



Roj: STSJ CAT 182/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:182
Id Cendoj: 08019340012015100110

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Barcelona

Sección: 1

Nº de Recurso: 5184/2014

Nº de Resolución: 93/2015

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: MARIA DEL PILAR MARTIN ABELLA

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 43148 - 44 - 4 - 2013 - 8034946

F.S.

Recurso de Suplicación: 5184/2014

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUIS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMA. SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA

En Barcelona a 12 de enero de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 93/2015

En el recurso de suplicación interpuesto por Fabio y otros frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Tarragona de fecha 13 de marzo de 2014 dictada en el procedimiento Demandas nº 598/2013 y siendo recurrido/a Pañalon, S.A., Pañalon Hml, S.L., Tradilo Inversiones, S.L. y Pañalon Multimodal, S.A.. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. MARIA PILAR MARTIN ABELLA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15-7-13 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 13 de marzo de 2014 que contenía el siguiente Fallo:

Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Fabio , con D.N.I. nº NUM000 , D. Remigio , con N.I.E. nº NUM001 , D. Adolfo , con D.N.I. nº NUM002 , y D. Esteban , con D.N.I. nº NUM003 , contra la empresa PAÑALON, S.A., PAÑALON HML, S.L., PAÑALON MULTIMODAL, S.A. y TRADILO INVERSIONES, S.L., debo absolver y absuelvo a las demandadas de los pedimentos de la parte actora, confirmando el despido objetivo con efectos del 27-5-2013.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- Los demandantes prestaron servicios para la empresa demandada PAÑALON, S.A., con antigüedad, ostentando la categoría profesional y percibiendo un salario mensual con inclusión de prorrata de pagas extras que a continuación se relaciona:

D. Fabio , prestó servicios para la empresa demandada desde el 1-8-2001, ostentando la categoría profesional de Conductor Mecánico, percibiendo un salario mensual con inclusión de prorrata de pagas extras de 2.302,23 euros.

D. Remigio , prestó servicios para la empresa demandada desde el 28-6-2002, ostentando la categoría profesional de Conductor Mecánico, percibiendo un salario mensual con inclusión de prorrata de pagas extras de 2.299,36 euros.

D. Adolfo , prestó servicios para la empresa demandada desde el 17-11-2003, ostentando la categoría profesional de Conductor Mecánico, percibiendo un salario mensual con inclusión de prorrata de pagas extras de 2.156,48 euros.

y D. Esteban , prestó servicios para la empresa demandada desde el 27-11-2003, ostentando la categoría profesional de Conductor Mecánico, percibiendo un salario mensual con inclusión de prorrata de pagas extras de 2.311,40 euros.

La relación laboral de los trabajadores D. Fabio , D. Remigio , D. Adolfo , se documentó mediante un contrato bonificado, fijándose la indemnización para el supuesto de despido improcedente en 33 días de salario con el tope de 24 mensualidades.

(demanda rectora, docum. nº 2, 3, 5, 8, 10 de la parte actora, docum. nº 2 y 4 de las codemandadas)

SEGUNDO.- Por carta de la empresa demandada PAÑALON, S.A. de fecha 27-5-2013 se comunicó a los actores su despido objetivo por causas objetivas y productivas, con efectos desde esa misma fecha, poniendo a su disposición una indemnización de 20 días de salario por año de servicios en las siguientes cuantías:

D. Fabio = 21.010,72 euros

D. Remigio = 19.510,46 euros

D. Adolfo = 15.057,52 euros

D. Esteban = 16.204,02 euros

Los demandantes han percibido la indemnización ofrecida por la empresa demandada por el despido objetivo efectuado.

Carta que obra en autos y se tiene por reproducida a los efectos de su incorporación al presente relato fáctico.

(docum. nº 1, 5, 7 y 9 de los actores, docum. nº 3 de las codemandadas)

TERCERO.- Las empresas PAÑALON, S.A. y PAÑALON HML, S.L., forman parte de un grupo de empresas mercantil, en la que PAÑALON es la empresa dominante desde el 11-7-2008, al haber adquirido el control de PAÑALON MULTIMODAL, S.A. dedicada a una modalidad de transporte distinto al desarrollado por las citadas empresas codemandadas, con quienes consolidan cuentas desde entonces. PAÑALON HML, S.L., inició su actividad el 3-9-2012, siendo su objeto social la actividad de porta vehículos, que desarrollaba anteriormente PAÑALON, S.A., quien se subrogó en los contratos de trabajo, que pasaron a formar para de su plantilla desde PAÑALON, S.A., formalizándose dicha medida en conciliación alcanzada ante la Sala el 19-11-2012.

