



Roj: **STSJ ICAN 1392/2011 - ECLI: ES:TSJICAN:2011:1392**

Id Cendoj: **38038340012011100464**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2011**

Nº de Recurso: **1275/2010**

Nº de Resolución: **593/2011**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN SANCHEZ-PARODI PASCUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En Santa Cruz de Tenerife, a 30 de junio de 2011.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dna. MARIA DEL CARMEN SANCHEZ PARODI PASCUA (Presidente), D./Dna. ANTONIO DORESTE ARMAS y D./Dna. MARIA DEL CARMEN GARCIA MARRERO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm.0001275/2010, interpuesto por D./Dna. María Cristina , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social No 5 de Santa Cruz de Tenerife en los Autos No 0000705/2010 en reclamación de Despido, siendo Ponente el ILTMO./A. SR ./A. D./DNA.MARIA DEL CARMEN SANCHEZ PARODI PASCUA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D. /Dna. María Cristina , en reclamación de Despido siendo demandado D. /Dna. ARMAS Y GUILLEN S.L. y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 1 de octubre de 2010, por el Juzgado de referencia, con carácter desestimatorio.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: PRIMERO.- Da. María Cristina trabajaba para "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" desde el 19 de agosto de 2003, con la categoría profesional de Ayudante y percibiendo un salario de 1.284,24 euros brutos prorrateados.

SEGUNDO.- Da. María Cristina no ostenta o ha ostentado en el año anterior a su despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

TERCERO.- El día 28 de mayo de 2010 "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" comunicó a la demandante lo siguiente:

"La Dirección de esta empresa ha tomado la decisión de extinguir el contrato de trabajo que nos une, con efectos al 30 de junio de 2010, conforme a lo establecido en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores , esto es, por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por causas económicas.

Efectivamente, la empresa se ve en la necesidad de amortizar su puesto de trabajo a la vista de su situación económica negativa.

Los resultados económicos obtenidos en los tres últimos ejercicios, muestran esta tendencia negativa. En 2007 se obtuvieron unos beneficios de 2.102,17 euros, 580,70 euros en el 2008. En 2009 ya se incurrió en pérdidas, las cuales ascendieron a 1.984,35 euros.

De otra parte, a fecha actual la empresa mantiene una deuda con la Seguridad Social de 15.874,54 euros, habiéndole sido del todo imposible hacer frente a las prestaciones debidas.



Las perspectivas de mejora del negocio ciertamente no se ven alentadas por una mejora de la economía general, de forma que dicho contexto negativo nos obliga a la adopción proactiva de medidas como la que nos ocupa, y que, en caso de no tomarla, nos veríamos obligados a cerrar en un futuro no muy lejano.

La indemnización que le corresponde, consistente en veinte (20) días de salario por año, asciende a CINCO MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON SETENTA Y SIETE CENTIMOS (5.219,77€), de los cuales el sesenta por ciento (60%) será asumido por la empresa, concretamente TRES MIL CIENTO TREINTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y SEIS CENTIMOS (3.131,86€), debiendo usted recabar el cuarenta por ciento restante (40%), del Fondo de Garantía Salarial, por importe de DOS MIL OCHENTA Y SIETE EUROS CON NOVENTA Y UN CENTIMOS (2.087,91€).

Debido a la situación económica por la que atraviesa la empresa y en base a lo establecido en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, en este momento no le resulta posible poner a su disposición el importe referido, si bien le serán abonadas al hacerse efectiva la extinción.

Informándole que hasta la fecha de efectividad del despido, usted podrá disponer de un permiso de seis horas semanales para la búsqueda de un nuevo empleo".

