sala de lo Social de Santa Cuz de Tenerife de 16/09/2013 en el procedimiento 9/2012 fue confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 29/12/2014, rec. 83/2014 . Y habiéndose valorado ya en dichas sentencias las circunstancias referidas a la existencia de análogas causas económicas -evolución de los ingresos por transporte de pasajeros- y a si tendría que haberse tramitado un ERE del GRUPO BINTER de entenderse que existiera grupo empresarial a efectos laborales, nada más al respecto debe añadirse por nuestra parte en el relato de hechos probados de la presente sentencia, habiendo de estarse al de la referida sentencia de la Sala de lo Social de Santa Cuz de Tenerife.

Cuarta.- Tal y como arriba se decía, discrepan sobre el salario regulador de D. Hernan la empresa y el trabajador, en concreto respecto de si debe computarse para calcularse aquel las sumas satisfechas por la empresa con ocasión de conciliación en vía judicial de 3.021,40 euros en concepto de billetes de avión del año 2011 y otros 1.316,85 euros por diferencias salariales también correspondientes al año 2011 en concepto IPC no aplicado. Por lo que seguidamente argumentaremos, dicha controversia ha de resolverse en sentido favorable al trabajador.

1) En lo referido al uso de billetes gratuitos D. Hernan sostiene que debe ser incluido el importe de 3.021,40 € por billetes del año 2011 al constituir salario en especie, mientras que la empresa demandada sostiene que se trata de un concepto no salarial y por tanto no se debe incluir para el calculo de la indemnización por despido.

Sobre el salario en especie el Tribunal Supremo en sentencia de 3-5-2017, nº 386/2017, rec. 385/2015 , vino a señalar lo siguiente:

<<Reiteramos tal doctrina, añadiendo que el art. 26.1 ET contiene una regla general al prescribir que "se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo". Y de este precepto se deduce:

a).- Que el mandato contiene una presunción iuris tantum de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario, y que puede ser desvirtuada, o bien mediante la prueba de que la cantidad abonada obedece a alguna de las razones que enumera el art. 26.2; o bien acreditando que su abono está establecido con tal carácter indemnizatorio en una norma paccionada ( SSTS 12/02/85 Ar. 536 ; y 24/01/03 -rcud 804/02 -).

b).- Que por ello el salario tiene -como la doctrina sostiene- carácter totalizador, en tanto que reviste cualidad salarial todo lo que el trabajador recibe por la prestación de servicios, con independencia de su denominación formal (se llame o no salario), de su composición (conste de una o varias partidas), de su procedimiento o periodo de cálculo (a tanto alzado, por actos de trabajo, etc), o por la cualidad del tiempo al que se refiera (trabajo efectivo o descanso computable como tal).>>

En el sentido indicado, también se pronunciaba esta propia Sala en sentencia de 5-10-2007, nº 1416/2007, rec. 1489/2006 .

Y en el caso concreto de los billetes de avión gratuitos, ya nuestra sentencia de fecha 14-12-2015, nº 1649/2015, rec. 847/2015 , vino a recoger la doctrina de la STS (Sala 3ª) de 16-10-2014 , Rec 2571/2013 , que establecía así: "No se cuestiona que el disfrute por parte de los trabajadores de la compañía aérea de billetes gratuitos con o sin reserva de plaza constituye una renta en especie, ya que su concesión tiene su origen en la relación laboral que une a la empresa con sus trabajadores". En igual sentido puede también consultarse la sentencia de la Sala de lo Social de este TSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 28-12-2009, rec. 1235/2009 .

Pues bien, en las presentes actuaciones es pacífico que el actor en virtud del art 116 del Convenio Colectivo de aplicación tenía derecho a billetes gratuitos, habiendo reconocido la empresa en conciliación judicial adeudar el importe de 3.021,40 € en tal concepto para el año 2011. Y aplicando los criterios antes expuestos no cabe sino concluir que el importe de dichos billetes gozan de la presunción "iuris tantum" de percepción económica en especie por la prestación de servicios profesionales, sin que dicha presunción haya sido desvirtuada de contrario, por lo que atendiendo a su naturaleza salarial, su importe debe ser tenido en cuenta a fin de fijar el salario regulador a efectos del despido.

2) Respecto de la inclusión o no como salario regulador del importe de 1.316,85 € abonado en concepto de diferencias salariales por IPC del año 2011, la parte actora sostiene que deben ser incluidas en el salario regulador a efectos del despido, mientras que la demandada alega que conforme al Convenio de aplicación la regularización del IPC se hizo en marzo de 2012, fecha en la que el actor no estaba ya de alta en la empresa, por lo que tal regularización salarial posterior no debía tenerse en consideración a efectos de su inclusión como salario regulador.

Para pronunciarnos sobre la discrepancia traemos a colación los criterios generales establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 07-12-1990 sobre cuestión análoga, que son los siguientes:

<<Primero.- Respecto del salario al tiempo del despido, es el que el legislador señala como determinante de las indemnizaciones fijadas en los arts. 55.4 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 98, a) y 103 de la Ley de Procedimiento Laboral y con los posteriores arts. 211 y 227 de la misma, así como los arts. 33.2 y 56.5 del Estatuto y 114 y 115 de la Ley Procesal, en relación, a su vez, con el Real Decreto 924/1982, de 17 de abril. El salario del trabajador, al tiempo del despido es el salario regulador de las indemnizaciones correspondientes, según tiene declarado reiterada jurisprudencia de esta Sala, como muestran sus Sentencias de 14 de diciembre de 1984, 28 de septiembre de 1985, 14 de junio de 1986 y 26 de enero de 1987, entre otras. El debate sobre cuál sea ese salario tiene cabida y es un tema de controversia adecuado al proceso de despido, pues es elemento principal que compone la acción ejercitada y sobre él deberá pronunciarse la Sentencia. Por ello, es en el proceso de despido donde debe precisarse el salario del trabajador despedido, que es el salario correspondiente al momento del despido, sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella, en contra de la Ley (art. 16 de la Ley de Procedimiento Laboral) una reclamación inadecuada, mediante la alegación y prueba en el proceso (de despido de un salario discrepante (entre otras, Sentencia de la Sala de 10 de diciembre de 1986). Y será en consignación, que no en ejecución de Sentencia, donde deberá alegarse y probarse dicho extremo.

Es claro que cabe un proceso distinto al de despido para debatir en él la diversidad entre el salario percibido al tiempo del despido y el debido percibir entonces, cuando tal reclamación derive de pronunciamientos o resoluciones posteriores, como son, a título de ejemplo, la Sentencia en materia de clasificación profesional, la recaída en un proceso de conflicto que determine un salario mayor o el convenio colectivo posterior, aunque con eficacia retroactiva al tiempo del despido, que fije mayores salarios a los que entonces se percibían; con las consecuencias correspondientes en tales supuestos tanto en la indemnización fijada como en los salarios de tramitación percibidos.

Segundo.- Con relación al segundo debate anunciado, ahora referido al salario posterior al tiempo del despido, no puede sostenerse su actualización debida a los sucesivos incrementos salariales producidos por disposición legal o por Convenio Colectivo, pues el incremento posterior no afecta a la indemnización del despido fijada en la Sentencia, ni a los salarios de tramitación o de sustanciación devengados después de la misma. (...)>>.

Atendiendo a dicha doctrina jurisprudencial, el salario regulador de la indemnización por despido ha de ser el que le corresponde legalmente al trabajador y no el que realmente viniera percibiendo, incluido el que resulte de incrementos posteriores que retrotraigan efectos al momento del despido, siendo el proceso de despido el idóneo para determinar el salario regulador, salario que es tan solo inamovible una vez fijado en sentencia.

Y en las presentes actuaciones nos encontramos con que el Acuerdo de 24 de junio de 2004 de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de la empresa Binter Canarias S.A. y sus Tripulantes Pilotos de prorrogar en su integridad la vigencia del III Convenio Colectivo hasta el 31 de diciembre de 2007 establece que "Mientras dicho convenio resulte de aplicación se incrementarán anualmente todas las retribuciones con el I.P.C. real de cada año, procediéndose en el mes de enero al abono y consolidación del I.P.C. previsto para ese año y posteriormente a la regularización del I.P.C. real al mes siguiente de su publicación."

El IPC previsto para el 2011 era del 1% mientras que el IPC publicado fue del 2,4%, circunstancia que dio lugar a que por conciliación judicial, autos 493/12 del juzgado de lo Social n.º 2 se reconociera adeudar dichas diferencias de IPC.

Siendo así las cosas, no cabe duda que la subida salarial del 2,4% prevista convencionalmente forma parte del salario que debió percibir el trabajador al tiempo del despido y por tanto, en este procedimiento, debe ser tenida en cuenta a efectos de fijar el salario regulador.

Estas son, en definitiva, las razones por las que para el cálculo del salario regulador de D. Hernan hayamos computado el importe correspondiente al salario en especie correspondiente al año 2011 y al

IPC del año 2011, totalizando aquel la suma de 91.569,60 euros anuales (250,88 euros en cómputo diario).

SEGUNDO.- Es objeto de la presente litis es resolver sobre el ajuste a Derecho de la Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 27.12.11 por la que se acordó estimar parcialmente la solicitud de la Empresa "Binter Canarias,S.A." en el expediente de referencia, autorizándose a la misma a extinguir los contratos de trabajo correspondientes a la tripulación de un avión, que se concretaba en siete pilotos y once tripulantes de cabina, resolución en su día confirmada en vía de recurso de alzada.

Por una parte los demandantes -cuyo Letrados coinciden en la mayoría de sus alegaciones- consideran que tanto durante la tramitación del expediente como al dictarse la propia resolución impugnada se incurrió en diversas irregularidades formales de tal entidad que, o bien debieran haber dado lugar al archivo de aquel, o bien serían determinantes de la nulidad de la resolución impugnada. A todo ello nos referiremos con detalle más adelante.

Por otra parte, además de considerar inexistente las causas económicas alegadas por la empresa en su solicitud del ERE extintivo, consideran los demandantes que las codemandadas integraban un grupo de empresas a efectos laborales, por lo que tendría que haberse tramitado un ERE del GRUPO BINTER en el que se analizara la situación de todas y cada una de las empresas que lo componen.

La CCAA de Canarias y la empresa BINTER CANARIAS S.A. se oponen a todo ello negando en primer lugar que concurriera defecto formal alguno, manteniendo después que la disminución de ingresos a causa de la reducción en el nº de pasajeros, el abaratamiento de precios y la competencia de otras compañías aéreas justificaban la autorización extintiva otorgada, además de que la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife de 16/09/2013 en el procedimiento 9/2012 seguido en impugnación del posterior proceso de despido colectivo (confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 29/12/2014, rec. 83/2014 ) se había pronunciado ya tanto sobre la causa económica como sobre el pretendido grupo patológico de empresas. A tales argumento se sumaban las empresas codemandadas al contestar a las demandas.

Discrepan también los litigantes sobre el alcance y efectos que, en su caso, pudiera tener una sentencia que dejase sin efecto la resolución impugnada, sobre todo en lo relativo a si -en ese caso- los demandantes tendrían derecho a percibir salarios de tramitación desde que sus contratos fueron extinguidos, así como a si con los ceses se hubieran vulnerado derechos fundamentales de determinados trabajadores, todo ello con el detalle que después explicaremos.

Respecto de la competencia de esta Sala para conocer de las demandas acumuladas, se alegaba por el Letrado Sr. Mederos Morales que la redacción del artículo 6.2.b) en relación con el artículo 2.n) de la L.R.J.S vigente al tiempo de dictarse por la Dirección General del Empleo la resolución administrativa impugnada atribuía a los Juzgados de lo Social la competencia para conocer de las impugnaciones de actos de autorización de despidos colectivos dictados por los órganos administrativos de las Comunidades Autónomas -a excepción de los dictados por su Consejo de Gobierno-, pues la disposición transitoria Décima, apartado 2, del R.D.L. 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral , establecía que los expedientes de regulación de empleo para la extinción o suspensión de los contratos de trabajo resueltos por la Autoridad Laboral y con vigencia en su aplicación en la fecha de entrada en vigor de dicha norma (12/02/2012) se regirían por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente. En base a ello se alega que carecería de competencia funcional este Tribunal para conocer en única instancia sobre las referidas impugnaciones.

