



Roj: **STS 3216/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3216**

Id Cendoj: **28079140012018100761**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2018**

Nº de Recurso: **467/2017**

Nº de Resolución: **741/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 5772/2016,**
STS 3216/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 467/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 741/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 11 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad Mabo Farma S.A.U. representada y asistida por el letrado D. José María Garrido de la Parra contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 1652/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz, en autos nº 488/2014, seguidos a instancias de D. Octavio contra Mabo Farma S.A.U., Tedec Meiji Farma S.A., Decavi S.L. y Fogasa sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Octavio representado y asistido por el letrado D. Alfonso Jiménez Mateo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de diciembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda formulada por D. Octavio, contra la empresa MABO FARMA, S.A.U., siendo emplazado el FOGASA, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el



despido objetivo sufrido por el trabajador el 3 de junio de 2014, por dicho trabajador, condenando a la empresa MABO FARMA, S.A.U., a que en el plazo de cinco días OPTE entre la readmisión de éste, con abono de los salarios de tramitación, o le indemnice en la cantidad de 50.528,64 euros.

Cantidad a la que habrá de descontarse la abonada por la empresa por el despido objetivo.

ABSOLVIENDO a la empresa TEDEC MEIJI FARMA S.A., de los pedimentos contra ella formulados.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO. - El demandante, Octavio , mayor de edad, con D. N. I. nº NUM000 , afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con nº NUM001 , ha venido prestando sus servicios profesionales por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, Mabo Farma, S.A.U., desde el 22 de enero de 2002, con la categoría profesional de Delegado Comercial-Visitador Médico, con carácter indefinido, percibiendo en los seis meses anteriores al despido, un salario mensual con prorrata de pagas de 2.877,64 €, resultando un salario diario a efectos de despido de 95,73 €/diarios.

SEGUNDO.- Por la actividad de la empresa demandada, es de aplicación el *Convenio Colectivo General de la Industria Química*.

El centro de trabajo se encontraba en Cádiz Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma continuada o circunstancial (según consta en el contrato de trabajo suscrito en fecha 22 de enero de 2002). Según consta en folios 75 y 76 como documento aportado por la actora a su ramo de prueba.

TERCERO.- Mabo Farma S.A.U., tiene como objeto social la fabricación, producción, construcción, distribución, explotación, importación, exportación, promoción, publicidad, compra, venta, representación y gestión de toda clase de fármacos, productos y principalmente materiales primas farmacéuticas, fármacos, productos farmacéuticos, especialidades farmacéuticas, de consumo humano y veterinario, productos médicos, científicos, higiénicos, alimentos, bebidas, adhesivos, perfumes, cosméticos, artículos de tocador, alimentos para animales, instalaciones, derivados de los anteriores y cualquier otra actividad lícita que sea causa o consecuencia de lo anterior.

La actividad principal desarrollada por la empresa en los últimos años es la venta de productos farmacéuticos para uso humano.

La sede social se encuentra en el K. 30,500 de la Carretera M-300 en Alcalá de Henares.

La empresa Tedec-Meiji Farma S.A., que tiene como actividad principal a fabricación y venta de productos farmacéuticos para uso humano, siendo cabecera de un grupo compuesto por una única sociedad dependiente que es Mabo Farma S.A.U., teniendo el mismo domicilio social, y de acuerdo con la legislación vigente, formula separadamente al cierre del ejercicio anual, cuentas anuales consolidadas.

Todos los miembros del Consejo de Administración de Tedec-Meiji Farma S.A., son, asimismo, miembros del Consejo de Administración de Mabo-Farma S.A.U.

Tedec-Meiji Farma S.A. es sociedad dominante. Mabo-Farma S.A.U., es sociedad dependiente, Tedec-Meiji Farma S.A. posee el 100% de la participación de Mabo-Farma S.A.U.

CUARTO.- En el ejercicio 2012, entre las medidas decretadas por el Gobierno para la reducción del déficit público, se ha publicado el RD 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Esta medida, sumada a las que se implantaron en los años anteriores, ha hecho que el mercado de especialidades farmacéuticas de marca vuelva a hacer perder cuota respecto de los genéricos.