(docum. nº 1, 5, 12, 16 de las codemandadas y pericial económica del Sr. Teodulfo)

CUARTO.- El día 29-11-2011 la empresa PAÑALON, S.A. alcanzó un acuerdo con el Comité intercentros, denominado "Acuerdo colectivo de ámbito nacional entre PAÑALON, S.A. y la RLT, que establece las relaciones laborales con su personal conductor en el periodo 2011 a 2015".

En el acuerdo mencionado la RLT aceptó la reducción de retribución de su personal en un 6%, comprometiéndose la empresa a no aplicar medidas de despidos colectivo o por causas objetivas o expedientes de suspensión de contratos que afecten a la plantilla actual de conductores por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

No obstante en el año 2011 se han producido 110 despidos de conductores y otros 12 en el año 2012.

(docum. nº 11 de la parte actora, docum. nº 5 de las codemandadas)

QUINTO.- El periodo de consultas se negoció con el comité intercentros de PAÑALON, S.A. y con delegados de PAÑALON HML, S.L., iniciándose el 5-12-2012, habiéndose mantenido reuniones los días 10, 14 y 19 de diciembre de 2012. En el acta de 14-12-2012 consta reflejado que ambas empresas demandadas aportaron las cuentas de PAÑALON MULTIMODAL, S.A. y TRADILO INVERSONES, S.L., sin que se pidiera por la RLT las cuentas consolidadas del grupo durante la negociación. El día 19-12-2012 concluyó sin acuerdo el periodo de consultas.

(Sentencia de la Audiencia Nacional de 19-3-2013 -docum nº 5 de las codemandadas-)

SEXTO.- El resultado de explotación de PAÑALON, S.A. en los nueve primeros meses de 2012 ascendió a -438.380 euros y sus resultados ascendieron a - 1.628.545 euros -El resultado de explotación de PAÑALON HML, S.L. en el mes de septiembre de 2012 ascendió a 4.298 euros y sus resultados arrojaron la cifra de -473 euros.

(docum. nº 9, 10, 15 a 17 de las codemandadas)

SÉPTIMO.- El resultado de explotación de PAÑALON, S.A. en el ejercicio 2012 completo ascendió a 1.005.591 euros y arrojó unas pérdidas de 1.713.597 euros - PAÑALON HML, S.L. arrojó un resultado de explotación de -232.545 euros y unas pérdidas de 190.498 euros.

(docum. nº 9, 10, 15 a 17 de las codemandadas)

OCTAVO.- El Sindicato CC.OO. interpuso conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional contra las empresas PAÑALON, S.A. y PAÑALON HML, S.L., en fecha 23-1-2013, solicitando se declare la nulidad de la medida empresarial consistente en reducir el 5% del total de los salarios aplicado a los incentivos variables del personal conductor del pacto de empresa perteneciente a ambas sociedades o subsidiariamente se declare el carácter injustificado de esta medida empresarial de modificación de condiciones de trabajo y se declare el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a mantener las condiciones del pacto suscrito con vigencia 2012-2015.

Por Sentencia de la Audiencia Nacional de 19-3-2013, se desestima la demanda, declarando justificada la medida impuesta por las empresas demandadas, al haber demostrado la concurrencia de las causas alegadas, ya que ambas empresas están en situación económica negativa, habiendo acreditado pérdidas actualizadas.

(docum nº 5 de las codemandadas)

NOVENO.- La empresa demandada PAÑALON, S.A., en todos sus centros de trabajo tenía una plantilla aproximada en el año 2013 de 240 trabajadores, habiendo procedido a extinguir los siguientes contratos entre el 27-2-2013 al 27-5-2013:

-Por despido objetivo = 10 contratos

-Jubilación = 4 contratos

-Finalización contrato temporal = 1 contrato

Dicha procedió a extinguir desde el 28-5-2013 al 28-8-2013 los siguientes:

-Por despido objetivo = 5 contratos

-Jubilación = 3 contratos

-Finalización contrato temporal = 3 contrato

-Cese voluntario = 2 contratos

(bloque nº 2, 3 y 7 de las codemandadas)

DÉCIMO.- A 30 de mayo de 2013 PAÑALON, S.A. recoge pérdidas por cuantía de 353.098 euros. Dichas pérdidas se concentran en la actividad con la flota propia, tanto en Polivalentes, como Pulverulentos y Portavehículos, especialmente en esta última, dándose los escasos beneficios en la Tracción y la Colaboración.