Pero lo cierto es que, en lo relativo a la competencia, ya este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en la sentencia dictada el 17/12/2015 al resolver el recurso de suplicación 822/2015 , y también en los posteriores autos de fecha 31/05/2018 y 10/07/2018 resolviendo los incidentes de nulidad de actuaciones planteados por dicha parte en dicho recurso, y lo hacíamos en el sentido de recordar que el Tribunal Supremo, en el auto de 11/01/2018 dictado en el RCU n° 639/2017 en relación con las aquellas actuaciones, había resuelto lo siguiente:

<<... los recursos no pueden ser admitidos por concurrir la falta de contenido casacional de los mismos, ya que la sentencia recurrida se acomoda a la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia

precisamente ofrecida de contraste y en la posterior de 6 de julio de 2016 (R. 3462/2014) -que a su vez citan en apoyo de la decisión varios autos resolutorios de cuestiones de competencia-.

Dicha doctrina se sintetiza en los siguientes argumentos:

1. Que, conforme a lo indicado por la d.tr. 10ª del RDL 3/2012, los ERE resueltos por la autoridad laboral se regirán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente. Y, tanto en el supuesto de contraste como en el de autos, es aplicable la norma procesal laboral en su versión original, puesto que el acto administrativo impugnado se dictó antes del 11 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor el RDL 3/2012.
2. Que la redacción de la norma anterior a la reforma legislativa establecía la competencia de los distintos órganos del orden social de la jurisdicción en función no de la Autoridad administrativa que dicta la resolución, sino en función del territorio al que ésta extiende sus efectos.

En consecuencia, en el caso de autos es claro que la sentencia recurrida se adecua a la doctrina jurisprudencial sentada en las SSTS de 26 de noviembre de 2014 (R. 2944/2013 ) y de 6 de julio de 2016 (R. 3462/2014 ), por lo que se informan los recursos de inadmisión por falta de contenido casacional del mismo.>>

<<.....en el supuesto de la sentencia ahora impugnada lo que se debatía era la competencia funcional entre los órganos de la jurisdicción social, en un procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral, del art. 151 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y atribuyendo la recurrida finalmente la competencia en este caso a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en función del ámbito territorial del conflicto planteado y en aplicación de las normas de competencia de los órganos de la jurisdicción social que se contienen en la misma Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Ahora bien, aun careciendo de relevancia la existencia de contradicción como causa de inadmisión en el actual recurso por las razones antes indicadas, debe el mismo inadmitirse por carecer de contenido casacional.>>

Resulta por tanto ociosa, por innecesaria, cualquier otra consideración adicional que por nuestra parte se pudiera hacer al respecto.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y con carácter previo a dar respuesta a las cuestiones controvertidas que plantean los litigantes, consideramos oportuno despejar cualquier posible duda sobre cuál ha de ser el marco normativo de aplicación al supuesto que nos ocupa.

Para ello resulta trascendental tener en cuenta que, iniciado el expediente mediante solicitud empresarial formulada el 11/10/2011, finalmente se dictó la resolución autorizante el 27/12/2011, que fue confirmada mediante la Orden nº 238/2012, de 30/04/2012, de la Consejería de Empleo, Industria y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias por la que se resuelven los recursos de alzada.

Siendo esto así, es claro por una parte que la disposición reglamentaria aplicable a la tramitación del ERE no era sino el Real Decreto 801/2011 de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. Dicho real Decreto derogó el anterior RD 43/1996, de 19 de enero, siendo por su parte derogado por la Disposición Derogatoria única del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, y expresamente por el R. Dto. 1483/2012 de 29 de octubre.

Por otra parte, claro es que no estamos ante la impugnación directa de un despido colectivo practicado por la empresa, sino ante la impugnación de una resolución administrativa que autoriza un ERE dictada conforme al texto del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores anterior al Real Decreto-ley 3/2012.

Por tanto, el procedimiento aplicable es el previsto por el artículo 151 de la LRJS , debiendo subrayarse que en este procedimiento ha de aplicarse, en lo no expresamente previsto, las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto sean compatibles con los principios del proceso social. En definitiva, habiéndose formulado la solicitud de autorización administrativa autorizatoria del despido

colectivo antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 , la misma siguió rigiéndose por la legislación anterior y, por tanto, el despido colectivo requería de autorización administrativa como requisito para su validez.

Para diferenciar, bajo la vigencia de la LRJS en su versión anterior al Real Decreto-ley 3/2012, entre el ámbito del procedimiento de despido y el ámbito del procedimiento de impugnación del acto administrativo, hay que atender esencialmente a la delimitación que anteriormente había hecho la jurisprudencia entre el ámbito competencial del orden jurisdiccional social y del contencioso-administrativo, puesto que no en vano lo que hizo la Ley 36/2011 al respecto fue traer a la competencia del orden social la impugnación de los actos administrativos en materia social y crear para incorporar tal competencia un procedimiento especial, que no es otro que el regulado en el artículo 151 de la Ley.

Por tanto, el procedimiento adecuado para impugnar individualmente un despido colectivo después de la entrada en vigor de la LRJS y antes de la reforma laboral introducida por el Real Decreto-ley 2/2012, era el regulado por el artículo 151 de la citada Ley 36/2011 en todos aquellos aspectos ya resueltos por la resolución administrativa.

En el sentido hasta aquí expuesto se pronunciaba la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en su sentencia de 24/09/2014, rec. 60/2012 , enjuiciando un procedimiento análogo al que es objeto de las presentes actuaciones.

Efectivamente, en nuestro caso es clara la aplicabilidad de la LRJS en su redacción originaria, pues era la vigente en el momento en que se dicta la Resolución impugnada.

Así, la Disposición Transitoria décima del RDL 3/2012 , sobre el régimen aplicable a los expedientes de regulación de empleo en tramitación o con vigencia en su aplicación a la entrada en vigor de este real decreto- ley, disponía lo siguiente:

"1. Los expedientes de regulación de empleo para la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, o para la reducción de jornada que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor de este real decreto- ley se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio.

2. Los expedientes de regulación de empleo para la extinción o la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de jornada, resueltos por la Autoridad Laboral y con vigencia en su aplicación en la fecha de entrada en vigor de este real decreto ley se regirán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente."

No ha de estarse por tanto a la redacción vigente al momento de la firmeza de la Resolución en vía administrativa o a la fecha de la sentencia que en su caso la anulase, ya que el régimen transitorio del dicho Real Decreto Legislativo dispone con claridad que los expedientes se regirán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente.

A mayor abundamiento, repárese en que ya así se decía no solo en la sentencia dictada por esta Sala con fecha 17 de diciembre de 2015, recurso 822/2015 -en la que se anulaba la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Las Palmas de Gran Canaria con fecha 5 de marzo de 2013 -, sino también en el arriba citado auto del Tribunal Supremo de 11/01/2018 (rec. 639/2017 ), mediante el que se inadmitieron los recursos de casación para unificación de doctrina formalizados contra la misma por falta de contenido casacional, en el que se afirmaba lo siguiente:

"... conforme a lo indicado por la d.tr. 10ª del RDL 3/2012, los ERE resueltos por la autoridad laboral se regirán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente. Y, tanto en el supuesto de contraste como en el de autos, es aplicable la norma procesal laboral en su versión original, puesto que el acto administrativo impugnado se dictó antes del 11 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor el RDL 3/2012."

CUARTO.- Partiendo de ello, pasaremos seguidamente a analizar las irregularidades formales en que los demandantes consideran que se incurrió durante la tramitación del expediente.

Entre otras que después veremos, se afirma que la Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 27 de diciembre de 2011 es nula de pleno derecho por cuanto que infringe el artículo 28 de la Constitución española y el artículo 2.2 d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en relación con el artículo 6.4 del Real Decreto-Ley 7/2011 de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que modifica el apartado 2º del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, y la cláusula 2ª del anexo VI del III Convenio Colectivo entre BINTER CANARIAS S.A. y sus Pilotos, en cuanto que aquellas niegan la legitimidad de la Sección Sindical del SEPLA para intervenir en el ERE como único interlocutor válido respecto de lo que afecte a los Pilotos, respaldando de esta forma la decisión de la empresa BINTER CANARIAS, S.A. de excluir del periodo de consultas del ERE a dicha Sección Sindical, infringiendo la cláusula 2ª del anexo 6º del III Convenio Colectivo entre BINTER CANARIAS S.A. y sus Pilotos, en la cual se reconoce a dicha Sección Sindical como el único representante legítimo del Colectivo de Pilotos.

Pero dicha cuestión fue analizada por la arriba aludida sentencia dictada por la Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife de 16/09/2013 en el procedimiento 9/2012 seguido en impugnación del posterior proceso de despido colectivo, expresándose en el fundamento de derecho 4º de la misma lo siguiente:

<<De acuerdo con el artículo 51 párrafos 2º y 4º del Estatuto de los Trabajadores y con los artículos 3 y 4 del Reglamento de Procedimientos de Regulación de Empleo, Real Decreto 801/2011, es la representación unitaria de los trabajadores la legitimada para adoptar acuerdos dentro del periodo de consultas. En este caso, al tener "BINTER CANARIAS, SA" dos centros de trabajo con sus respectivos comités de empresa, el artículo 14 párrafo 4º del referido Real Decreto exige el acuerdo mayoritario de la representación unitaria de los trabajadores de ambos centros de trabajo. No permite la legislación vigente acuerdos franja o por colectivos de trabajadores o por sindicatos, sino que el acuerdo preceptivamente debe ser corroborado por la mayoría de la representación de los trabajadores en la empresa, no cabiendo acuerdos parciales o que unos lleguen al acuerdo y otros no.

Por todo lo expuesto, no cabe admitir las alegaciones de indefensión y vulneración del derecho de libertad sindical invocadas por el sindicato SEPLA por no haberse permitido a su Sección Sindical acceder y participar en el periodo de consultas y en el expediente por separado, ya que aquella, como tal, no está legitimada para intervenir como parte en el procedimiento en los términos señalados en los artículos 3 y 4 del Reglamento de Procedimientos de Regulación de Empleo, y menos aun con carácter exclusivo, al ostentar esta condición únicamente la empresa y los representantes de los trabajadores a través de sus respectivos representantes legales (representación unitaria, en este caso, los Comités de Empresa de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife).

Ciertamente el Anexo 6º del III Convenio Colectivo de "BINTER CANARIAS, SA" y sus Pilotos atribuye al SEPLA la condición de interlocutor exclusivo de dicho colectivo, pero ello únicamente cuando resulte afectado dicho colectivo en exclusiva y en este caso el expediente de regulación de empleo presentado por la empresa concierne a todo el personal de vuelo, en el que ha de incluirse también a los Tripulantes de Cabina de Pasajeros (TCP).>>

Y la sentencia de la Sala 4º del Tribunal Supremo de 29/12/2014, rec. 83/2014, confirmó tal pronunciamiento mediante un minucioso razonamiento que concluía del modo siguiente:

<<Es pues claro que, en cualquiera de esas dos redacciones, para el legislador, la frase "los representantes legales", constituye una expresión reservada a los representantes unitarios, es decir, a los Delegados de Personal y a los Comités de Empresa, tal y como inicialmente se prevé en el art 61 del ET, aunque "sin perjuicio de otras formas de participación". Y aun cuando es cierto que el art 6.4 del RD-L 7/2011, de 10 de junio -al que alude en el motivo la parte recurrente- añadía un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 51 del ET con la siguiente redacción: "la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal" (lo que actualmente ha vuelto a cambiar, hablándose ahora que dicha intervención corresponderá "a los sujetos indicados en el art 41.4 en el orden y condiciones señalados en el mismo", lo que nos lleva, según este último precepto, primero a los "representantes legales" y luego a las "secciones sindicales", pero estas últimas siempre que tengan la representación mayoritaria antedicha en los comités de empresa), ello no impide una solución como la actual, en que el sindicato ha

intervenido formando parte de los comités de empresa, en los que no tenía representación mayoritaria, según se deduce del precitado hecho décimosexto de la sentencia recurrida donde se recoge el resultado de los votos del acuerdo suscrito.