Asimismo, el DL 3/2011, de 13 de diciembre, sobre prestación urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

QUINTO.- En fecha 3 de junio de 2014 la empresa procedió a entregar carta de despido objetivo por causa económica al demandante, con fecha de efectos de ese mismo día, en los términos siguientes:

"Alcalá de Henares a 03 de Junio de 2014

D. Octavio .

D.N.I.: NUM000

Muy Sr. mío:



Por medio de la presente ponemos en su conocimiento la decisión tomada por la Dirección de esta empresa de proceder a amortizar su puesto de trabajo como Delegado comercial de la Zona de Cádiz, y el del resto de sus compañeros Delegados Comerciales de la Zona de Andalucía, por causas económicas y de producción, al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores, según redacción dada por Ley 3/2012, BOE 6 de julio, en su remisión al artículo 51.1 del mismo cuerpo legal, resolviendo con ello la relación laboral que nos une a usted con efectos inmediatos a la entrega de la presente.

Las causas económicas que motiva tal decisión son las siguientes:

1.- Reducción de precios de los medicamentos genéricos.

Como usted conoce, el mercado de genéricos en los últimos años está sufriendo reducciones de precio de venta de los productos, sobre todo, y la que más ha afectado, es la reciente publicación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que su artículo 4 modifica la Ley 29/2006 de 26 de julio de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, donde se recogen entre otros aspectos, el sistema de fijación de precios de los medicamentos y que en su artículo 93 apartado 4 dice literalmente:

"Artículo 93. Sistema de precios de referencia. (...)

4. Se establecerán los nuevos conjuntos y se revisarán los precios de los conjuntos ya existentes con carácter anual. No obstante, los precios menores de las nuevas agrupaciones homogéneas serán fijados automáticamente en el Nomenclátor que corresponda, y los precios menores de las ya existentes serán revisados con carácter trimestral. (...)"

Es decir, que trimestralmente, se revisan los precios existentes y cada vez que un producto baja de precio, tenemos que adaptar nuestros precios al precio más bajo para que no seamos expulsados de la financiación pública.

2.- Publicación del Decreto Ley 3/2011 de 13 de Diciembre de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por el que se aprobaron las medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

A la situación aludida en el punto primero de la carta, se une la publicación del Decreto Ley 3/2011 que localmente además afecta a todo el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Dicho Decreto ley establece un sistema de selección de medicamentos de determinados laboratorios (excluyendo los mismos productos fabricados por el resto de laboratorios) que se pueden dispensar en las oficinas de farmacia de Andalucía cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Andaluz de Salud.

Como consecuencia de ello, y de acuerdo con la lista de productos que esta empresa comercializa, puede comprobarse que después de la 1ª, 2ª y 3ª subasta realizadas por el servicio Andaluz de Salud, y que le adjuntamos a la presente, son muy pocos los productos de Mabro Farma que no se excluyen en las subasta, por lo que la comercialización del resto es insignificante, y nada rentable para la actividad comercial de esa empresa en Andalucía.

Artículo Único (Decreto Ley 3/2011): Se modifica la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía en los siguientes términos. (...)

Tres. Se añade un nuevo artículo 60 bis, con la siguiente redacción:

"Artículo 60 bis. Selección de los medicamentos a dispensar cuando se prescriban o indiquen por principio activo.

1. La persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud realizará convocatorias públicas en la que podrán participar todos los laboratorios farmacéuticos interesados, para seleccionar, de entre los medicamentos comercializados que tengan un precio autorizado igual o inferior al precio menor correspondiente, establecido en el sistema Nacional y Salud y vigente en el momento de la convocatoria, aquél que deberá ser dispensado por las oficinas de farmacia cuando en el marco de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se les presente una receta médica u orden de dispensación en las que el medicamento correspondiente se identifica exclusivamente por la denominación oficial de sus principios activos (...).

(SE ADJUNTAN A LA PRESENTE CARTA LOS LISTADOS DE MEDICAMENTOS SELECCIONADOS POR EL SAS EN RESOLUCIÓN DE 20 DE DICIEMBRE DE 2012 (DOC. 1) Y RESOLUCIÓN DE APROBACIÓN DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2013 Y LISTADO DE MEDICAMENTOS SELECCIONADOS EN RESOLUCIÓN DEL SAS DE 20 DE JUNIO DE 2013 (DOC. 2)



Habiéndose celebrado tres convocatorias públicas en los últimos tres años (la última resuelta en fecha 21 de noviembre de 2013) el total de medicamentos seleccionados para que sean dispensados por receta u orden de dispensación por parte del Servicio Andaluz de Salud (SAS) por los laboratorios, entre los cuales no se encuentra Mabo Farma, supone que de las 152 referencias que comprenden la casi totalidad de los productos que nuestro laboratorio comercializa, 103 productos están afectados y excluidos de poder ser recetados por el SAS, y de los restantes la mitad son productos, o bien que tienen categoría de desfinanciados, o bien su presentación la ofrece de manera única Mabo Farma y no es necesaria su promoción en oficina de farmacia.