PAÑALON HML, S.L., a 30 de mayo de 2013 arroja unas pérdidas de 486.758 euros.

(pericial Economista Don. Teodulfo , docum. nº 1 y 10 de las codemandadas)

UNDÉCIMO.- La actividad, medida a través del número de pedidos, descendió un 12% en el año 2012, retrocediendo hasta un nivel inferior al del año 2010. Así se pasó de 113.021 pedidos en el año 2011 a 99.710 pedidos en el 2012.

Hasta mayo de 2013 los pedidos han descendido un 16% en cómputo interanual, pasando de 44.460 pedidos a 37.185 pedidos.

Este descenso es especialmente elevado en la actividad de Portavehículos, desarrollada por PAÑALON HML, S.L. desde septiembre de 2012, dado que en el 2012 el descenso fue del 17% y a mayo de 2013 lo hizo un 23%, pasando de 24.373 pedidos a 18.845 pedidos.

Este descenso está relaciona con los clientes más importantes, tales como Repsol, Exxon, Grupo Iveco, grupo Daimler, Grupo Volvo y Grupo Renault, que pos sí solos supusieron 11.585 pedidos cesantes en el 2012, esterilizando la mejoría de dicha variable registrada en el año 2011.

Los pedidos de dos principales clientes de Polivanlentes y Pulverulentos, Repsol y Exxon, desarrollada por PAÑALON, S.A. se redujeron un 43% en el año 2012, pasando de 7.154 pedidos a 4.094 pedidos. En los cinco primeros meses del año 2013 los pedidos de Repsol descendieron un 14% en cómputo interanual.

Los pedidos de los principales clientes de Portavehículos Iveco, Daimler, Volvo y Renault, llevada a cabo por PAÑALON HML, S.L., se redujeron un 24% en el año 2012, pasando de 35.302 pedidos a 26.777 pedidos y un 10% en cómputo interanual a mayo del año 2013.

(pericial del Economista Don. Teodulfo , docum. nº 1 de las codemandadas)

DUODÉCIMO.- PAÑALON, S.A. ha disminuido sus ventas en un 18% en el año 2012, pasando de 106,7 MM euros a 87,1 mm euros, y una caída interanual a mayo de 2013 del 38%, pasando de 42,9 MM euros a 26,7 mm de euros.

(pericial del Economista Don. Teodulfo)

DÉCIMO TERCERO.- La parte actora no ostentan ni han ostentado en el último año cargo representativo o sindical.

DÉCIMO CUARTO.- El día 9-7-2013 se intentó la conciliación ante el organismo público competente que tuvo lugar sin avenencia respecto a PAÑALON, S.A. e intentada sin efecto respecto al resto de empresas codemandadas, según papeleta presentada el día 19-6-2013.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Contra la sentencia de instancia se alza el letrado de Fabio Y OTROS invocando como primer motivo la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.b) conforme a la redacción de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

En primer lugar, la recurrente pretende la modificación del hecho probado noveno, para que se haga constar el contenido que propone al amparo de los TC2 y certificados de empresa, bloque de documentos 2,3 y 7 de las demandadas, lo que debe ser desestimado por cuanto no se ha discutido por la recurrente que no estamos ante un grupo de empresas a efectos laborales, y olvida la misma que hay que distinguir si la empresa que pretende realizar los despidos por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción forma parte de un grupo mercantil o laboral de empresas por concurrir en este último caso alguno de los elementos adicionales establecidos por la jurisprudencia (TS 7-5-13, Rec 78/12 ; 20-3-13, Rec 81/12 ; 25-9-13, Rec 3/13). En el primer supuesto la valoración de sí ha de acudir a la figura del despido colectivo o al objetivo atendiendo al número total de afectados, ha de referirse a la empresa que aparece como empleadora y pretende extinguir los contratos de trabajo y no a la totalidad de las empresas del grupo (TSJ Galicia 31-3-09 , EDJ 64893). En el segundo supuesto, la unidad de referencia será el grupo en su conjunto (TSJ País Vasco 9-12-10, Rec 2248/10). Por ello, la modificación propuesta es intrascendente para el fallo, ya que pretende añadir datos de una empresa que no es la empleadora, por lo que procede su desestimación, no observando esta Sala error en la apreciación de los documentos mencionados respecto a Pañalon S.A.