Por otra parte, la sentencia declara antes probado en el hecho décimocuarto de su relato -que no ha sido combatido- que "a lo largo del período de consultas, la Sección Sindical del Sindicato Español de Líneas Aéreas (SEPLA) en la empresa "Binter Canarias SA, que tiene dos representantes en los comités de empresa de Las Palmas Y Santa Cruz de Tenerife sostuvo su derecho a negociar un acuerdo de franja por separado del resto de trabajadores de la empresa y denunció del derecho de libertad sindical y a la negociación colectiva por entender que el SEPLA era el único y exclusivo interlocutor válido del colectivo de pilotos en todo aquello que le afectara en el expediente", es decir, que en todo momento dicho expediente contó con la presencia del sindicato en cuestión, aunque en el marco de una negociación global cuyo resultado final es el que se recoge en el hecho décimosexto, donde aparece asimismo el SEPLA y donde se dice que el acuerdo se adoptó con la mayoría de ambos comités de empresa, siendo éstos, conforme al art 63 del ET , los órganos representativos y colegiados del conjunto de los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo, de manera que son dichos comités los que tienen conferido el mandato legal de representar a todos los trabajadores, máxime en el marco de un expediente de esta naturaleza que afecta a todo el colectivo laboral, por todo lo cual, aun cuando el convenio colectivo de aplicación prevea en la cláusula 2 de su Anexo VI (el texto, folio 42 del documento num. 1 del ramo de prueba de la parte actora, pasa del Anexo II al Anexo VI) que "Binter Canarias reconoce a la Sección Sindical de SEPLA en la empresa como interlocutor exclusivo en lo referente a los acuerdos y convenios colectivos del grupo de Pilotos, especialmente en lo que se derive de la interpretación y aplicación del convenio colectivo, así como para todo aquello que afecte colectiva o individualmente a los Pilotos afiliados a dicho sindicato", ello no puede impedir -en asuntos de esta naturaleza, al menos- la representatividad del correspondiente comité para todo el colectivo de trabajadores que abarca, ni permite la representación separada por el sindicato en cuestión a la hora de negociar el expediente, lo que, en definitiva, determinaría un expediente distinto o independiente, llevando todo ello a concluir únicamente que no hubo acuerdo final con los pilotos afectados y representados por dicho sindicato en el seno del comité de empresa, pero no la nulidad del propio expediente ni la del acuerdo con los demás trabajadores y sus respectivos representantes. El motivo, pues, no es atendible.>>

Aplicando a la presente litis tales criterios, no cabe sino la desestimación del planteamiento de los demandantes sobre la legitimidad de la Sección Sindical del SEPLA para intervenir en el ERE como único interlocutor válido respecto de lo que afecte a los Pilotos.

QUINTO.- Se sostiene también por los demandantes que la Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 27 de diciembre de 2011 y la Orden nº 238/2012 de la Consejería de Empleo, Industria y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias serían igualmente nulas de pleno derecho por cuanto que se habría prescindido absolutamente del procedimiento establecido al permitirse la instrucción temporal del expediente de manera sucesiva por personas incursoas en el motivo de abstención previsto en el artículo 28.2 b) de la citada Ley, tratándose de familiares de uno de los asesores intervinientes en el procedimiento por la parte empresarial y de un Directivo de la empresa Binter Vende S.A. respectivamente, denunciando los trabajadores infracción del artículo 51.3 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 5.2 del RD 801/2011 , situación irregular que había sido consentida por la Dirección General de Trabajo, de manera que, aunque finalmente dichas personas renunciaran a continuar tramitando el expediente, el mismo estaría viciado de nulidad hasta dicho momento.

Al respecto comparte la Sala las alegaciones formuladas por la Letrada del Gobierno de Canarias al contestar a las demandas en el sentido de que dichas personas no tenían capacidad de decisión alguna al carecer de competencias para admitir, impulsar ni resolver el expediente, sobre todo teniendo en cuenta que la clásica Jurisprudencia que dicha parte citaba en relación con la nulidad de pleno derecho residenciada en esta causa establece lo siguiente:

<<La omisión de un trámite, por importante que sea, no es bastante para declarar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, ya que el precepto exige para ello que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, y si a pesar de su omisión el Tribunal considera que cuenta con los elementos de juicio suficientes para formarse una convicción que sirva para decidir

correctamente la contienda, por economía procesal debe pasar a analizar y enjuiciar el fondo del asunto.>> (por todas, STS 10.10.91 ).

<<La norma sanciona con la nulidad de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para su elaboración. Contempla la Ley un supuesto que exige un examen objetivo de las actuaciones, para interpretar en su real dimensión cuando la Administración ha prescindiendo 'total y absolutamente' del procedimiento de elaboración de los actos administrativos, para superar el tenor literal de las palabras 'total y absolutamente', en el caso de que se hubiere prescindiendo de trámites esenciales e indispensables>> ( STS 27.1.92 ).

En cualquier caso ha de recordarse que el principio de conservación de los actos administrativos ha de llevar siempre a valorar los posibles vicios de los mismos desde la perspectiva de la mayor conservación de lo actuado (TS 11-10-93, EDJ 8936; 25-4-94 , EDJ 3102; 22-12-97 , EDJ 9793), lo que en atención a las circunstancias antes expuestas conduce a rechazar como causa de impugnación la intervención de aquellas personas en la mera llevanza administrativa del expediente.

SEXTO.- Se alega igualmente que se había ocasionado indefensión durante la tramitación del ERE por no poder accederse a toda la documentación presentada por la empresa, con vulneración de lo dispuesto en los artículos 6 , 8 y 9 del R.D. 801/2011 , documentación de la que debía entregarse copia a los trabajadores, además de que establece el artículo 5.2 que en el supuesto de que la empresa fuese requerida para subsanar su solicitud inicial, la misma habría de remitirse a los representantes de los trabajadores, lo cual era trascendente a los efectos del comienzo del cómputo del período de consultas de treinta días naturales establecido por el artículo 51.4 del ET , no existiendo en el expediente administrativo documento alguno que acreditase que la empresa llegase a entregar a los representantes de los trabajadores la copia de la subsanación que realizó el día 24 de octubre de 2011, lo que denotaba una patente vulneración del comportamiento de buena fe que se le exige por el artículo 51.4, párrafo tercero, del ET y por el artículo 11.1 del R.D. 801/2011 , indefensión que debió evitar la Administración.

Por otra parte, se sostenía por los demandantes que la empresa BINTER CANARIAS, S.A. no aportó al expediente sino hasta el día 2 de diciembre de 2011 las cuentas de todas las empresas que forman el denominado "Sistema Binter", documentación que consideraban que preceptivamente debió haber acompañado a su solicitud formulada el día 11 de octubre de 2011 a tenor de lo establecido en el artículo 6.4 del R.D. 801/2011 , y que además tuvo una segunda oportunidad de aportar con ocasión de haber sido requerida el día 13 de octubre de 2011 para subsanar su solicitud inicial.

En relación con ello, se argumenta por los actores que el artículo 5.2 "in fine" del R.D. 802/2011 señala que el cómputo del plazo para la realización del período de consultas de treinta días naturales que establece el artículo 51.4 del E.TT. no se iniciará hasta que sea subsanada la solicitud mediante la aportación al expediente de la documentación preceptiva que no hubiese sido acompañada a la solicitud inicial, y que la comunicación de fecha 11 de noviembre de 2011 estableciendo que el cómputo se habría iniciado el día 7 de noviembre de 2011 incurriría en clara vulneración de lo preceptuado por dicha norma, ya que en la fecha indicada la empresa no había aportado todos y cada uno de los documentos reglamentariamente exigidos para tramitar su pretensión extintiva, de manera que el período de consultas no debería haber iniciado su cómputo sino a partir del momento en que obrase en el expediente toda la documentación preceptiva y, además, existiese constancia de su obligatorio traslado mediante copia a los representantes de los trabajadores afectados.

Y a continuación se ponía de manifiesto por los impugnantes que BINTER CANARIAS, S.A. presentó el día 12 de diciembre un escrito expresando que el período de consultas habría finalizado el día 7 de diciembre, acompañando documentación contable complementaria relativa a las empresas del denominado "Sistema Binter", solicitando escuetamente que "teniendo por presentado este escrito y sus copias, lo adjunte al expediente para su resolución", y que el día 22 de diciembre de 2011 se presentó por la empresa un nuevo escrito realizando una serie de manifestaciones y concluyendo su parecer de que "se dan las condiciones necesarias para la aprobación de lo solicitado por la empresa de extinción de 65 contratos", solicitando sin más que "teniendo por presentado este escrito y sus copias, lo adjunte al expediente para su resolución". A juicio de los demandantes se vulneró lo dispuesto en el artículo 11.4 del R.D. 801/2011 , precepto que establece el deber de la empresa solicitante de presentar, dentro de los cinco días posteriores a la finalización del período de consultas, la solicitud final de despido colectivo

que pretende y las condiciones del mismo, junto con el resultado del período de consultas -acompañado de las actas de las reuniones-, los informes de los representantes de los trabajadores y el contenido definitivo del plan de acompañamiento social y de las medidas a aplicar. De todo ello se pretende concluir que, como la empresa manifestó en su escrito de 12 de diciembre de 2011 que el período de consultas habría concluido el día 7 anterior, resultaría que los cinco días contemplados en la norma reglamentaria se habrían agotado el día 14 de diciembre de 2011, plazo que transcurrió sin que la empresa presentase una solicitud final de despido colectivo con las condiciones del mismo, ni tampoco presentase el contenido definitivo del plan de acompañamiento social ni las medidas a aplicar. Por lo anteriormente expresado, alegan los demandantes que la Administración habría vulnerado, por no aplicarlo, lo establecido en el segundo párrafo del artículo 11.4 "in fine" del R.D. 801/2011, al no haber dictado resolución dando por terminado sin más trámite el expediente por desistimiento del empresario con efectos desde el día 15 de diciembre de 2011, día posterior a la expiración del plazo de cinco días establecido por dicha norma.

Pero, por las razones que a continuación exponemos, consideramos que ninguno de los mencionados reparos formales podrían conducir a dejar sin efecto la resolución que se impugna.

Por una parte, es claro que la comunicación documental del expediente ha de hacerse tan solo con la representación unitaria de los trabajadores (por todas, sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 11-2-2002, rec. 312/1997), sin perjuicio de que los interesados puedan solicitar ante la Administración vista del expediente completo en cualquier momento en consonancia con lo establecido en los arts. 35 y 37 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo, de modo que ninguna indefensión cabe en este caso alegar en tal sentido por los trabajadores.

Sobre el inicio del período de consultas, tuvo lugar el 07/11/2011, después de haberse recibido por parte de la empresa la documentación que le fue requerida por la Administración, lo que fue comunicado el 11/11/2011. Ciertamente es que, tal y como consta en el relato de hechos probados, la primera aportación de documentos en trámite de subsanación se produjo el 24/10/2011, dentro del plazo de 10 días al efecto concedido, y que en fechas posteriores se requirió a la empresa para la aportación de documentación complementaria dada la complejidad del expediente, lo que se verificó en los términos y en las fechas allí expresadas. Pero no es menos cierto que, tal y como resulta del histórico de hechos probados, los representantes de los trabajadores tuvieron ocasión de valorar en el preceptivo trámite de audiencia toda la documentación aportada por la empresa al expediente para emitir el correspondiente informe en sentido contrario a lo solicitado por la empresa a fin de que se denegara la autorización extintiva.

Finalmente, en cuanto a la pretendida vulneración del art. 11.4 del R.D. 801/2011, hemos de decir que la doctrina más autorizada (véase el trabajo publicado en el año 2012 por los profesores Molero Manglano, Pedrajas Moreno y Sala Franco "La reforma de los expedientes de regulación de empleo" ISBN 978-84-9004-581-7) criticaba abiertamente aquella previsión reglamentaria en orden a la terminación del procedimiento por desistimiento tácito del solicitante, y ello en los siguientes términos:

"La previsión resulta de una dureza extraordinaria. Se echa de menos en este sentido una excepción que contemple la posibilidad de que las partes comuniquen que se va a prolongar el periodo de consultas por causa justificada; igualmente se debería haber previsto que si ese plazo de cinco días, por cierto bastante breve, se supera, pero posteriormente se comunica el acuerdo, habrá que tomar en consideración el mismo. El tercer caso posible, el de que la empresa presente la solicitud más allá de los 5 días pero acompañando correctamente toda la documentación que acredite que se ha cumplimentado el periodo de consultas sin acuerdo, y ello ocurra antes de que se haya dictado resolución administrativa, no se ve porqué haya de penalizarse a la empresa por un retraso que puede ser de unos pocos días, y que va a obligar a reiterar otra vez el procedimiento perdiendo un tiempo precioso para una empresa que se encuentre en serias dificultades. Por todo ello estamos sin duda ante una de las previsiones del DERE más censurables"

En base a dicha crítica, que la Sala comparte, no advertimos en nuestro caso razón para entender que el procedimiento debiera haberse archivado por desistimiento de la empresa.