(SE ADJUNTA A LA PRESENTE CARTA LA LISTA DE MEDICAMENTOS COMERCIALIZADOS POR MABO FARMA, S.A.U. Y SI SU DISPENSACIÓN SE HA VISTO AFECTADA POR LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA SUBASTA DEL SERVICIO ANDALUZ DE SALUD. (DOC. 3)

Se ha podido comprobar, una vez cerrado el mes de abril, que la cifra de pedidos realizados por oficina de farmacia comparando los meses del año 2013 y del año 2014 de enero a abril ha descendido en casi un 24 %.

Como se puede observar, las subastas han sido una limitación muy importante en la comercialización de los productos de Mabo Farma en la Comunidad autónoma de Andalucía y por ello, en base a lo comentado anteriormente, la decisión de la Compañía es prescindir de los delegados que realizan su actividad de promoción en esa zona de referencia.

Esta medida, va a evitar agravar la situación de pérdidas por la que atraviesa la Compañía, mediante el ahorro, sólo en salarios, de la cantidad de 170.000 euros, cantidad que aliviará de forma temporal la grave situación por la que atraviesa Mabo Farma. Comentarle que esta medida no ha sido en estos dos últimos años una medida aislada y destacar que esta decisión ha sido tomada, como otras que Ud. sobradamente conoce, en orden a paliar la negativa evolución de las ventas y de los resultados de la Compañía desde el ejercicio 2012, que nos ha llevado a continuar llevando a una situación de pérdidas.

2. Fuerte disminución continuada de las Ventas

A pesar de que la comentada regulación está haciendo disminuir el mercado farmacéutico global (marcas y genéricos), según datos de IMS -consultora externa de mercados referente en la industria farmacéutica- a diciembre de 2013 y marzo de 2014 (último dato disponible) el mercado de genérico está creciendo un 10,6% y un 17,1%, con respecto al mismo período del año anterior, según se muestra a continuación:

(se tiene por reproducido la relación según consta al folio 3 de la carta de despido)

Respecto a nuestra Compañía Mabo Farma, la situación que tenemos respecto a las ventas, es que éstas han disminuido en los años 2012 y 2013 un 9% con respecto al año 2011, año en el que la empresa tuvo beneficio, para pasar a tener pérdidas durante dos años consecutivos.

Gráficamente podemos ver la disminución de las ventas de Mabo Farma en los años 2012 y 2013 respecto al año 2011.

(se tiene por reproducido el gráfico según consta al folio 4 de la carta de despido).

Esto significa que las ventas de Mabo Farma, compañía dedicada a la distribución y venta de especialidades Farmacéuticas Genéricas o medicamentos genéricos, han disminuido drásticamente, un 9,72% menos en el año 2012 respecto al año 2011 y un 9,57% en el año 2013 respecto al año 2011; lo que ha supuesto una reducción de la venta de 1.378.859 y 1.357.370 euros en los años 2012 y 2013, respecto al año 2011, año en el que la empresa tuvo beneficios.

Estos datos puede comprobarlos con los datos que figuran en la cuenta de pérdidas y ganancias de los ejercicios 2011, 2012 y 2013, debidamente auditadas.

La situación de disminución de ventas no ha mejorado desde hace dos años y la previsión es que el descenso de las ventas con respecto al mismo período del año anterior, no sólo se mantenga sino que se acreciente, ya que los datos del primer trimestre del año 2014 arrojan un resultado de un 10,8% de descenso de las ventas con respecto al mismo trimestre del año anterior, cuando el mercado está creciendo un 17,1%, lo que hace que la Compañía tenga una pérdidas a 31 de Marzo de 2014 de 190.396 euros, superando ya a dicha fecha las pérdidas que tuvo la Compañía en todo el año 2013.

Gráficamente puede observarse la diferencia en ventas del primer trimestre de 2014 en Ventas con respecto al mismo período del año, que ha supuesto una disminución de ventas en 306.981 euros, es decir, un 10,8%.

(se tiene por reproducido el gráfico que consta al folio 5 de la carta de despido).