CUARTO.- El 23 de junio de 2010 "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" intentó notificar a la demandante lo siguiente:

"La Laguna, 22 de junio de 2010 Muy Sra. Nuestra:

Por medio del presente escrito pasamos a comunicarle la decisión de la empresa de proceder a la amortización de su puesto de trabajo por razones objetivas, con efectos desde el día 8 de junio de 2010 (preaviso de 15 días art. 53 del ET.) y al amparo de lo establecido en el art. 52 c), en relación con lo dispuesto en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Las razones de tipo económico que justifican la medida adoptada por la empresa, y que se le comunica por medio del presente, es la situación económica negativa por la que atraviesa la misma que hacen necesario la adopción de medidas como la reducción de la plantilla a fin de aminorar los gastos de la empresa:

La Entidad Mercantil ARMAS Y GUILLEN, S.L. de la que Usted es trabajadora, ha visto sensiblemente reducidos los ingresos que ha venido obteniendo, así en el año 2007 obtuvo unos beneficios de 2.102'17 €, en el año 2008 los mismos se redujeron considerablemente, ascendiendo a 580'70 €, y ya en el año 2009 obtuvo pérdidas, ascendiendo las mismas a 1.98435 €.

En el presente año, los ingresos han disminuido aún más si cabe hasta el punto que ha sido imposible atender los pagos de la Seguridad social, generándose una deuda que actualmente asciende a 15.875'54 euros, por lo que las pérdidas en lo que va de ejercicio son aún mayores.

Esta situación económica negativa se corrige, en cierta medida, con la amortización de su puesto de trabajo, junto con la adopción de otras medidas por la empresa. Tal y como usted conoce la empresa únicamente cuenta con cuatro trabajadores, un repartidor, y tres ayudantes de producción entre los que se encuentra usted, por lo que, ante la situación económica negativa, la empresa ha decidido reducir la plantilla de 4 a 2 trabajadores, decidiendo que permanezcan en la empresa el repartidor por ser absolutamente necesario y uno de los tres ayudantes, para lo que se ha procedido a valorar únicamente el rendimiento de cada uno de los trabajadores, que en el caso concreto suyo es menor que el de los otros dos trabajadores por las continuas bajas laborales.

Concurriendo las causas económicas contempladas en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, ponemos en su conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 de la misma norma, que la empresa, debido a la falta de liquidez indicada, y en base al artículo 53.b) del Estatuto de los Trabajadores no hace entrega, junto con la presente carta de despido objetivo por causas económicas, de la indemnización correspondiente, a razón de veinte días de salario por año de servicio y con un máximo de doce mensualidades, que asciende a 5.219,77 euros.

Por último, indicarle que la anterior carta de despido que se entregó queda totalmente anulada por la presente, siendo esta la que surte los efectos propios del despido que se le comunica (...)".

Al pie de la comunicación hay anotaciones manuscritas manifestando "se niega a firmar" y "se niega a recoger la carta".

QUINTO.- "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" mantuvo en alta a Da. María Cristina en la Tesorería General de la Seguridad Social hasta el 8 de julio de 2010 inclusive.



SEXTO.- El 28 de mayo de 2010 "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" preavisó el despido por causas económicas a otra trabajadora de la empresa, basándose en las mismas causas que para la actora.

Esta otra trabajadora recibió igualmente la nueva carta de preaviso de despido de 23 de junio de 2010, en idénticos términos que la demandante.

SÉPTIMO.- "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" declaró como resultados del ejercicio, en las declaraciones del impuesto de sociedades, los importes siguientes:

2007, 2.802,89 euros.

2008, 580,70 euros.

2009, -1.984,35 euros.

A fecha 28 de junio de 2010 la demandada mantenía una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social de 12.028,99 euros

OCTAVO.- Da. María Cristina había sido anteriormente despedida por motivos disciplinarios el 18 de mayo de 2009, si bien en sentencia de 14 de octubre de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Santa Cruz de Tenerife se declaró dicho despido improcedente.

El 20 de abril de 2009 la demandante presentó contra la empresa papeleta de conciliación en reclamación de cantidad, lográndose avenencia de las partes ante el SEMAC el 7 de mayo de 2009.

El 28 de mayo de 2010 la demandante presentó contra la demandada papeleta de conciliación en reclamación de cantidad.

NOVENO.- Da. María Cristina estuvo en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes entre el 1 y el 11 de diciembre de 2008; entre el 17 y el 29 de diciembre de 2008, y del 3 de diciembre de 2009 al 10 de mayo de 2010.

DÉCIMO.- Al día de la fecha no consta que se haya abonado a la demandante la indemnización reflejada en las cartas de preaviso de despido.

DECIMOPRIMERO.- Se presentó papeleta de conciliación, teniendo lugar la comparecencia ante el S.M.A.C. sin avenencia.