SÉPTIMO.- Se invocaba además por los trabajadores una actuación empresarial en fraude de ley y abusiva de derecho alegando que el ERE habría perdido su razón de ser puesto que desde el inicio del

Expediente de Regulación de Empleo la empresa había continuado con su política de traspasar aeronaves y parte de su personal a otras empresas del Grupo Binter y de amortizar puestos de trabajo mediante despidos disciplinarios, de manera que ya con ello se habría conseguido el objetivo perseguido con el ERE, sobre todo teniendo en cuenta que la propia de la Dirección general de Trabajo ahora recurrida, el ERE solo autorizó la extinción de los contratos de trabajo de la tripulación de un avión (7 pilotos y 11 tripulantes de cabina).

Ello enlaza con otro de los planteamiento de los demandantes, quienes entendían que la solicitud de ERE presentada por la empresa BINTER CANARIAS, S.A. debía ser calificada como fraudulenta toda vez que no obedecía realmente a la existencia de dificultades económicas en dicha empresa, sino que era el último paso que la misma daba en cumplimiento de un plan prediseñado desde el año 2007 para "vaciar" la empresa en favor de otras sociedades operadoras aéreas (NAYSA Y CANAIR), que eran propiedad de los mismos accionistas.

Sin embargo, la legitimidad de la estrategia empresarial a que se refiere dicho planteamiento fue analizada por la sentencia de la Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife de 16/09/2013 dictada en el antes referido procedimiento 9/2012 sobre despido colectivo, explicándose en el fundamento de derecho 11º de la misma lo siguiente:

<< Igualmente solicita que la decisión sea declarada nula por cuanto se ha adoptado con fraude de ley, alegando que lo que se persigue realmente es vaciar la empresa "BINTER CANARIAS, SA" a favor de otras sociedades operadoras aéreas (NAYSA y CANAIR), propiedad del mismo grupo accionarial e integrantes del GRUPO BINTER.

Consta en hechos probados que a partir del año 2007 la compañía "BINTER CANARIAS, SA" viene adoptando una política empresarial consistente en explotar parte de sus vuelos mediante la contratación de servicios a través de la fórmula del "Wet Lease" y la franquicia, primeramente con la compañía "NAVEGACIÓN y SERVICIOS AÉREOS CANARIOS, SA" (NAYSA), y a partir del mes de septiembre de 2011 con la compañía "CANARIAS AIRLINES, COMPAÑÍA de AVIACIÓN, SLU" (CANAIR). Y también que, paralelamente con ello, ha ido disminuyendo progresivamente su flota de aviones, la cual ha pasado de trece ATR- 72 en junio de 2007 a uno en abril de 2012.

Para calificar desde el punto de vista laboral tales decisiones empresariales hemos de apuntar que actualmente en el sector del transporte aéreo de pasajeros se vienen desarrollando dos procesos distintos y paralelos. Por un lado, uno de diversificación y por otro uno de externalización de la actividad que se llevan a cabo por las compañías para reducir costes. El primero consiste en la constitución de diferentes empresas que lleven a cabo las distintas fases del proceso productivo con carácter independiente, handling, comercialización, mantenimiento de aeronaves, operadores aéreos, etc., y la segunda en descentralizar la propia actividad del transporte aéreo, que se lleva a cabo por la vía de los contratos de franquicia, wet lease y dry lease.

El wet lease es un acuerdo de leasing donde una aerolínea cedente proporciona una aeronave, tripulación completa, mantenimiento y seguro a otra aerolínea, abonando ésta a la primera un precio por horas operadas. La cedente provee de combustible, abona las tasas aeroportuarias y aporta el identificativo de vuelo. La duración normal de este tipo de acuerdos va de un mes a dos años, cualquier otro término menor se considera a todos los efectos un charter u operación ad hoc.

El dry lease es otro tipo de acuerdo de leasing donde una entidad financiera específica provee a una aerolínea de una aeronave sin seguro, tripulación ni mantenimiento. Normalmente dicha aeronave se suma a la aerolínea y se le asigna una matrícula, dichos acuerdos suelen superar los dos años de duración.

La franquicia es un sistema de colaboración entre dos partes jurídicamente independientes, vinculadas entre sí a través de un contrato mediante el cual una, la empresa franquiciadora, cede a otra a cambio de una remuneración, el derecho a utilizar su marca comercial y su know how (saber hacer) empresarial, por un tiempo y en un territorio determinados.

Nos encontramos así, por una parte, con que la empresa "BINTER CANARIAS, SA" ha seguido una estrategia empresarial de diversificación de su actividad productiva, mediante la constitución de diferentes empresas para alcanzar el objetivo final de la misma (handling, comercialización,

mantenimiento de aeronaves, operadores aéreos, etc.) que no es infrecuente en el mundo empresarial moderno y que es una decisión organizativa que cada vez se adopta con mayor frecuencia por las empresas del sector, sobre todo las de mayor entidad y volumen de negocios.

Y por otra, con que "BINTER CANARIAS, SA", "NAYSA" y "CANAIR", que no comparten patrimonio ni son una empresa única, sino sociedades independientes, realizan entre ellas a precio de mercado operaciones de wet lease y franquicia normales y usuales dentro del sector aeronáutico destinadas a mejorar su posición competitiva en el mercado, que están amparadas por el derecho de libertad de empresa y que para nada pueden ser interpretadas como un vaciamiento fraudulento de la empresa "BINTER CANARIAS, SA" en favor de otras sociedades operadoras aéreas propiedad del mismo grupo accionarial.

Nada que objetar, por tanto, a dicha forma de desenvolverse en el tráfico mercantil.>>

Tal razonamiento fue ratificado por la sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 29/12/2014, que confirmó la referida sentencia de la Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife, añadiendo el Alto Tribunal en el fundamento de derecho 32º lo siguiente:

<<Cuanto resulta ahora añadido no lo tiene en cuenta, sin embargo, la parte recurrente y resulta una explicación plausible y enmarcable en la cada día más global y compleja técnica de los grupos de empresa y de las prácticas mercantiles en general, que generan toda una ingeniería de actividades que han de adaptarse continuamente a las exigencias y demandas de los propios mercados y de cada sector de los mismos para poder competir en las mejores condiciones y así tener alguna garantía de supervivencia.

Por sí solo, pues, todo ello no permite apreciar la existencia de fraude de ley, que exige, según el precepto legal que lo explica, ya transcrito, una intencionalidad o un objetivo orientados a sobrepasar "manifiestamente" los límites del derecho ejercitado produciendo con ello un perjuicio, o bien la existencia de unas circunstancias excepcionales con el mismo exceso y resultado.

No se aprecia tampoco la sucesión de empresas fraudulenta porque éstas funcionan independientemente en su economía y en su actividad tal y como se declara probado en el inalterado relato (hecho sexto) de la sentencia recurrida, donde se dice que "las empresas referidas (las codemandadas, relacionadas en el ordinal precedente) realizan operaciones entre sí (y también con terceros) como partes independientes, en condiciones de libre competencia y a valores de mercado, que quedan enmarcadas dentro de los contratos financieros, de prestación de servicios y entrega de bienes suscritos entre ellas dentro de la actividad corriente de cada compañía y que se reflejan en las correspondientes memorias y cuentas anuales", a lo que se añade en el séptimo que "en el caso de los tres grupos de empresas vinculadas, cada una de ellas mantiene una posición acreedora o deudora independiente por cada contrato con respecto a las demás, reflejándose ello en sus cuentas anuales auditadas", y todo ello sin perjuicio de constituir un grupo mercantil en el que, como tal, existen unos intereses comunes y una posición especial de la empresa dominante, no existiendo base suficiente en el relato fáctico para entender que se ha producido un intencional vaciamiento de ésta con perjuicio injustificado para los trabajadores, sino las tensiones y desajustes propios de los grupos de empresa en los mercados y en el sector, sobre todo en uno de las características del afectado en este caso.

La jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 15 de septiembre de 1986 y las que en ella se citan, entre otras), en fin, tiene reiterado que la jurisdicción no puede declarar la existencia de fraude de ley sin un soporte fáctico que acredite la concurrencia de los requisitos que lo configuran y sin quedar precisada cuál es la norma cuyo cumplimiento se pretende eludir, no resultando suficiente a tal fin una cita tan genérica y adjetiva como la efectuada en este caso y motivo (precitado art 124 de la LRJS en sus números 2 y 9) y sin siquiera un comentario "ad hoc", es decir, adecuado a la normativa que se considera vulnerada y a los términos precisos en los que se sostenga que así ha sucedido.

Repárese, en fin, que el fraude de ley ya se ha tratado en el trigésimo de nuestros fundamentos, al que se hace ahora remisión y se da por reproducido, habiendo sido rechazada su existencia en el mismo, por todo lo cual y en atención particular a cuanto de específico se expone en el presente, el motivo ha de rechazarse igualmente.>>

Todo lo expuesto impide igualmente por tanto aquí sostener que se esté ante una actuación empresarial en fraude de ley o abusiva de derecho, decayendo dicha pretensión.

OCTAVO.- En lo tocante a si la propia Resolución administrativa impugnada cumplía con los requisitos reglamentariamente establecidos, de un lado se invocaba infracción de lo dispuesto en artículo 15.3 del R.D. 801/2011 en tanto que el mismo establecía, para el supuesto de que procediera autorizar total o parcialmente la solicitud de la empresa, que la correspondiente Resolución de la autoridad administrativa habrá de establecer el período previsto para su realización y declarará la aplicación de las medidas comprometidas por la empresa en el plan de acompañamiento social.

Según los demandantes, la Resolución impugnada incumplió la precitada norma en tanto que no establecía ningún período para la materialización de los despidos que autorizaba, ni tampoco se refería a medida alguna para evitar o reducir los efectos del despido colectivo para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados ni para la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, todo ello en relación con que en la solicitud inicial no se propuso ni mencionó periodo alguno, y con que no llegó a presentarse por la empresa un verdadero plan de acompañamiento social ni se formuló compromiso alguno de adoptar ninguna concreta medida o medidas de entre las contempladas por el artículo 9 del referido R.D. 801/2011 .

Pues bien, cierto es que dispone el art. 15.3 del R.D. 801/2011 que la resolución administrativa debe incorporar el período de tiempo a lo largo del cual será posible efectuar las extinciones autorizadas. No obstante, la no inclusión de este extremo no parece razón suficiente para anular una resolución siempre y cuando no implique un período indeterminado o permanentemente abierto para llevar a efecto las extinciones autorizadas, y ello en el entendimiento de que las extinciones serán relativamente inmediatas, como en nuestro caso sucedió, careciendo de sentido que la Autoridad laboral sujetase la ejecución de los despidos a plazos graduales o escalonados. Así se explica en el afamado Trabajo del Catedrático y Magistrado de la Sala 4º del Tribunal Supremo D. Ángel Blasco Pellicer "Los expedientes de regulación de empleo", editado en el año 2009 (I.S.B.N.: 978 - 84 - 9876 - 483 - 3). Pese a que dicha monografía es anterior a la promulgación del R.D. 801/2011 y a la de la propia LRJS, en este punto es perfectamente proyectable sobre el caso que nos ocupa, cuya inclusión en el derecho interno resultaba ya anteriormente de la exigencia contenida en el artículo 3.1 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 , relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

En lo referido al Plan de acompañamiento social, al mismo se aludía en el Art. 6.1.c) del RD 43/1996, de 19 de enero , y también el el art. 2.2 de la Directiva 98/59/CE . En aquél se exigía que el ERE incluyera, en empresas de más de 50 trabajadores, un catálogo de medidas adoptadas o previstas por la empresa para evitar o reducir los efectos del despido y para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, citándose también una serie posible de medidas a título de ejemplo. Como en la monografía a que acabamos de referirnos se decía, la mayoría de la doctrina venía entendiendo que de la dicción del RD 43/1996 se desprendía una voluntad meramente ejemplificativa de las medidas que en el mismo se enumeraban, de suerte que nos encontraríamos ante una obligación meramente formal de sistematización y documentación de medidas genéricas cuya principal virtualidad sería servir al contenido de las consultas. El contenido del plan de acompañamiento social se consideraba por tanto indeterminado, siendo las medidas relatadas en el indicado precepto meros ejemplos a incorporar al plan, pudiendo perfectamente prescindirse de los mismos incorporando en el documento otros de análoga naturaleza cuya finalidad coincidiera con la prevista en la norma.