Estos datos puede comprobarlos con los datos que figuran en las declaraciones de IVA presentadas de forma mensual.



La situación de disminución de ventas no ha mejorado desde hace un año y la previsión es que el descenso de las ventas con respecto al mismo período del año anterior, no sólo se mantenga sino que se acreciente.

4.- Situación actual y previsible de pérdidas en la Compañía.

Teniendo en cuenta que la única vía y área de negocio de la Compañía y de la que provienen todos su ingresos son las ventas, las cuales han descendido drásticamente, junto con la situación descrita en el punto 2, han llevado a que la Compañía haya pasado de tener en diciembre del año 2011 un beneficio de 675.251 euros a unas pérdidas en el año 2012 de 1.348.109 euros y en 2013 de 156.704 euros, según muestran los balances de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias de Mabo Farma.

Gráficamente puede observar la diferencia de resultado de un año a otro motivado el menor volumen de ventas, descenso que es tan drástico que ha supuesto llegar a tener pérdidas en los años 2012 y 2013. Además, podemos ver cómo en el primer trimestre del año 2014, y dado que se sigue con un deterioro de las ventas (ver punto 3), el resultado acumulado al primer trimestre del año asciende a unas pérdidas de 190.396 euros. Por tanto, en caso de continuar con esta tendencia de deterioro de las ventas, situación que previsiblemente va a continuar en los próximos meses al no poder vender nuestros productos en una zona tan importante como Andalucía, las pérdidas eran mayores, lo que puede poner a Mabo Farma en una situación crítica.

(Se da por reproducido el gráfico que consta en el folio 6 de la carta de despido).

Si bien es verdad que con las medidas que se llevaron a cabo en el año 2012, entre las cuales se prescindió de los cinco Directores de Área por causas objetivas económicas, organizativas y de producción y que han sido respaldadas por los distintos Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) de distintas Comunidades Autónomas no han sido suficientes para mejorar la situación económica de la Compañía, si aliviaron la situación durante el año 2013, en espera de tener alcanzar un nivel de ventas al menos igual al del año 2011, nivel que no se ha conseguido y que, con los datos que estamos manejando, previsiblemente no se va a conseguir.

Por tanto, considerando los resultados de ventas y de pérdidas de los años 2012 y 2013, así como los resultados de primer trimestre de 2014, cumplimos el requisito que establece el artículo 51.1 del E. T. según la redacción dada por la Ley 3/2012, BOE 6 de julio, cuando determina la concurrencia de causas económicas, por desgracia, lo cumplimos con amplitud, ya que de los resultados de la empresa se desprende una situación económica negativa, al tener pérdidas actuales y previsión cierta de seguirlas teniendo.

De igual modo se fundamenta la presente carta de despido, en causas de producción, ya que se estima que no se van a recuperar las ventas, y por tanto, el resultado al final del año 2014 será negativo; y con el fin de evitar que la caída de ingresos y por tanto el aumento de las pérdidas pueda llegar a producir una situación insostenible que llevase al cierre de la empresa, se considera necesaria la supresión de los puestos de delegados del área de Andalucía.

Como conclusión, destacar que esta decisión basada en la negativa evolución de las ventas y de los resultados de la Compañía, que la han llevado a una situación de pérdidas, sumando a la Subasta de medicamentos genéricos en Andalucía, la Compañía, no podrá vender sus productos en dicha Comunidad por lo que mantener delegados de visita en dicha zona sería un obstáculo para su recuperación y lo que es más evidente, la agravaría.

En cuanto a los requisitos para la concurrencia de causa productiva, queda justificada por la necesidad de dejar de tener actividad en la zona de Andalucía. Como consecuencia de las políticas farmacéuticas de esta Comunidad Autónoma y el considerable ahorro de gastos que se prevé con la adopción de dicha medida.

Por lo tanto, se le comunica la decisión de proceder a amortizar su puesto de trabajo por causas económicas, organizativas y producción, al amparo de lo establecido en el artículo 52 c) en relación con el artículo 51 del vigente Estatuto de los Trabajadores .

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.b) del artículo 53- del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , según la antigüedad por Ud. Acreditada le corresponde en concepto de indemnización la cantidad de 24.190,83 €, que ha sido calculada sobre veinte días por año de servicio.