En segundo lugar, la recurrente pretende la modificación del hecho probado sexto y supresión del séptimo, al amparo de los documentos 13 parte actora, 9 codemandadas y pericial Don. Teodulfo , lo que

debe ser desestimado por cuanto la recurrente pretende hacer prevalecer la prueba que refiere y valoración subjetiva frente a la prueba y valoración efectuada por el juzgador de instancia, que debe prevalecer a tenor del principio de libre valoración de la prueba, olvidando que la doctrina de suplicación, al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de "reglas básicas", cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas "reglas" las podemos compendiar del siguiente modo: 1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho. 2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que le sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1967 , 18 y 27 de marzo de 1968 , 8 y 30 de junio de 1978 , 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995). Y 3º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980 , 30 de octubre de 1991 , 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994).

En tercer lugar, la recurrente pretende la modificación del hecho probado undécimo y supresión del duodécimo, al amparo de los documentos 13 parte actora, 9 codemandadas, considerando que existe una contradicción entre la memoria de las cuentas anuales, el informe de gestión y la pericial aportada de contrario, lo que debe ser desestimado pues la recurrente pretende hacer prevalecer la prueba y valoración que menciona frente a la valorada por el magistrado de instancia alegando la existencia de contradicciones sin invocar el error en la valoración de la prueba, ni precepto a su amparo, prueba que ha sido valorada conforme a los preceptos legales que rigen su valoración, lo que conlleva la desestimación de sus alegaciones.

SEGUNDO .- Se alega como segundo motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la infracción del art. 51.1 del ET y 55.3 del ET y la sentencia del Tribunal Supremo rec. 2724/2011 y rec. 1878/08 .

La recurrente considera que la decisión extintiva adoptada por la empleadora coincide con otras extinciones en el seno del grupo empresarial, y si tenemos en cuenta que en octubre de 2013 la plantilla de todas las codemandadas era de 328 trabajadores, se superaba en demasía los 30 trabajadores fijados por el art. 51.1.c) del ET . En atención al número de extinciones producidas no sólo en octubre sino también en el período de 90 días sucesivos, la empleadora debería haber acudido al art. 51 del ET y no al art. 52 del ET . En el presente caso, concurre el actuar fraudulento porque la proximidad en los sucesivos ceses es escasa y cabe presumir que el empresario sabía que las extinciones acordadas se unirían en fechas próximas, máxime cuando la propia representación legal y empresa habían alcanzado hace un año y medio un acuerdo de no acudir al despido objetivo, a cambio de una reducción salarial. Por ello, considera que debe declararse la nulidad del despido.

No obstante, sus alegaciones no deben ser estimadas por cuanto tal y como hemos expuesto en el motivo anterior, la recurrente no discute que no estamos ante un grupo de empresas a efectos laborales, sino mercantil, en cuyo caso la valoración de sí ha de acudir a la figura del despido colectivo o al objetivo atendiendo al número total de afectados, ha de referirse a la empresa que aparece como empleadora (PAÑALON S.A.) y pretende extinguir los contratos de trabajo y no a la totalidad de las empresas del grupo.

Respecto a las extinciones computables, a la hora de verificar el eventual desbordamiento de los límites numéricos o porcentuales, es necesario diferenciar dos tipos de extinciones:

1. Extinciones computables per se: se han de contabilizar, preceptivamente, todas las extinciones producidas en el período de referencia de 90 días cuya causa coincida con la de las extinciones programadas, con independencia del cauce que se haya utilizado para acordarlas (despido colectivo u objetivo), de que la decisión empresarial haya sido objeto o no de impugnación, y de la calificación efectuada, en su caso, por los tribunales.

2. Extinciones computables por asimilación : su determinación exige una doble operación: 1) en primer lugar, es necesario esclarecer qué extinciones , de las producidas en los 90 días anteriores, son susceptibles de ser contabilizadas por equiparación, lo que presenta ciertas dificultades pues la expresión «motivos no inherentes a la persona del trabajador», procedente de la normativa comunitaria, carece de equivalente en nuestro ordenamiento jurídico laboral, lo que obliga a dilucidar qué supuestos extintivos de los recogidos en el

listado del ET art.49.1 , así como en otros preceptos de esa misma norma, y en la LRJS, han de considerarse subsumibles en ella; 2) en segundo lugar, es preciso comprobar si, en el lapso temporal indicado, el número de esas extinciones es superior a cuatro, pues, de no ser así, no podrán tomarse en consideración.