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda presentada por Da. María Cristina , y, en consecuencia, absuelvo a la demandada "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" de todas las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D. /Dna. María Cristina , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 23 de Mayo de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A tenor de lo establecido en el art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral , recurre la representación de la demandante a fin de revisar el hecho probado cuarto y se haga constar: "Que el documento que lleve fecha 23 de junio de 2010 -presunta segunda carta de despido- aparecen los nombres de dos presuntos testigos: Don Juan Antonio y Dona Rosaura manuscritos por la misma persona (folio 71) que sin embargo no van a ratificar su presunta firma al acto del juicio a pesar de que la actora siempre ha negado que se le entregara dicha carta (dado por probado al final del antecedente de hecho tercero de la sentencia, al folio 200); y no fue ratificado en el acto del juicio como aparece en el antecedente de hecho cuarto, donde se dice que la única prueba practicada es la documental -folio 200)."

Se apoya en los documentos que refiere.

Esta Sala tiene dicho respecto a los hechos probados: "los requisitos que se exigen para la pretendida revisión son los que siguen:

- a) La concreción exacta del que haya de ser objeto de revisión.
- b) La precisión del sentido en que ha de ser revisado; es decir si hay que adicionar, suprimir o modificar algo. En cualquier caso, y por principio, se requiere que la revisión tenga trascendencia o relevancia para provocar la alteración del fallo de la sentencia.



c) La manifestación clara de la redacción que debe darse al hecho probado, cuando el sentido de la revisión no sea la de su supresión total.

Por lo que se refiere a la forma de instrumentalizar la revisión:

a) Se limitan doblemente los medios que pongan en evidencia el error del Juzgador; por otra parte, porque en los diversos medios probatorios existentes únicamente puede acudir a la prueba documental, sea ésta privada -siempre que tenga carácter indubitado- o pública, y a la prueba pericial; por otra parte, porque tales medios de prueba, como corresponde a un recurso extraordinario, sólo pueden obtenerse de los que obran en autos.

b) No basta con que la revisión se base en un documento o pericia, sino que es necesario señalar específicamente el documento objeto de la pretendida revisión.

c) El error ha de evidenciarse simplemente del documento alegado en el que se demuestre su existencia, sin necesidad de que el recurrente realice conjeturas, hipótesis o razonamientos; por ello mismo se impide la inclusión de afirmaciones, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada. Esto significa que el error ha de ser evidente; evidencia que ha de destacarse por sí misma, superando la valoración conjunta de las pruebas practicadas que haya podido realizar el juzgador a quo.

d) No pueden ser combatidos los hechos probados si éstos han sido obtenidos por el Juez del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso."

El motivo no ha de tener favorable acogida al ser intrascendente para el fallo y porque de dicho documento no se infiere lo pretendido por la parte, dado que para que la revisión interesada prospere se ha de deducir de esos documentos de manera palpable e incuestionable el error en que el Magistrado a quo haya podido incurrir, algo que no ocurre en el presente caso, puesto que de tales documentos no se infiere el texto alternativo que solicita sea sustituido por el que se constata en el relato fáctico.

Solicita la revisión del hecho probado séptimo, proponiendo como texto alternativo: "Que la declaración del impuesto de sociedades es una manifestación exclusivamente de parte sin que se anada soporte alguno que acredite su veracidad y sin que en momento alguno se le entregara a la actora para que pudiera articular defensa. Por otro lado, la deuda que mantiene con la Seguridad Social se debe a que la incumplidora empresa esta pagando a sus trabajadores con un convenio que no es el que corresponde y, por ello, la Inspección de Trabajo, a instancia de la actora, levanta acta por la diferencias, como figura, con pelos y senales, en los folios del 32 al 62, ambos inclusive."

Se apoya en los folios 32 a 62.

Dicho motivo también está abocado al fracaso por cuanto el contenido que pretende no se deriva expresamente de los documentos que aporta.

SEGUNDO.- En vía de censura jurídica y a tenor de lo establecido en el art. 191 c) de la invocada ley procesal, recurre dicha parte por entender se ha infringido jurisprudencia del Tribunal Supremo que refiere y relativa a que la empresa llevó a cabo un fraude porque ésta se retractó del despido inicialmente operado.