En cumplimiento del artículo 53.1.c) del E.T. se le entrega un cheque nominativo núm. 0.001.793 0 4200 0 del Banco de Santander con el importe referenciado en concepto de indemnización y que asciende a 24.190,83 €. (VEINTE Y CUATRO MIL CIENTO NOVENTA EUROS CON OCHENTA Y TRES CÉNTIMOS)

Por otro lado le indico que se pone a su disposición talón nominativo 0.001.841. 0 4200. 0 del Banco Santander correspondiente a la liquidación de haberes que le corresponde por importe de 4.762,76 € (CUATRO MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS EUROS CON SETENTA Y SEIS CENTIMOS) netos y en la cual está incluida en cumplimiento del artículo 53.1.c) del E.T. el importe equivalente a quince días de salario correspondiente al periodo de preaviso no respetado.



Del mismo modo se le indica, que se le entregan balances y cuenta de pérdidas y ganancias de los años 2011, 2012, 2013 (DOC.4) y acumulado a Marzo de 2014 (DOC 5) de esta sociedad, así como los modelos 303 de del primer trimestre de 2013 y 2014 (DOC.6), con el fin de que Ud. Pueda comprobar la veracidad de los datos que se le exponen en este escrito.

Con el ruego de que firme copia de la presente a efectos de recibí, y a los solos efectos de su notificación.

Lamentando haber tenido que tomar esta decisión, reciba un saludo. MAGO FARMA S.A.U.

SEXTO.- Mabo Farma S.A.U., ha pasado de tener a 31 de diciembre de 2011, unos beneficios de 675.251 euros, a unas pérdidas en el año 2012. de 1.348.109 euros y en 2013 de 156.704 euros.

SÉPTIMO.- La empresa Mabo Farma, S.A.U., ha procedido a una reestructuración de todas las direcciones regionales, despidiendo a los 7 directores regionales distribuidos por España y ha pasado a contratar a un "trainer" y dos "unit manager", que de forma centralizada en Madrid, asumen las funciones que tenían asignadas los directores regionales.

Ha procedido en el periodo comprendido entre 21/4/2014 y 28/07/2014, para el departamento de ventas a contratar a 18 empleados, de los que subsisten 11 de los contratos (folio 82 del ramo de prueba de la demandada).

Entre ellos, D. Fernando , y D^a. Miriam , en fecha 28/07/2014, como Delegados Comerciales de Murcia.

D. Germán , como Delegado Comercial para Madrid, en fecha 28/07/2014.

Y en fecha 26/05/2014, a D^a. Patricia ; Penélope ; D. Hipolito , para Valencia.

En la misma fecha, a D^a. Rosaura , para Baleares. D^a. Sandra , para Barcelona. D^a. Sonsoles , para Barcelona. D. Mario , para Barcelona.

Tedic-Meiji Farma S.A., ha contratado un visitador médico para la provincia de Cádiz, D. Nicanor , mediante contrato eventual por circunstancia de la producción en fecha 06/10/2014.

OCTAVO.- La empresa Decavi S.L., se encuentra de baja en su actividad desde el 31 de diciembre de 1990, según consta en el sistema informático laboral de la TGSS.

NOVENO.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el año anterior a su cese condición de representación sindical o delegado de personal.

DÉCIMO.- Presentada la oportuna papeleta de conciliación previa el día 18 de junio de 2014 se celebró el acto de conciliación el 3 de julio de 2014, celebrado con un resultado de sin avenencia, respecto de las empresas Mabo Farma, SAU y Tedec-Meiji Farma S.A.; intentado sin efectos en relación a la empresa Decavi S.L.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Mabo Farma, S.A.U. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Mabo Farma S.A.U., contra la sentencia de fecha 18/12/14, dictada por el juzgado de lo social nº 1 de Cádiz , en autos 488/14, seguidos a instancia de D. Octavio contra el recurrente, Tedec Meji Farm S.A. y Decavi S.L., con intervención del Fondo de Garantía Salarial, y, en consecuencia, CONFIRMAMOS la Resolución impugnada. Se decreta la condena en costas de la recurrente, fijándose los honorarios del letrado impugnante en 600 euros.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, la representación letrada de la entidad Mabo Farma, S.A.U. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Granada, de fecha 3 de diciembre de 2015 (rec. suplicación 2072/15).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar que se declare la improcedencia del recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 4 de julio de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso, la sentencia dictada por la Sala Social del TSJ de Andalucía/Sevilla, de 30/06/2016, (rec. 1652/2015), que desestima el recurso de suplicación presentado por el empresario condenado en la instancia por despido objetivo improcedente. Aunque la sentencia recurrida considera



probada la existencia de causa económica (no entra en el análisis de las demás causas alegadas en la carta de despido), concretamente por la existencia de pérdidas durante los dos años (2012 y 2013) anteriores al despido producido en el año 2014, no por ello califica el despido objetivo como procedente, manteniendo la calificación de improcedencia de la instancia ante la falta de razonable proporcionalidad entre la causa alegada y probada y la concreta medida extintiva adoptada por el empresario.