Son Extinciones computables por asimilación (ET art.51.1.5) :

1) Despidos disciplinarios cuya improcedencia haya sido reconocida por el empresario en transacción judicial o extrajudicial, pues se trata de extinciones acordadas a iniciativa suya y por motivos no inherentes a la persona del trabajador, que no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo al margen de la intervención del empleador (TS 25-11-13, Rec 52/13). 2) Conforme a esa doctrina también resultan computables los despidos disciplinarios calificados judicialmente de improcedentes en virtud de sentencia firme , así como los despidos objetivos fundados en el ET art.52.a), b), y d), reconocidos o declarados improcedentes en sede administrativa o judicial. No obstante, y en línea con lo anteriormente apuntado cabría distinguir entre los despidos disciplinarios u objetivos por las razones indicadas que responden a motivos reales , aunque finalmente no hayan resultado acreditados, o se les haya considerado carentes de la entidad suficiente como para justificar la medida, supuesto en el que las extinciones estarían cabalmente fundadas en la conducta de los trabajadores afectados, y, por ende, no resultarían computables, de aquellos otros ceses sin causa, articulados bajo la cobertura meramente formal del despido disciplinario u objetivo, pero sin que exista ningún indicio o principio de prueba de unos hechos punibles que lo justifiquen, cobertura que no sería suficiente para desmontar la realidad judicialmente comprobada de que la extinción se ha producido por motivos no inherentes a la persona del trabajador (TSJ Cataluña 4-1-12, Rec 4136/11 ; TSJ Burgos 13-7-11, Rec 1041/11). En el aspecto probatorio se considera que acreditada la existencia de despidos disciplinarios es la empresa quien debe acreditar que fueron procedentes a efectos excluirlos del cómputo, tanto por lo dispuesto en la LEC art.217.4 como porque quien extingue el contrato es quien debe de probar que se trata de un despido objetivo y no colectivo (TSJ Cataluña 9-10-13, Rec 3672/13 ; TSJ Sevilla 18-10-11, Rec 465/11; TSJ Valladolid 3-11-10, Rec 604/10).

3) Extinciones por causas objetivas acordadas al amparo del ET art.52, c), por causas distintas de las alegadas, aunque los afectados hayan firmado documentos de finiquito, aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos de naturaleza transaccional lo que no las transforma en dimisiones al margen de la voluntad del empresario (TS 25-11-13, Rec 52/13), o del ET art.52 e).

4) Los despidos sin causa, las extinciones por razones no disciplinarias (como p. e., el cambio de titularidad de la empresa o el cumplimiento por el trabajador de la edad de jubilación) no apreciadas judicialmente como justificativas del cese o reconocidas como infundadas por el empresario sin que medie readmisión; y el desistimiento del empleador en aquellas relaciones laborales especiales que lo admiten.

5) Extinciones de contratos temporales cuando hayan sido calificadas por sentencia firme como constitutivas de despido improcedente , o reconocidas como tales en acto de conciliación administrativa o procesal, o exista un panorama indiciario suficiente del carácter irregular de su suscripción o de la inexistencia de la causa de finalización alegada, aunque los trabajadores afectados se hayan aquietado a la decisión extintiva (TSJ Valladolid 14-11-13, Rec 1454/13). 6) Las del ET art.50 , documentadas en acta de conciliación administrativa o procesal, o sentencia firme, porque aunque la extinción se produce a instancia del trabajador en realidad trae causa de un incumplimiento grave del empresario (TSJ Castilla-La Mancha 24-4-97, Rec 238/97).

7) Las producidas en virtud de auto o conciliación procesal (LRJS art.138.8).

8) El desistimiento empresarial en las relaciones laborales que contemplan esta causa de extinción (TSJ Cantabria 17-12-13, Rec 558/13).

Por el contrario no procede contabilizar las extinciones producidas en el período de referencia de 90 días por las siguientes causas:

1) Dimisión o abandono del trabajador, al tratarse de bajas voluntarias que por definición no se producen por iniciativa del empresario (TSJ Madrid 18-6-12, Rec 4713/11 ; TSJ Galicia 25-6-12, Rec 979/12 ; 30-11-12, Rec 4211/12 ; TSJ Cataluña 5-10-12, Rec 4162/12).

2) Jubilación voluntaria del trabajador (TSJ Cataluña 8-7-11, Rec 3031/11 ; TSJ Madrid 8-2-13, Rec 5941/12)

3) Rescisión indemnizada del contrato en caso de traslado o modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pues el cese no se produce por decisión empresarial sino a iniciativa de los afectados (TSJ Burgos

30-7-13, Rec 406/13 ; TSJ País Vasco 13-12-11, EDJ 367482; TSJ Madrid 12-3-10, EDJ 96151; TSJ Cataluña 12-1-10, EDJ 27195).