Y con la promulgación del R.D. 801/2011, en cuyo art. 9 se reformula la regulación del plan de acompañamiento social, el escenario no cambió sustancialmente respecto del anterior reglamento. En definitiva, en nuestro caso, la Administración únicamente podía comprobar si la empresa había cumplido con la exigencia de la normativa de aportar un plan social, pero no valorar el contenido del mismo, de manera que nada al respecto cabe reprochar a la resolución impugnada.

NOVENO.- Otro motivo de nulidad que se invocaba por los algunos de los demandantes se sostenía en una pretendida infracción del artículo 15.2 del R.D. 801/2011 por cuanto que consideraban que la resolución adolecía de falta de motivación razonada y suficiente que justificase la decisión de autorizar a BINTER CANARIAS, S.A. para extinguir aquellos 18 puestos de trabajo .

Se alegaba que la Resolución impugnada se remitió exclusivamente al informe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en Las Palmas fechado a 22 de diciembre de 2011, informe cuyo contenido constaba íntegramente reproducido en su Antecedente de Hecho 3º, pero sin que la Resolución expresara la razón o razones que condujesen a hacer suyo íntegramente el contenido del informe que incorporaba, no introduciendo ninguna matización a su contenido, como tampoco ningún análisis ni valoración propios, sin que además se hiciese alusión alguna al informe de la Intervención General de la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad del Gobierno de Canarias, albergando incluso los impugnantes dudas sobre si la Inspección de Trabajo hubiera llegado a analizar y valorar el contenido de los informes de oposición presentados por los representantes de los trabajadores ni a los informes periciales respectivamente aportados tanto por el Sindicato Comisiones Obreras (CCOO), como el elaborado por ABANTOS CONSULTA, S.L. aportado por el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas (SEPLA), ni el aportado por el Sindicato Independiente de Tripulantes de Cabina de Pasajeros (SITCPLA).

Para pronunciarnos sobre ello, traemos a colación la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (recogida entre otras muchas en las STC 9/2003, de 20 de enero y 17/2009, de 26 de enero ) según la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato que exige explicar las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que constituyen el fundamento de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla, debiendo contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y, en segundo término, que la motivación esté fundada en Derecho, exigencia que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad.

Según dicha doctrina, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito, no siendo exigible un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, por lo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamenten de la decisión.

Sobre el particular, tal y como se alegaba por la CCAA de Canarias al contestarse a la demanda, el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común , al referirse a la motivación de los actos, indicaba que "con sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho", lo que "no requiere una exhaustiva y completa referencia fáctica y jurídica que pueda respaldar los acuerdos del proceso conformador de la voluntad administrativa" ( STS 27.5.88 ).

Efectivamente, entiende el Tribunal Supremo que la motivación exigida por dicho precepto sólo ha de ser suficiente, entendiéndose por tal la que baste para dar a conocer la fundamentación fáctica y jurídica que pueda respaldar los acuerdos, a fin de que los afectados por éstos, conociéndolos adecuadamente, puedan combatirlos o acreditar su irregularidad ( STS 31.10.88 ). Solo se exige por tanto que la motivación sea sucinta, referida a hechos y fundamentos jurídicos de la decisión, lo que es indudable sinónimo de suficiente o bastante para que se logre la finalidad propuesta, sin necesidad de complejos análisis ni razonamientos, ni formalidad alguna, expresión aquélla, por otra parte, que constituye un concepto legalmente indeterminado que ha de integrarse a través de las circunstancias concretas de cada caso (entre otras muchas, STS 3.3.90 ).

También tiene establecido la Jurisprudencia que "la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo no pueden confundirse con su falta de motivación" ( STS 12.12.90 ), no cabiendo "confundir la brevedad y concisión de términos de los actos administrativos resolutorios con falta de motivación ( STS 23.6.92 ), no siendo necesario exponer los motivos de la decisión cuando están presupuestos en la misma, bastando para estimar cumplido este requisito con que, aun sumariamente, se indique de forma inequívoca el fundamento de la resolución, de manera que la propia jurisprudencia ha ido reduciendo progresivamente los vicios de forma determinantes de invalidez, para limitarlos a aquellos que suponen una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la

cuestión de fondo, y alterando eventualmente su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración.

En el presente caso, podrá estarse de acuerdo o no con los razonamientos de la Resolución impugnada y del Informe de la ITSS, pero lo que la Sala no puede compartir es la apreciación de falta de motivación de la autorización administrativa.

DÉCIMO.- Pese a que las pretendidas infracciones que los demandantes denunciaban sobre la existencia de defectos formales en la tramitación del ERE hasta aquí analizadas no hayan prosperado, distinta suerte va a correr la relativa a la vulneración de lo establecido en el artículo 8 c) del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, en relación con el cual los trabajadores alegan que la Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 27 de diciembre de 2011 no contenía relación nominal de trabajadores cuyos contratos se autorizaba a extinguir, ni establecía criterio alguno de designación de los trabajadores afectados, exigencia reglamentaria que había sido desatendida.

En relación con ello se invocaba infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 26 in fine del III Convenio Colectivo de la Empresa BINTER CANARIAS con sus Pilotos, que dispone que "en caso de expediente de regulación de empleo que afecte al grupo de Pilotos, las resoluciones de contrato, si las hubiere, de conformidad con la normativa vigente, se producirán empezando por orden inverso a la fecha de iniciación de la prestación efectiva de servicios como Piloto de la Compañía Binter Canarias"; y también del artículo 24, párrafos quinto y sexto, del III CC de Empresa para el personal de tierra y tripulantes de cabina de pasajeros, que dispone que "en caso de expediente de regulación de empleo que afecte al grupo de TCPs, las resoluciones o suspensiones de contrato, si las hubiere, de conformidad con la normativa vigente, siempre se producirán afectando en primer lugar a aquellos trabajadores vinculados a la empresa por cualquiera de las fórmulas de contratación temporal o de duración determinada, y posteriormente a los fijos.

Sin perjuicio de lo anterior, la preferencia de permanecer en la Empresa vendrá determinada para los contratos fijos por la mayor antigüedad en la Empresa".

Sobre la pretendida ausencia de criterios de selección alega la empresa que en el periodo de consultas nunca se cuestionaron cuáles fueran a ser los mismos, siendo esto así porque era una cuestión ya resuelta por las partes en la negociación colectiva, de manera que sí existían criterios, los cuales no eran sino los pactados convencionalmente, siendo el criterio de afectación para los pilotos su antigüedad en el escalafón, y respecto de las TCPs extinguir primero los contratos de las temporales y a continuación los contratos de las fijas de menor antigüedad. Y sostenía la empresa que en la solicitud del Expediente de Regulación de Empleo aparecían como "afectados" la totalidad los pilotos y TCPs, siendo únicamente "no afectados" los trabajadores miembros de Comité de Empresa (quienes integrarían la única tripulación que quedaría en activo cuando se aprobase el Expediente de Regulación de Empleo por la Autoridad Laboral). El razonamiento de la empresa es que, al aprobarse sólo parcialmente la solicitud empresarial, estaría claro que los afectados serían los trabajadores de menor antigüedad de cada uno de los dos colectivos, razón por la que la Autoridad Laboral no tenía porqué realizar en la resolución administrativa ningún pronunciamiento al respecto, lo que además a juicio de la empresa sería una "cuestión nueva" que no cabría introducir en el debate.

Para dar solución a la controversia sobre este punto hemos de tener en cuenta que el art. 8 c) del RD 801/2011 posibilitaba que el empresario acompañase una lista nominada de trabajadores cuyos contratos pretendía extinguir, o simplemente el número y categoría de los afectados junto con los criterios a tener en cuenta para designarlos.

El anterior reglamento (RD 43/1996, de 19 de enero) no preveía expresamente aquella primera posibilidad, refiriéndose tan solo a que constasen los criterios a tener en cuenta para designar a los trabajadores afectados. En tal supuesto la autoridad laboral debía incorporar en la resolución los criterios a tener en cuenta para la ulterior designación por el empresario, criterios que formarían parte de la resolución administrativa y condicionarían la elección empresarial de cada trabajador. No obstante lo anterior, es claro que nada impedía que la empresa se acogiese a una u otra opción.

Precisamente por ello, la doctrina más autorizada -vigente todavía el RD 43/1996- (véase el antes citado trabajo del Excmo. Sr. Blasco Pellicer sobre la materia, páginas 111 y siguientes) entendía que si el

empresario presentase una lista nominada de trabajadores afectados, la resolución administrativa debería incorporarla total o parcialmente, tras las oportunas operaciones de comprobación de no vulneración de ninguna prioridad legal, de no existencia de discriminación y, en su caso, de la razonabilidad del número de extinciones en función de las causas y fines normativamente previstos. Se concluía en dicho trabajo por el profesor Blasco Pellicer lo siguiente: "Lo que no parece que cabe es que en la resolución administrativa, caso de no incorporar lista de afectados, no figuren los criterios a tener en cuenta para su designación. Tal como ya se adelantó, la solicitud empresarial debió indicar los criterios para la selección de los trabajadores, y la resolución administrativa debería, consecuentemente, contener el oportuno pronunciamiento sobre los mismos. Cabría, incluso, que en alguna circunstancia especial el criterio fuese la libre elección del empresario. Ahora bien, la inexistencia de criterio alguno en un supuesto de autorización innominada podría llegar a convertir la autorización en nula, llegando a ser determinante a efectos de controlar la designación individual de cada trabajador".

En definitiva, la previsión reglamentaria sobre la cuestión no cambió con la entrada en vigor del RD801/2011, que derogó el RD 43/1996. Al efecto pueden consultarse las páginas 110 y siguientes del manual "Memento Experto, Expedientes de Regulación de Empleo" (ISBN 978-84-15056-54-6), publicado en el año 2011, guía práctica ya adaptada a la entrada en vigor del RD 801/2011.

En el mismo sentido se ha venido también pronunciando el Tribunal Supremo, pudiendo destacarse la sentencia de 20 de octubre de 2005, ponente Excmo. Sr. Gil Suárez, recaída en el recurso 4153/2004, y a la que precisamente se alude por algunos de los demandantes, de la que pasamos a extractar parte del fundamento de derecho 4º:

<<Conviene añadir algunas someras reflexiones sobre la determinación individual de los trabajadores incluidos en un despido colectivo, cuando esa determinación no se lleva a cabo en la resolución administrativa, y sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de ella.

No cabe duda que si el despido colectivo autorizado alcanza a toda la plantilla de la empresa, o si en la resolución administrativa se identifica nominativamente, uno por uno, los trabajadores afectados, no existe cuestión ni problema alguno en lo que atañe a esa concreción o identificación. Pero las cosas se complican si el despido no afecta a todos los trabajadores de la empresa y en la resolución administrativa no se especifican personal e individualizadamente quienes son los trabajadores cuyos contratos quedan extinguidos.

En estos casos, es totalmente necesario que en la resolución administrativa autorizadora del despido colectivo, se expresen el número y categorías de los trabajadores que vayan a ser afectados y también los criterios que se hayan de tener en cuenta para su determinación e individualización, como se deduce de lo que prescriben los arts. 6-1-b) y 12 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, en relación con el art. 51 del ET.

De ahí que si el trabajador que ha sido cesado como consecuencia del expediente, considera que con arreglo a los criterios establecidos en la resolución administrativa él no resulta comprendido en el mismo, puede perfectamente presentar ante los Tribunales de Justicia la correspondiente demanda en la que solicite que se declare que no está incluido en el despido colectivo que se le quiere aplicar. Y esta Sala en diversas sentencias de las que se mencionan las de 17 de marzo, 5 de junio, 13 de julio y 20 de julio de 1999 (recursos números 2240/98, 2237/98, 4417/98 y 4459/98), ha proclamado que los Tribunales del Orden Social son competentes para conocer de esta clase de acciones.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que estas específicas acciones se refieren y tienen por objeto a despidos colectivos, no teniendo nada que ver con los despidos objetivos; por ello estas acciones se tienen que basar en las normas que regulan los despidos colectivos, sin que en ellas sean aplicables, en absoluto, los arts. 52 y 53 del ET.