Se recoge en hechos probados: <<Da. María Cristina trabajaba para "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" desde el 19 de agosto de 2003, con la categoría profesional de Ayudante y percibiendo un salario de 1.284,24 euros brutos prorrateados.

El día 28 de mayo de 2010 "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" comunicó a la demandante lo siguiente:

"La Dirección de esta empresa ha tomado la decisión de extinguir el contrato de trabajo que nos une, con efectos al 30 de junio de 2010, conforme a lo establecido en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por causas económicas.

Efectivamente, la empresa se ve en la necesidad de amortizar su puesto de trabajo a la vista de su situación económica negativa.

Los resultados económicos obtenidos en los tres últimos ejercicios, muestran esta tendencia negativa. En 2007 se obtuvieron unos beneficios de 2.102,17 euros, 580,70 euros en el 2008. En 2009 ya se incurrió en pérdidas, las cuales ascendieron a 1.984,35 euros.

De otra parte, a fecha actual la empresa mantiene una deuda con la Seguridad Social de 15.874,54 euros, habiéndole sido del todo imposible hacer frente a las prestaciones debidas.



Las perspectivas de mejora del negocio ciertamente no se ven alentadas por una mejora de la economía general, de forma que dicho contexto negativo nos obliga a la adopción proactiva de medidas como la que nos ocupa, y que, en caso de no tomarla, nos veríamos obligados a cerrar en un futuro no muy lejano.

La indemnización que le corresponde, consistente en veinte (20) días de salario por año, asciende a CINCO MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON SETENTA Y SIETE CENTIMOS (5.219,77€), de los cuales el sesenta por ciento (60%) será asumido por la empresa, concretamente TRES MIL CIENTO TREINTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y SEIS CENTIMOS (3.131,86€), debiendo usted recabar el cuarenta por ciento restante (40%), del Fondo de Garantía Salarial, por importe de DOS MIL OCHENTA Y SIETE EUROS CON NOVENTA Y UN CENTIMOS (2.087,91€).

Debido a la situación económica por la que atraviesa la empresa y en base a lo establecido en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, en este momento no le resulta posible poner a su disposición el importe referido, si bien le serán abonadas al hacerse efectiva la extinción.

Informándole que hasta la fecha de efectividad del despido, usted podrá disponer de un permiso de seis horas semanales para la búsqueda de un nuevo empleo".

El 23 de junio de 2010 "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" intentó notificar a la demandante lo siguiente:

"La Laguna, 22 de junio de 2010 Muy Sra. Nuestra:

Por medio del presente escrito pasamos a comunicarle la decisión de la empresa de proceder a la amortización de su puesto de trabajo por razones objetivas, con efectos desde el día 8 de junio de 2010 (preaviso de 15 días art. 53 del ET.) y al amparo de lo establecido en el art. 52 c), en relación con lo dispuesto en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Las razones de tipo económico que justifican la medida adoptada por la empresa, y que se le comunica por medio del presente, es la situación económica negativa por la que atraviesa la misma que hacen necesario la adopción de medidas como la reducción de la plantilla a fin de aminorar los gastos de la empresa:

La Entidad Mercantil ARMAS Y GUILLEN, S.L. de la que Usted es trabajadora, ha visto sensiblemente reducidos los ingresos que ha venido obteniendo, así en el año 2007 obtuvo unos beneficios de 2.102'17 €, en el año 2008 los mismos se redujeron considerablemente, ascendiendo a 580'70 €, y ya en el año 2009 obtuvo pérdidas, ascendiendo las mismas a 1.98435 €.

En el presente año, los ingresos han disminuido aún más si cabe hasta el punto que ha sido imposible atender los pagos de la Seguridad social, generándose una deuda que actualmente asciende a 15.875'54 euros, por lo que las pérdidas en lo que va de ejercicio son aún mayores.