4) Abandono definitivo de las trabajadoras como consecuencia de ser víctimas de violencia de género, salvo si el agresor es el empresario o alguna de las personas que ostentan la titularidad de la empresa, o la representan.

5) Causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo referidas a la conducta o rendimiento del empleado, salvo que hayan sido calificadas judicialmente de abusivas, o no haya resultado acreditada su concurrencia.

6) Despidos disciplinarios que no hayan sido objeto de impugnación o hayan sido declarados procedentes (TSJ C.Valenciana 11-9-12, Rec 1805/12; TSJ Madrid 18-5-12, Rec 1534/12; TSJ Cataluña 5-10-12, Rec 4162/12 ; TSJ Valladolid 22-9-10, Rec 1147/00), o nulos con readmisión efectiva del trabajador (TSJ Cataluña 14- 2-12, Rec 6579/11).

7) Despidos objetivos por los motivos descritos en el ET art.52.a), b) y d), no impugnados por el trabajador o declarados procedentes o nulos con readmisión (AN 4-9-13, Proc 240/13 ; TSJ Cataluña 13-1-12, Rec 5249/11).

8) Extinción regular de contratos temporales a su llegada a término, o cumplimiento de la condición resolutoria, siempre que la cláusula de temporalidad sea lícita, y concurra el motivo alegado para su rescisión. El mandato legal de excluir este tipo de extinciones se intenta justificar con la idea de que afecta a un dato objetivo que delimita la duración del contrato de trabajo y se establece en el mismo momento de su celebración, sin perjuicio de que sea la empresa quien proceda a la denuncia del término (TSJ Galicia 21-11-96, EDJ 51945; TSJ C.Valenciana 3-12-02, EDJ 104223). No obstante, esa consideración no borra el hecho de que el ET art.51.5 se aparta de lo dispuesto en la Dir 98/59/ CE art.1.1 que, al regular las extinciones computables por asimilación, hace referencia genérica a las producidas por «motivos no inherentes a la persona de los trabajadores», sin hacer ninguna salvedad, lo que ha motivado el planteamiento de una cuestión prejudicial por el JS Barcelona núm 33 auto 9-7-13, pendiente de resolución por el TJUE (asunto Andrés Rabal Cañas/ Nexea Gestión Documental S.A., FOGASA, C-192/13).

9) Muerte o incapacidad permanente del trabajador en los grados de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, salvo en el caso de que la decisión empresarial basada en la declaración de incapacidad permanente sea calificada de despido y no medie readmisión del afectado.

10) Extinciones derivadas de fuerza mayor si el cese afectó a una parte de la plantilla de la empresa.

Y en o que respecta a la forma de efectuar el cómputo de ese período, la regla general es que se debe realizar desde la fecha en que se inicie el despido colectivo o se notifique el despido o despidos objetivos cuya regularidad se esté enjuiciando «hacia atrás en el tiempo», no solo por razones de literalidad del ET art.51.1 , sino por motivos de seguridad jurídica y de interpretación sistemática y lógica (TS 23-4-12, Rec 2724/11 ; 24-1-13 Rec 1362/12). No obstante esa pauta general encuentra su excepción cuando la empresa actúa de manera fraudulenta, supuesto en el que también cabe computar las extinciones producidas con posterioridad a los despidos objetivos analizados, como sucede si la proximidad entre el despido objetivo a examen y las «nuevas extinciones» era tan grande, que permite presuponer la existencia de una unidad de intención, esto es, que el empresario ha decidido simultáneamente extinguir unos y otros contratos espaciando su ejecución en el tiempo con la finalidad de eludir el conjunto de garantías y requisitos que se exigen para los despidos colectivos (TS 23-4-12, Rec 2724/11 ; 23-1-13, Rec 1362/12).

Teniendo en cuenta lo anterior, y atendiendo a los hechos probados, la empresa PAÑALON S.A. tenía una plantilla de 240, habiendo procedido a extinguir los siguientes contratos : entre el 27-2-2013 al 27-5-2013: por despido objetivo = 10 contratos; jubilación =4 contratos; finalización por contrato temporal = 1 contrato; y del 28-5-2013 al 28-8-2013 : por despido objetivo = 5 contratos; jubilación =3 contratos; finalización por contrato temporal = 3 contrato; y cese voluntario = 2 contratos.