En esta clase de procesos no cabe entrar en el examen de las causas del despido colectivo, ni de su real concurrencia o suficiencia, toda vez que las impugnaciones de esta resolución referidas a estas materias y cuestiones han de ser planteadas ante el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo dado lo que prescriben el art. 51-13 del ET y el art. 3-1-a) de la LPL en su redacción original que estableció el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, puesto que no está vigente en la actualidad el texto del art. 3

de la LPL que dispuso la Disposición Adicional 5ª de la Ley 29/1998, de 13 de julio , a su vez redactada por la Disposición Adicional 24ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre

En estos procesos a que ahora nos referimos, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción Social de conformidad con lo dispuesto por la jurisprudencia citada poco más arriba, el núcleo esencial o básico de la controversia que se ha de resolver en ellos, consiste en dilucidar si los criterios y pautas que la resolución administrativa fija a fin de determinar quienes son los trabajadores concretos afectados por el despido colectivo, alcanzan o no al trabajador demandante; de modo tal que si el Juzgado o Tribunal llega a la conclusión de que esos criterios y pautas le son de aplicación al demandante, se le ha de considerar incluido en el despido colectivo, debiendo ser desestimada su demanda; pero si, por el contrario, se concluye que dichas pautas y criterios no alcanzan al actor, será obligado estimar su demanda y declarar la nulidad de su cese, dado lo que dispone el art. 124 de la LPL .

Se reitera, como ya se explicó en párrafos anteriores, que esos criterios y reglas para la determinación de los empleados incluidos en el despido colectivo, tienen que recogerse y expresarse en la propia resolución administrativa que lo autoriza. Pero si esa resolución administrativa ni especifica personal e individualizadamente quienes son los trabajadores a quienes alcanza ese despido objetivo, ni tampoco expresa los criterios o pautas objetivas para llevar a cabo esa especificación, resulta que esa resolución carece de virtualidad para justificar el cese de cualquiera de los trabajadores de la empresa, al faltar los elementos y datos necesarios para saber quienes son los trabajadores afectados por el cese; es obvio que el incumplimiento de lo que prescriben los arts. 12, 11 y 6-1b) del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero , en relación con el art. 51 del ET hace imposible determinar quienes son los empleados que están comprendidos en aquella resolución.

Por ello si el trabajador cesado en estos casos formula una demanda análoga a las que se acaban de comentar, el Tribunal deberá acogerla favorablemente y declarar la nulidad del cese, como se ha indicado al final de párrafo inmediato anterior, ya que la resolución administrativa carece de eficacia y efectividad para poder incluir al empleado demandante en el despido colectivo de que se trata.

Pero en estos supuestos a que se acaba de aludir, no existe vicio o defecto en la comunicación del cese, sino en la propia resolución administrativa autorizadora del despido colectivo. En esta clase de despidos no hay realmente carta de despido, ni tiene que cumplirse lo que dispone el art. 53 del ET , que, como ya se dijo, nada tiene que ver con ellos. El vicio o defecto comentado podrá suponer la infracción de los arts. 12, 11 y 6-1-b) del Real Decreto 43/1996 , en relación con el art. 51 del ET , pero nunca puede vulnerar dicho art. 53.>>

Dicho criterio jurisprudencial, reiterado en posteriores sentencias del Tribunal Supremo como las de 30/06/2006 (rec. 636/2005 ) y de 14/01/2015 (rec.104/2014 ), resultan de aplicación al caso que aquí nos ocupa, lo que va a conducir a la anunciada declaración de nulidad de la resolución administrativa impugnada.

Cierto es, como alega la empresa, que en la solicitud del Expediente de Regulación de Empleo aparecían como afectados -con excepción de quienes ostentaban la condición de miembros de Comité de Empresa- la totalidad los pilotos y prácticamente todas las TCPs, interesándose autorización para la extinción de un total de 65 contratos de trabajo, de los que 28 eran pilotos y 37 TCPs. Pero resulta que finalmente la autorización fue parcial, habilitando la extinción de tan solo 18 contratos (7 pilotos y 11 TCPs) y, siendo esto así, nos encontramos con que la resolución que se impugna se limitó a establecer que "la empresa comunicará a esta Dirección General y al INEM el listado de los trabajadores afectados".

Vemos por tanto como, por una parte, no se concretaron por la Autoridad laboral los criterios para designar a los afectados y, por otra, tampoco se incorporó a la resolución una lista nominal de afectados. Por contra, la Resolución autorizó la extinción de los contratos de 7 pilotos y 11 TCPs sin más, lo que la empresa verificó, comunicando "a posteriori" a la Autoridad laboral la identidad de los mismos, desconociéndose en base a qué criterios resultaron aquellos seleccionados.

Y consideramos que el hecho de que en los convenios colectivos de pilotos y tripulantes de cabina se establecieran respectivamente los criterios de afectación en caso de ERE resulta manifiestamente insuficiente en orden a subsanar la omisión padecida. De hecho, difícilmente cabe afirmar que debió entenderse que los afectados serían los trabajadores de menor antigüedad de cada uno de los dos

colectivos, y decimos esto porque que en la comunicación de 20/01/2012 la empresa participó a la Dirección de Trabajo la identidad de los 18 trabajadores a quienes se había extinguido el contrato haciendo uso de la resolución habilitante para ello, pero resulta que los afectados no lo fueron por orden inverso a su antigüedad.

Así, la inicial lista de pilotos afectados se integraba por 28 trabajadores, y resulta que los dos más antiguos de los 7 finalmente cesados prestaban servicios desde el 03/01/1989 y 16/12/1988 respectivamente, pero advertimos que la plantilla contaba con otros 18 pilotos más modernos que no fueron afectados (13 de los cuales siguieron prestando servicios y vieron finalmente extinguido su contrato de trabajo meses después con ocasión del 2º ERE).

Y con las tripulantes de cabina sucede algo similar pues la inicial lista de TCPs afectadas se integraba por 37 trabajadoras, resultando que la más antigua de las 11 finalmente cesadas prestaba servicios desde el 19/02/1997, si bien en realidad la plantilla contaba con otras 4 tripulantes más modernas que no fueron afectadas (3 de las cuales vieron también después extinguido su contrato de trabajo con el 2º ERE, causando la otra baja voluntaria en enero de 2012).

Todo ello se deduce no solo de la relación de afectados del 2º ERE que consta al folio 13.874 de las actuaciones seguidas ante el Juzgado de lo Social nº 6, sino también incluso del escrito presentado por la empresa el 04/07/2018 en el presente procedimiento..

Pero es que además, a mayor abundamiento, incluso si se hubiese respetado en la designación de los 18 trabajadores cuyos contratos se extinguían el orden previsto en el convenio colectivo se alcanzaría la misma conclusión puesto que, en definitiva, ningún dato permite complementar o integrar la resolución de autorización parcial en lo relativo a la omisión de la indicación de los criterios para designar a los afectados. Difícilmente cabe por otra parte sostener que invocar dicha omisión sea una "cuestión nueva", como alegaba la empresa al contestar a las demandas, pues es claro que la misma no pudo plantearse antes del dictado de la resolución que se impugna.

Hemos de añadir que tampoco desde una perspectiva nominalista se podría subsanar el acto administrativo pues los trabajadores cesados no lo fueron por el orden establecido por la empresa en las iniciales relaciones de afectados.

Como antes decíamos, no consta en base a qué criterios resultaron aquellos seleccionados, todo lo cual ha de determinar la nulidad de la autorización extintiva pues ni la Resolución impugnada contenía relación nominativa de afectados ni criterios para una ulterior selección de los mismos, lo que inevitablemente conduce a dejar sin efecto aquella con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, efectos que más adelante analizaremos.

Lo hasta aquí expuesto va a impedir, lógicamente, que la Sala se pronuncie sobre la controversia relativa a la concurrencia de la causa económica alegada por la empresa como fundamento de su solicitud del ERE extintivo, así como respecto de la cuestión relativa a si existe o no grupo de empresas a efectos laborales, y si por tanto tendría que haberse tramitado un ERE del GRUPO BINTER en el que se analizara la situación de todas y cada una de las empresas que lo componen en aplicación de la denominada teoría del levantamiento del velo, extremos todos ellos que, por otra parte, fueron ya objeto de pronunciamiento en la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife de 16/09/2013 en el procedimiento 9/2012 seguido en impugnación del posterior proceso de despido colectivo (llevado a cabo poco más de dos meses después de la finalización del ERE que aquí nos ocupa), y que fue confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 29/12/2014, rec. 83/2014 .

UNDÉCIMO.- Siendo contraria a derecho la resolución impugnada, resta por acometer la cuestión relativa al alcance y efectos de tal pronunciamiento.

Los demandantes interesaban que se aplicase la original redacción de la LRJS pues era la vigente al tiempo de dictarse la resolución que autorizaba la extinción de los contratos. En base a ello solicitaban que se estuviera a lo dispuesto en el apartado 11 del art. 151 de la misma, y se declarase por tanto su derecho a la reincorporación con devengo de salarios de tramitación para todos y cada uno de los demandantes con independencia de la opción por la indemnización o readmisión que se ejercitara por la empresa (al margen de la obligada readmisión de quienes vieron vulnerados derechos fundamentales),

todo ello en base a que dicho precepto establecía que la sentencia que dejase sin efecto una resolución administrativa en virtud de la cual se hubieren producido extinciones de la relación de trabajo declararían el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo, y que en todo caso tendrían derecho a los salarios dejados de percibir.

A ello se opone la empresa alegando que el debate doctrinal y judicial sobre si procedía o no el abono de los salarios de tramitación en el periodo comprendido entre la autorización extintiva y su revocación no había sido pacífica, pero que la postura mayoritaria era que no procedían salarios de tramitación ya que los mismos estaban pensados por el legislador para los supuestos de despidos y no las extinciones de contratos de trabajo por autorización administrativa, y en tal sentido citaba cinco sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo -Sala General- dictadas el 31 de mayo de 2006 ( RJ 2006/6133; 6351; 6399; 6557; y 6628) sobre la no procedencia de salarios de tramitación, doctrina jurisprudencial que tuvo continuidad en una sexta resolución de la propia Sala dictada en idéntico sentido, concretamente la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2009 -RJ 2009/5728-, que desestima el abono de salarios de tramitación. Y en relación con ello se citaba por la empresa la detallada sistematización que sobre este extremo se hacía en el Trabajo del Catedrático y Magistrado de la Sala 4º del Tribunal Supremo D. Ángel Blasco Pellicer "Los expedientes de regulación de empleo" al que antes nos hemos referido.

Alegaba también la empresa empleadora que en ningún caso podría existir condena al pago de salarios de tramitación en virtud del artículo 151 apartado 11 de la LRJS pues dicho apartado había sido suprimido en el intervalo entre el RDL 3/2012, de 11 de febrero y la Ley 3/2012, de 06 de julio, siendo esta última la que introducía la actual redacción que alude a las consecuencias del artículo 110 apartado 1º de la misma norma y que establece que sólo en caso de readmisión podría existir condena al pago de salarios de tramitación, habiendo de estarse a ello por cuanto que en el momento del dictado de la resolución de 30/04/2012 desestimatoria de los recursos de Alzada (es decir, en el momento en que la resolución administrativa adquiere firmeza en vía administrativa) dicho apartado había sido suprimido.

Subsidiariamente, para el supuesto de que la Sala condenase al abono de salarios de tramitación, la empresa alegaba que procedería descontar de los mismos los importes percibidos por los actores en otros empleos desde su cese efectivo.

Para ilustrar la solución jurídica que va a darse al debate primeramente reproduciremos literalmente, dada su meridiana claridad, las consideraciones que sobre el particular se contienen en la arriba citada sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 24/09/2014, rec. 60/2012 , en la que resolvía sobre una autorización administrativa contemporánea a la que es objeto de impugnación en las presentes actuaciones. Se explicaba en dicha sentencia lo siguiente:

<<Al regular el procedimiento especial de impugnación de resoluciones administrativas en vía jurisdiccional social, el artículo 151 de la Ley 36/2011 vino a hacer un resumen de las disposiciones procesales del orden contencioso-administrativo, pero siempre bajo el principio de la aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , en cuanto sea compatible con los principios del proceso social, los cuales, no lo olvidemos, son los definidos como tales por el artículo 74.1 de la Ley 36/2011 : inmediación, oralidad, concentración y celeridad.