Esta situación económica negativa se corrige, en cierta medida, con la amortización de su puesto de trabajo, junto con la adopción de otras medidas por la empresa. Tal y como usted conoce la empresa únicamente cuenta con cuatro trabajadores, un repartidor, y tres ayudantes de producción entre los que se encuentra usted, por lo que, ante la situación económica negativa, la empresa ha decidido reducir la plantilla de 4 a 2 trabajadores, decidiendo que permanezcan en la empresa el repartidor por ser absolutamente necesario y uno de los tres ayudantes, para lo que se ha procedido a valorar únicamente el rendimiento de cada uno de los trabajadores, que en el caso concreto suyo es menor que el de los otros dos trabajadores por las continuas bajas laborales.

Concurriendo las causas económicas contempladas en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, ponemos en su conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 de la misma norma, que la empresa, debido a la falta de liquidez indicada, y en base al artículo 53.b) del Estatuto de los Trabajadores no hace entrega, junto con la presente carta de despido objetivo por causas económicas, de la indemnización correspondiente, a razón de veinte días de salario por año de servicio y con un máximo de doce mensualidades, que asciende a 5.219,77 euros.

Por último, indicarle que la anterior carta de despido que se entregó queda totalmente anulada por la presente, siendo esta la que surte los efectos propios del despido que se le comunica (...)"

Al pie de la comunicación hay anotaciones manuscritas manifestando "se niega a firmar" y "se niega a recoger la carta".

El 28 de mayo de 2010 "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" preavisó el despido por causas económicas a otra trabajadora de la empresa, basándose en las mismas causas que para la actora.

Esta otra trabajadora recibió igualmente la nueva carta de preaviso de despido de 23 de junio de 2010, en idénticos términos que la demandante.



SÉPTIMO.- "Armas y Guillén, Sociedad Limitada" declaró como resultados del ejercicio, en las declaraciones del impuesto de sociedades, los importes siguientes:

2007, 2.802,89 euros.

2008, 580,70 euros.

2009, -1.984,35 euros.

A fecha 28 de junio de 2010 la demandada mantenía una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social de 12.028,99 euros.>>

Sin embargo de la lectura del Fundamento Segundo de la sentencia, no aprecia esta Sala, junto con el Juez a quo, que tal fraude se haya producido, puesto que por aplicación de la jurisprudencia que se cita, en sentencia de 7 de diciembre de 2009, realizado el preaviso, hasta en tanto no se haga efectivo el despido, el contrato permanece vivo, por lo que éste no se extingue ese día sino aquel en que se decida el cese y se liquide. Es por ello que no tiene razón el demandante puesto que hay que partir no sólo de lo que se constata en el relato fáctico, sino también de su propia demanda. Efectivamente, si examinamos el contenido de la misma, se observa que la demandante únicamente impugna el despido de 28 de mayo de 2010, sin hacer alusión a su segundo despido, ni siquiera en el acto de la vista amplía la demanda y habla de una segunda carta. Solamente ratifica la misma. Es por ello que este caso difiere de otro exactamente igual, que esta Sala también ha estudiado, relativo a otra compañera suya, recurso 545/11), donde en éste, precisamente, la actora alude a las dos cartas que le remitieron. Por tales motivos, tiene razón el Magistrado cuando esgrime como argumento que el único despido del que cabe hablar es el que tiene efectos el 8 de julio, el cual no ha sido objeto de este procedimiento, siendo el único que se impugna el del 30 de junio de 2010, por lo que es evidente que dado que no se ha reformado el relato fáctico, la sentencia ha de confirmarse.

Por último, denuncia dicha parte infracción de los arts. 51.1, 53.1 a) y b) en relación con los arts. 3 y 7.1 y 2 del Código Civil y doctrina y jurisprudencia que cita al efecto.

Evidentemente, dado que el despido de efectos 8 de julio no ha sido impugnado, huelga hablar de las denuncias que deduce la parte en su escrito.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. /Dna. María Cristina contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia, de fecha 1 de octubre de 2010, en reclamación de Despido y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social No 5 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer sólo Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral, advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que el depósito de los 300 euros así como el importe de la condena, deberá efectuarse por 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, ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberse efectuado en la c/c no 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Espanol de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 38002 de Sta. Cruz de Tenerife, haciendo constar el código no 66 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número del rollo de suplicación en cuatro dígitos y los dos últimos números del año del mismo rollo, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

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

Así por esta nuestra Sentencia, que es definitiva, la pronunciamos, mandamos y firmamos.