No podemos considerar que exista fraude de ley por parte del empleador, ya que no consta indicio alguno ni prueba de la que pueda inferirse (Se alega por la recurrente que se alcanzó un acuerdo de rebaja salarial a cambio de no haber despidos, si bien *se desprende de los hechos probados que ha habido un empeoramiento de la situación de la empresa del que se infiere que la alteración en las circunstancias puede justificar la realización de los despidos enjuiciados*), pero aún considerando que pudiera haberlo tampoco superaría el 10% de 240 trabajadores (24 trabajadores) por cuanto no podemos computar ni la jubilación, ni el cese voluntario. Y respecto a los despidos objetivos y a la finalización de contratos temporales, no se

conoce si ha existido impugnación o no, ni el resultado de la misma, ni consta en los hechos probados pero aún considerándose extinciones computables no alcanzarían al umbral de los 24 trabajadores. El motivo debe ser desestimado.

TERCERO .- Se alega como tercer motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción del art. 52 del ET y 55.4 del ET y la sentencia del Tribunal Supremo de 23-01-2007, 29-09-2008 y de esta Sala nº 3904/2012.

La recurrente considera que debe declararse la improcedencia del despido al no haberse acreditado las causas alegadas (señala los datos económicos de los que se desprende atendiendo a las cuentas anuales, informe de gestión y memoria explicativa por cuanto la empresa PAÑALON S.A. es la empresa matriz de un conglomerado de empresas como son PAÑALON HML S.L., PAÑALON MULTIMODAL S.A. y TRADILO INVERSIONES S.L.) y no superar el requisito de la razonabilidad de la medida extintiva (pues ni en la carta de despido ni en la sentencia se dice nada al respecto).

No obstante, sus alegaciones no pueden ser estimadas por cuanto no se ha apreciado la existencia de grupo de empresas ni mercantiles ni laborales de las empresas PAÑALON MULTIMODAL, S.A. y TRADILO INVERSIONES S.L., apreciándose sólo la existencia de grupo mercantil entre PAÑALON S.A. y PAÑALON HML, S.L., y si bien es cierto que la causa económica debe analizarse en este caso en relación a dicho grupo mercantil, la misma ha sido acreditada en el caso de autos. En la carta de despido se alegaban como causas económicas y productivas, pérdidas económicas y disminución persistente en la facturación a nivel de empresa.

Sobre las causas alegadas, dispone el art. 51 del ET en la redacción dada por la Ley 3/2012 (vigente en la fecha de la extinción) que "Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.". Por causa económica hay que entender la que actúa sobre el resultado de la gestión empresarial en su conjunto, sobre la relación de ingresos y costes, de beneficios y pérdidas, es decir, sobre el **equilibrio de la empresa**, cuya determinación se vincula a los ingresos y los costes, teniendo en cuenta la cantidad producida, la vendida y los ingresos generados por la venta, en función del precio, que depende de la demanda del mercado y del nivel de oferta.

Estos elementos repercuten en el nivel óptimo de utilización del factor trabajo, y se integran en las causas económicas, de forma que la **procedencia de la regulación** no precisa una situación económica crítica, ni siquiera la existencia de pérdidas reales, sino que basta la previsión de pérdidas. También es causa económica la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o de ventas. La existencia de una situación económica negativa puede habilitar la adopción de medidas de despido, ya que carecería de sentido obligar a las empresas a permanecer en situaciones negativas en tanto no tuvieran **pérdidas**, que muy posiblemente llevarían consigo, en el mejor de los casos, una más profunda reestructuración de los elementos empresariales y, en otros muchos supuestos, su simple desaparición. De esta manera, la **extinción de contratos** puede deberse a una situación de pérdidas ya exteriorizada o simplemente prevista. El **objeto** del despido colectivo es evitar situaciones futuras negativas, paliables con una más adecuada organización de los recursos humanos en la empresa, en volumen o en estructura u organización, pudiendo ser causa de un despido preventivo los efectos empresariales del nuevo marco regulador de una actividad, o el efecto en la organización del trabajo de las nuevas tecnologías.

Se entiende por causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado."