Así, al regular los pronunciamientos posibles de la sentencia, se nos dice en el artículo 151.9 de la Ley 36/2011 que éstos son los siguientes:

a) Declarar la inadmisibilidad de la demanda por carencia de jurisdicción, por no ser susceptible de impugnación el acto recurrido, haberse formulado aquélla fuera del plazo establecido o cuando se aprecie la falta de cualquier otro presupuesto procesal, así como cuando se impugnen actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

b) Desestimar la demanda cuando se ajuste a derecho el acto impugnado.

c) Estimar la demanda si se aprecia infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder por haberse utilizado las potestades administrativas para fines distintos de los legalmente previstos. En este caso, la sentencia declarará no conforme a derecho el acto impugnado y lo anulará total o

parcialmente y, cuando así proceda, ordenará el cese o la modificación de la actuación impugnada o impondrá el reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada.

d) En caso de declaración de nulidad del acto o resolución por omisión de requisitos de forma subsanables de carácter esencial que hayan ocasionado indefensión, podrá disponer la nulidad del procedimiento seguido a los solos efectos de retrotraerlo al momento de producción, añadiendo que la declaración de la caducidad del expediente, no impedirá la nueva iniciación de la actuación administrativa si por su naturaleza no estuviera sujeta a un plazo extintivo de cualquier clase, sin que el procedimiento caducado tenga eficacia interruptiva de dicho plazo.

Se trata, como vemos, de un resumen de lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . Estas disposiciones, interpretadas y complementadas por las previsiones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , son aplicables en el caso presente, cuando se trata de la impugnación de una resolución administrativa en un expediente de regulación de empleo.

Pero, además, la Ley pretendió integrar la ejecución de la resolución en sus efectos sobre el despido colectivo dentro del mismo proceso del artículo 151, a diferencia de lo que ocurría en el anterior procedimiento contencioso- administrativo en estos casos, en los que se hacía preciso la interposición de una posterior demanda por despido. Lo previsto en el artículo 151.11 se añade sobre el artículo 151.9, no lo sustituye.

Ese número once del artículo 151 de la Ley jurisdiccional, en la versión aplicable al caso, establece lo siguiente:

"La sentencia que deje sin efecto una resolución administrativa en virtud de la cual se hubieren producido extinciones de la relación de trabajo declarará el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo.

Salvo que el empresario dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de la sentencia opte, por escrito ante el órgano judicial, por indemnizar a los trabajadores con la indemnización establecida para el despido improcedente, deberá comunicar por escrito a dichos trabajadores la fecha de su reincorporación al trabajo dentro de los quince días siguientes a la referida firmeza. En cualquiera de los casos anteriores, el trabajador tendrá derecho a los salarios dejados de percibir, con deducción de los que hubiere recibido desde la extinción y con devolución o deducción de las cantidades percibidas como indemnización, según lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del art. 123 de esta Ley. De no readmitir el empresario al trabajador o de efectuarse la readmisión de modo irregular, éste podrá instar la ejecución de la sentencia en los veinte días siguientes conforme, en lo demás, a lo establecido en los arts. 279 a 281 de esta Ley.

De dejarse sin efecto la resolución administrativa por apreciarse vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, los trabajadores tendrán derecho a la inmediata readmisión y al abono de los salarios dejados de percibir y podrán, en su caso, instar la ejecución conforme a los arts. 282 y siguientes de esta Ley.

De haber percibido el trabajador prestaciones por desempleo, se aplicarán las disposiciones del apartado 5 del art. 209 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio , en función de que haya tenido lugar o no la readmisión del trabajador".>>

Partiendo de ello, entiende esta Sala que asiste la razón a los demandantes. En primer lugar debe decirse que, pese a ser cierto y coherente lo que argumenta la empresa con lo resuelto por el Tribunal Supremo en las sentencias que por aquella se citan en sentido desestimatorio respecto del abono de salarios de tramitación, repárese en que dichas sentencias fueron dictadas antes de entrar en vigor la LRJS, circunstancia que evidentemente ha de ser tenida en cuenta, y que va a conducir a la conclusión contraria.

En este punto, y por la misma razón, no puede tenerse en cuenta el invocado Trabajo del Catedrático y Magistrado de la Sala 4º del Tribunal Supremo D. Ángel Blasco Pellicer"Los expedientes de regulación de empleo" cuando se refería a dicha línea jurisprudencial -de la que también se hacía eco la guía práctica "Memento Experto, Expedientes de Regulación de Empleo" (ISBN 978-84-15056-54-6) en su páginas 95, 142 y siguientes-.

Ya el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido que apuntamos dejando clara la cuestión al resolver mediante auto de 24/07/2015 el recurso de queja 92/2014, dictado precisamente con ocasión de la defectuosa preparación de recurso de casación frente a la arriba citada sentencia de la Audiencia Nacional de 24/09/2014 . En ese procedimiento la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional había dictado un auto teniendo por no preparado el recurso de la empresa en el que (transcribiendo el párrafo segundo del art. 151.11 LRJS ) se argumentaba que del texto legal citado se deducía que el fallo sería objeto de ejecución por una cantidad cuantificable en los salarios dejados de percibir desde el despido. Y el Alto Tribunal desestimó la queja explicando en los fundamentos de derecho 1º y 2º lo siguiente:

<<PRIMERO.- El letrado de IBERIA ha interpuesto recurso de queja contra el citado auto y denuncia la infracción de los arts. 151.11 y 230 LRJS . Alega que la sentencia no hace referencia alguna a cuál sea el salario regulador; la concreción del derecho del trabajador se hace depender de la opción de la empresa que se hará dentro de los cinco días siguientes a la firmeza, momento en que podrá determinarse la cantidad que debe abonar la empresa, bien los salarios hasta esa fecha incierta, bien la indemnización para el despido improcedente que exige conocer el día final de cómputo. Por otra parte la recurrente en queja destaca el carácter declarativo del procedimiento, dirigido a impugnar una resolución administrativa autorizando el despido colectivo y dictada antes de la entrada en vigor del RD Ley 3/2012. En definitiva, el argumento es que no es exigible consignación alguna porque no hay condena a cantidad líquida, citándose el ATS/IV de 23 de julio de 2013 (recurso de queja 8/2013 ).

SEGUNDO.- Según la disposición transitoria 11ª del RD Ley 3/2012 , "la modalidad procesal prevista en el artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social será de aplicación a los despidos colectivos iniciados con posterioridad a la vigencia de este real decreto ley". Lo que significa que como la resolución impugnada en las actuaciones es de 24 de enero de 2012 resulta aplicable el art. 151.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en su versión anterior a la vigencia del citado RD Ley 3/2012, el cual establecía que "La sentencia que deje sin efecto una resolución administrativa en virtud de la cual se hubieren producido extinciones de la relación de trabajo declarará el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo".

El precepto citado añadía que "salvo que el empresario dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de la sentencia opte, por escrito ante el órgano judicial, por indemnizar a los trabajadores con la indemnización establecida para el despido improcedente, deberá comunicar por escrito a dichos trabajadores la fecha de su reincorporación al trabajo dentro de los quince días siguientes a la referida firmeza. En cualquiera de los casos anteriores, el trabajador tendrá derecho a los salarios dejados de percibir, con deducción de los que hubiere recibido desde la extinción y con devolución o deducción de las cantidades percibidas como indemnización, según lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 123 de esta Ley . De no readmitir el empresario al trabajador o de efectuarse la readmisión de modo irregular, éste podrá instar la ejecución de la sentencia en los veinte días siguientes conforme, en lo demás, a lo establecido en los artículos 279 a 281 de esta Ley " .

En consecuencia y de conformidad con dicho artículo la sentencia dictada por la Audiencia Nacional es ejecutable como se decide en el auto recurrido, el cual debe confirmarse en este punto.>>

De ello se deduce claramente que también al caso de autos -vista la fecha en que se dictó la resolución autorizante aquí impugnada- resulta de plena aplicación lo establecido en el originario art. 151.11 de la LRJS , no cabiendo sino dar por reproducido lo ya argumentado en el fundamento de derecho 3º de la presente sentencia, donde hacíamos alusión al auto del Tribunal Supremo de 11/01/2018 (rec. 639/2017 ) en el que se afirmaba taxativamente que al supuesto de autos le es aplicable la norma procesal laboral en su versión original, puesto que el acto administrativo impugnado se dictó antes del 11 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor el RDL 3/2012.

DUODÉCIMO.- Por todo lo expuesto, y procediendo -en atención a lo indicado en el fundamento de derecho 10º- dejar sin efecto la resolución administrativa impugnada, hemos de declarar el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo con los efectos literalmente establecidos en el originario art. 151.11 de la LRJS , lo que comporta que, salvo que la empresa BINTER CANARIAS S.A. dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de esta sentencia opte por escrito por indemnizarles con la indemnización legalmente establecida al tiempo del cese para el despido improcedente, deberá comunicar por escrito a dichos trabajadores la fecha de su reincorporación al trabajo dentro de los quince

días siguientes a la referida firmeza; y, en todo caso, tendrán los trabajadores derecho a los salarios dejados de percibir de conformidad con el salario regulador que para cada uno de ellos se ha hecho constar en el hecho probado 1º de esta sentencia, con deducción de los que hubiere recibido desde la extinción, y con devolución o deducción de las cantidades percibidas como indemnización, según lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del art. 123 de la LRJS .

Pero establecía el penúltimo párrafo del mencionado art. 151.11 que si apreciarse vulneración de derechos fundamentales o libertades publicas los trabajadores tendrán derecho a la inmediata readmisión -además del abono de los salarios dejados de percibir-, resultando que en el supuesto que nos ocupa, diversos trabajadores invocaban vulneración de derechos fundamentales.

En relación con ello, por una parte los pilotos demandantes invocaban vulneración del principio de igualdad del art. 14 de la Constitución en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) previsto en el art. 24 de la misma en relación con el derecho fundamental de libertad sindical del art. 28 de la carta Magna , alegando a tal fin que su cese obedeció en realidad al apoyo que prestaron al SEPLA en sus reivindicaciones. Además, todos ellos (salvo el Sr. Hernan ) denunciaban que habían sido víctimas de acoso laboral por la misma razón, invocando infracción del derecho fundamental a la integridad física y moral del art. 15 de la Constitución .

Comenzando por ésto último, recordemos que el acoso en el trabajo también denominado mobbing o bossing puede ser definido como aquellas conductas reiteradas en un periodo de tiempo más o menos prolongado en por medio de agresiones verbales, aislamiento social, difusión de críticas o rumores sobre el trabajador, se crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para quien es objeto de la misma con la consiguiente lesión de su dignidad e integridad moral. Tres son los elementos esenciales del acoso moral:

1º) La existencia de comportamientos hostiles hacia el trabajador.

2º) Su reiteración o sucesión a lo largo de un periodo más o menos largo de tiempo (dependiendo de las circunstancias concretas del caso y de la intensidad de la conducta). La reiteración de comportamientos no es más que la consecuencia lógica de un plan, de una actitud tendente a un resulta, pero será en el caso concreto, y solo en él, donde se analizará esa reiteración de comportamientos como evidenciadores de dicho fin.

3º) La producción de un efecto lesivo de la integridad moral de la persona y degradante de su ambiente u otras condiciones de trabajo.

Configurado así el acoso, a la hora de analizar la situación concreta planteada, hay que precisar los actos concretos y la intención perseguida, para acertar confundir aquel instinto con otras figuras que afectando al trabajador y pudiendo incluso constituir un trato incorrecto, e, incluso, degradante, no son sin embargo, verdadero acoso. Así, se diferencia el mobbing de figuras afines como el síndrome del quemado o burn-out, el síndrome de stress laboral (manifestación del anterior), o la existencia de alteraciones psíquicas que suponen que el trabajador se cree acosado sin estarlo, y el ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial. Y lo cierto es que en el presente caso no advertimos indicio alguno del pretendido acoso laboral.