Se extrae de dicho precepto que **concurren causas productivas** cuando se producen cambios en la demanda de productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. El supuesto típico y más frecuente en la práctica es el **descenso** importante y continuado, no meramente coyuntural, o episódico (generado por circunstancias ocasionales), o poco significativo, del **volumen de pedidos**, ventas, contrataciones, número de servicios a prestar, clientes a atender u obras a ejecutar, que provoca una disminución de la producción o de los servicios y de la facturación, y en su caso un incremento de los stocks, originando una situación de desequilibrio entre las exigencias productivas de la empresa y la plantilla de que la misma dispone que obliga al empresario a poner fin a este sobredimensionamiento y a ajustarla a las necesidades de trabajo reales (TSJ C.Valenciana 20-9-11, EDJ 282720; 20-10-09, EDJ 342824; 8-9-09,

EDJ 298714; 16-6-09, EDJ 188230; 24-3-09, EDJ 99316; TSJ Asturias 29-7-11, EDJ 192960; TSJ Cataluña 28-7-11, EDJ 239184; 19-10-10, EDJ 234292; 14-10-10, EDJ 234245; 3-3-10, EDJ 72557; TSJ Murcia 18-7-11, EDJ 199124; TSJ Madrid 14-9-11, EDJ 227479; 15-7-11, EDJ 185177; 16-2-09, EDJ 96757; y 27-3-06, EDJ 349492; TSJ País Vasco 26-10-10, EDJ 262901 y 8-7-08, EDJ 230796; TSJ Galicia 12-2-10, EDJ 38443).

Debiendo ponerse la regulación legal en relación con la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014) que, tras las reformas operadas, ha entendido que: "la justificación del despido económico o productivo exigirá la superación de tres fases por las empresas:

a. - Acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado.

b. - Determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir.

c. - Probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad.

Por consiguiente, la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. (.../...).

La prueba, exigida al empresario, requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios".

En el caso de autos, se ha acreditado las causas alegadas pues se desprende de los hechos probados - a los que esta Sala debe atender y no a los informes y documentos que alude la recurrente (transcribiendo diversos datos) -que, en cuanto a las causas económicas :el resultado de explotación de PAÑALON S.A. en los 9 primeros meses de 2012 ascendió a -438.380 euros y sus resultados ascendieron a -1.628.545 euros. El resultado de explotación de PAÑALON HML, S.L. en el mes de septiembre de 2012 ascendió a 4298 euros y sus resultados arrojaron la cifra de -473 euros. El resultado de explotación de PAÑALON S.A. en el ejercicio 2012 completo ascendió a 1.005.591 euros y arrojó unas pérdidas de 1.713.597 euros. PAÑALON HML S.L. arrojó un resultado de explotación de 232.545 euros y unas pérdidas de 190.498 euros. A 30 de mayo de 2013 PAÑALON S.A. recoge pérdidas por cuantía de 353.098 euros. PAÑALON HML, S.L. a 30 de mayo de 2013 arroja una pérdidas de 486.758 euros. Y respecto a las causas productivas: la actividad, medida a través del número de pedidos, descendió un 12% en el año 2012, retrocediendo hasta un nivel inferior al del año 2012, y hasta mayo los pedidos han descendido un 16% en cómputo interanual. Los pedidos de de los clientes más importantes de Polivalentes y Pulverulentos, desarrollada por PAÑALON S.A. se redujeron en un 43% en 2012 y en los 5 primeros meses de 2013 los pedidos de Repsol descendieron un 14% en cómputo interanual. PAÑALON ha disminuido sus ventas en un 18% en el año 2012 y una caída interanual a mayo de 2013, lo que viene a acreditar las causas productivas alegadas, dándose por reproducidos los restantes datos incorporados a la sentencia de instancia que viene a reafirmar dichas consideraciones. Y, finalmente, respecto a la razonabilidad de la medida, la sentencia sí viene a dar debida respuesta al considerar que las reiteradas pérdidas y el descenso importante en los pedidos comporta la necesidad de adecuar la plantilla y ahorro de costes, siendo proporcional y adecuada con las actuaciones previas intentadas por la empresa, consistentes en aplicar una reducción salarial, que no han servido para mejorar la situación de la empresa, debiendo esta Sala confirmar tales consideraciones pues es evidente los efectos de las causas alegadas sobre los contratos de los actores, con desestimación de las alegaciones de la recurrente.

Y en base a lo anteriormente expuesto, debe confirmarse la declaración de improcedencia del despido, procediendo desestimar el recurso interpuesto, y confirmar la sentencia de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de Fabio Y OTROS contra la sentencia del juzgado social 3 de TARRAGONA, autos 598/2013, de fecha 13 de marzo de 2014, seguidos a instancias de los recurrentes contra la empresa PAÑALON S.A., PAÑALON HML S.L., PAÑALON

MULTIMODAL, S.A. y TRADILO INVERSIONES, S.L., debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.