En lo tocante a la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, según se decía en sentencia de esta Sala de fecha 11- 11-2015 (rec. 801/2015) el Tribunal Constitucional sostiene a propósito de la garantía de indemnidad lo siguiente ( TC Sentencia de 19 de enero 2006 ):

"En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo ( art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del

Estatuto de los trabajadores (RCL 1995\ 997); SSTC 14/1993, de 18 de enero (RTC 1993/14), F. 2 ; 38/2005, de 28 de febrero (RTC 2005\ 38), F. 3 ; y 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005\ 182), F. 2).

(.....) También es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (por todas, SSTC 66/2002, de 21 de marzo (RTC 2002\ 66), F. 3 ; 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003\ 17), E. 4 ; 49/2003, de 17 de marzo (RTC 2003\49), F. 4 ; 171/2003, de 29 de septiembre (RTC 2003\ 171), E. 3 ; 188/2004, de 2 de noviembre (RTC 2004\ 188), F. 4 ; y 171/2005, de 20 de junio (RTC 2005\ 171), F. 3)."

Con carácter general, en materia probatoria se requiere que por parte del trabajador se aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales ( STC 38/1986, de 21 de marzo ), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de dicho Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio , y 85/1995, de 6 de junio ). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada /or los indicios.

Y en el caso que ahora enjuiciamos, vista la prueba practicada, no constata esta Sala -más allá de la mera afiliación al Sindicato SEPLA- datos suficientes para concluir la existencia de indicios de discriminación que provoquen la inversión de la carga de la prueba, sino meras sospechas o conjeturas de parte, de manera que no debe de recaer sobre la empresa la carga de demostrar que a los pilotos demandantes se le seleccionara por razones ajenas a su afiliación sindical. Recordemos además la sintomática circunstancia de que, meses después de los ceses que nos ocupan, la empresa procedió a un despido colectivo por análogas razones económicas cuya legalidad fue ratificada por la Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife y por el Tribunal Supremo.

DECIMOTERCERO.- Sin embargo, resulta no controvertido que al tiempo del cese dos de las tripulantes demandantes, en concreto D<sup>a</sup> Marta y D<sup>a</sup> Justa , se encontraban en estado de gestación.

Y tampoco se discute que tanto las tripulantes D<sup>a</sup> Leticia , D<sup>a</sup> Lourdes y D<sup>a</sup> Raquel como los pilotos D<sup>a</sup> Natividad y D. Hernan se encontraban en situación de reducción de jornada por guarda legal al amparo de lo dispuesto en el art. 37.5 del texto del entonces vigente E.T . aprobado RDLeg. 1/1995 de 24 marzo de 1995 (además de que D. Hernan había solicitado situarse en excedencia para cuidado de hijos con efectos de 27/01/2012).

Tales circunstancias van a conducir a la obligada readmisión de dichos 7 trabajadores. Efectivamente, disponía el art. 55.5 del referido texto (paralelamente al a día de hoy vigente) que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, siendo también nulo el despido de las trabajadoras embarazadas y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del art. 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del art. 46; todo ello salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

En la misma línea, como antes recordábamos, se establecía en el penúltimo párrafo del art. 151.11LRJS que, de dejarse sin efecto la resolución administrativa autorizante de un ERE por apreciarse vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, los trabajadores tendrán derecho a la inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir.

La jurisprudencia, por todas STS 13-03-2013, rec. 107/2012 , ha sintetizado los supuestos de discriminación directa o indirecta a las mujeres trabajadoras en los términos siguientes:

"... la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo ( SSTC 145/1991, de 1 de julio EDJ1991/7121 ; 147/1995, de 16 de octubre EDJ1995/5507 ; 198/1996 de 3 de diciembre EDJ1996/9919). Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de las trabajadoras (por todas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska ; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz EDJ 1991/22570 ; de 4 de junio de 1992, asunto Bötél EDJ1992/13973 , o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez EDJ 1999/99).

Por lo demás, conviene recordar que, como ya hemos afirmado en anteriores ocasiones en relación con las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como "la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones" ( STC 109/1993, de 25 de marzo EDJ1993/2982, Fj 6); y que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él" ( STC 128/1987, de 16 de julio EDJ1987/128. "

Es por ello que el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida profesional, personal y familiar, reconocidos en el art. 37 ET , no puede producir ninguna discriminación directa o indirecta para las trabajadoras que se acojan a los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 CE , 17.1 ET y 6 , 8 y 9 LO 7/2007 .

Por todo lo expuesto se impone en tales casos, por ministerio de la ley, la declaración de nulidad de los ceses, criterio este reiteradamente mantenido por el Tribunal Supremo en diversas Sentencias, como las de 16-10-2012 (Rec. 247/2011 ) y 25-01-2013 (Rec. 1144/2012 ), manteniéndose en ellas que es nulo el despido de una trabajadora practicado cuando la misma disfrutaba del permiso previsto en el art. 37.5 del ET .

En tal sentido se pronunciaba igualmente el Tribunal Supremo en sentencia de 14/01/2015 (rec.104/2014 ) analizando los efectos de un ERE anterior a la reforma laboral del año 2012 (al igual que el aquí enjuiciado, autorizado por la Administración) respecto de una trabajadora embarazada y con reducción de jornada por cuidado de hijo, explicando el Alto Tribunal lo siguiente:

<<...la sentencia de esta Sala de 16 de octubre de 2012, recurso 247/2011 ha establecido: "La Sala ha de aplicar la misma doctrina que fijó el Tribunal Constitucional en su sentencia 92/2008 (21/Julio ) sobre el carácter automático de la declaración de nulidad en el supuesto de que el despido -no justificado- de la trabajadora gestante ( SSTS 17/10/08 -rcud 1957/07 -; 16/01/09 - rcud 1758/08 -; 17/03/09 -rcud 2251/08 -; 13/04/09 -rcud 2351/08 -; 30/04/09 -rcud 2428/08 -; 06/05/09 -rcud 2063/08 -; y 18/04/11 -rcud 2893/10 -, éste en obiter dicta), y cuyos resumidos argumentos son extrapolables -"mutatis mutandi"- al caso de autos: "a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas (léase guarda legal de menor) constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo ( art. 14 CE )... b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia (añádase

cuidado de hijos menores), hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales... d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada (guarda legal, en el caso ahora tratado) una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental... " ( STS 06/05/09 -rcud 2063/08 -)."

(...) Tal y como ha señalado la STC 111/2003, de 15 de junio "recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión", prueba que no ha logrado, ni tan siquiera intentado practicar. El demandado debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterio había seguido para la extinción del contrato de la actora, cuál era el motivo de que se prescindiera de su puesto de trabajo, teniendo en cuenta la incidencia de las causas económicas en la supresión del mismo. Por el contrario, el demandado nada ha acreditado, tal y como consta en el ordinal octavo del relato de hechos probados de la sentencia de instancia: "En la memoria y en el escrito de subsanación, aportados por las demandadas, se significó que los criterios de designación de los trabajadores nominados, entre los que se encontraba la demandante, debían determinarse en la negociación del período de consultas. - En el acta de 14-12-2011, que cerró con acuerdo el período de consultas, no se menciona qué criterios se han tenido en cuenta para la selección de los trabajadores afectados". A mayor abundamiento, en el fundamento de derecho quinto, con evidente valor de hecho probado, consta que la Dirección General de Empleo advirtió a la demandada, al inicio del periodo de consultas, que debía aportar los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados por el expediente contestándole, en el escrito de 17 de noviembre de 2011, que dichos criterios se establecerían en el periodo de consultas, lo que no se realizó. En el proceso no se ha alegado ni, por ende, practicado prueba alguna tendente a acreditar las causas reales y objetivas que, en su caso, podrían justificar la decisión extintiva adoptada por la empresa respecto a la demandante.>>>.

Como se advierte con todo lo hasta aquí expuesto, la finalidad de dicha sobreprotección normativa es proporcionar a los trabajadores que se encuentren en aquellas circunstancias una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándoles de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental, doctrina que es plenamente aplicable al supuesto aquí contemplado, sin que a ello obste que las extinciones de los contratos de trabajo deriven de una autorización administrativa.

Es por todo ello que respecto de los trabajadores a que nos estamos refiriendo en el presente fundamento de derecho no tendrá la empresa la facultad de optar entre la readmisión o el abono de la indemnización por despido improcedente, sino que resultará obligada la inmediata readmisión de los mismos con abono de los salarios dejados de percibir, con deducción de los que hubieren recibido desde la extinción y de las cantidades en su día percibidas como indemnización.

DECIMOCUARTO.- Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación en base a lo establecido en el art. 206 y concordantes de la LRJS .

Y vistos, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación,

### **FALLO:**

Estimamos las demandas interpuestas respectivamente por D. Hernan , Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas (SEPLA) D. Ignacio , D. Íñigo , D. Isidoro , D<sup>a</sup> Natividad , D. Jon , D. Julián , D<sup>a</sup> Piedad , D<sup>a</sup> Raquel , D<sup>a</sup> Marta , D<sup>a</sup> Justa , D<sup>a</sup> Leticia , D<sup>a</sup> Lourdes , D<sup>a</sup> Luz y D<sup>a</sup> María frente a los codemandados arriba referenciados, con los siguientes pronunciamientos:

Primero.- Se acuerda dejar sin efecto la Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 27 de diciembre de 2011, y por tanto la Orden nº 238/2012 de la Consejería de Empleo, Industria y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias por la que se desestimaban los recursos de alzada presentados contra la referida Resolución, declarándose el derecho de los demandantes a reincorporarse en sus puestos de trabajo, debiendo los codemandados aquietarse con tal declaración.

Segundo.- Respecto de los trabajadores D. Ignacio , D. Íñigo , D. Isidoro , D. Jon , D. Julián , D<sup>a</sup> Piedad , D<sup>a</sup> Luz y D<sup>a</sup> María , y salvo que la demandada BINTER CANARIAS S.A. dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de esta sentencia opte por escrito por indemnizarles con los importes que seguidamente se indicarán, deberá la referida empresa comunicar por escrito a los mismos la fecha de su reincorporación al trabajo dentro de los quince días siguientes a la referida firmeza. En todo caso, sea cual sea la opción ejercitada, dichos trabajadores tendrán derecho a los salarios dejados de percibir de conformidad con el salario regulador que para cada uno de ellos se ha hecho constar en el hecho probado 1º de esta sentencia a cargo de la empresa BINTER CANARIAS S.A., con deducción de los que hubieran recibido desde la extinción y de las cantidades percibidas como indemnización, lo que se verificará en trámite de ejecución de sentencia.

Las indemnizaciones a abonar a los mismos por BINTER CANARIAS S.A. en caso de ejercitarse dicha opción son las siguientes:

D. Ignacio .....400.445,33 euros

D. Íñigo .....243.123,38euros

D. Isidoro .....106.552,88 euros

D. Jon ..... 438.757,61 euros

D. Julián ..... 255.746,10euros

D<sup>a</sup> Piedad ..... 30.365,05 euros

D<sup>a</sup> Luz .....31.543,16euros

D<sup>a</sup> María ..... 42.194,25euros

Tercero.- Se declara el derecho de los trabajadores D<sup>a</sup> Marta D<sup>a</sup> Justa , D<sup>a</sup> Leticia , D<sup>a</sup> Lourdes , D<sup>a</sup> Raquel , D<sup>a</sup> Natividad y D. Hernan a su inmediata readmisión en la empresa, condenándose a BINTER CANARIAS S.A. a hacer efectiva la misma y a abonarles igualmente los salarios dejados de percibir de conformidad con el salario regulador que para cada uno de ellos se ha hecho constar en el hecho probado 1º de esta sentencia con deducción de los que hubieran recibido desde la extinción y de las cantidades percibidas como indemnización, lo que se verificará en trámite de ejecución de sentencia.

Cuarto.- De haber percibido los trabajadores prestaciones por desempleo, se aplicarán las disposiciones del apartado 5 del art. 209 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en función de que tenga lugar o no la readmisión.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, y al Ministerio Fiscal, en su caso, y adviértaseles que contra esta sentencia cabe Recurso de Casación ordinario, que se preparará por las partes por comparecencia, por escrito o por mera manifestación ante esta Sala de lo Social dentro de los CINCO DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 208 y 209 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, si ha hubiere, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en la entidad de crédito del SANTANDER c/c nº 353700006600322018, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Remítase testimonio a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.