Sustenta la falta de razonable proporcionalidad en tres argumentos complementarios: Primero, la desproporción entre las pérdidas notablemente inferiores en el año 2013 (- 156.704 euros) en comparación con las del año 2012 (- 1.348.109 euros), habiendo además aumentado algo los ingresos del 2013 respecto de los del 2012, con la extinción de los contratos de trabajo de todos los visitantes médicos de Andalucía, incluido el del trabajador demandante en la instancia, delegado en la provincia de Cádiz. Segundo argumento, la existencia de contrataciones laborales eventuales de visitantes médicos para otras provincias españolas en fechas cercanas al despido, acaecido en junio de 2014, figurando en el contrato de trabajo del trabajador despedido una cláusula de disponibilidad para la movilidad geográfica. Tercero y último, la realización de una contratación laboral eventual de un visitador médico para la provincia de Cádiz poco después (octubre de 2014) del despido objetivo del trabajador demandante en la instancia, si bien efectuada dicha contratación no por el empresario recurrente en suplicación, sino por el empresario que ejerce el control del grupo mercantil de empresas al que pertenece el empresario recurrente en suplicación.

SEGUNDO.- Por la empresa demandada, se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, con el que se pretende la calificación de procedencia del despido en cuestión.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Granada, de 03/12/2015 (rec. 2072/2015), que desestima el recurso de suplicación presentado por el trabajador objeto de despido objetivo por causas económicas, productivas y organizativas, ratificando así la calificación de procedencia del despido de la instancia. Se da la circunstancia fáctica de que el trabajador despedido es el visitador médico de la provincia de Granada de la misma empresa que despide al visitador médico de la provincia de Cádiz (el caso de la sentencia recurrida), siendo las cartas de despido idénticas y la fecha de las mismas también coincidente. Considera la sentencia de contraste que una vez acreditadas tanto la causa económica (pérdidas en los años precedentes al despido, 2013 y 2012) como la productiva (cambio legal en Andalucía que afecta de lleno a la venta de los productos farmacéuticos genéricos) no cabe más que la calificación de procedencia del despido y ello pese a haber alegado el trabajador recurrente la realización de nuevas contrataciones laborales eventuales en otras provincias de España.

Ha de estimarse que concurre el requisito de la contradicción del artículo 219.1 LRJS, por cuanto existe plena coincidencia de pretensiones, hechos y fundamentos, tratándose del despido objetivo por las mismas causas (económica, productiva y organizativa) de dos visitantes médicos de la misma empresa, el delegado de la provincia de Cádiz (sentencia recurrida) y el de la provincia de Granada (sentencia de contraste), coincidiendo plenamente tanto las cartas de despido como la fecha del despido como el resto de circunstancias fácticas más relevantes (facturación, pérdidas, cambio legal en Andalucía respecto de los productos farmacéuticos genéricos, cierre de la delegación de Andalucía, nuevas contrataciones laborales eventuales en otras provincias de España, existencia de un grupo mercantil de empresas, etc). Y pese a ello la sentencia recurrida califica el despido objetivo como improcedente mientras la calificación del despido objetivo por parte de la sentencia de contraste es de procedencia.

TERCERO.- 1.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS, denuncia el recurrente la infracción de los arts. 52 c), 51.1, 53 y 56 del ET. Entiende el recurrente que el despido ha de declararse ajustado a derecho, en cuanto a la forma y en cuanto a las causas alegadas.

Del relato fáctico de la sentencia recurrida, tras la revisión fáctica operada, son circunstancias a destacar las siguientes:

a.- En fecha de 21-11-13 por el Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud se dictó resolución por la que se aprobaba el listado de medicamentos seleccionados para poder ser dispensados por las oficinas de farmacia de Andalucía cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas, listado en el que figuraban medicamentos con principio activo igual a varios de los que comercializa Mabo, aunque sin figurar las empresas Mabo ni Tedec.

b.- El 3 de junio de 2014 MABO FARMA SAU entregó carta de despido al actor exponiendo como motivos, al igual que para los otros delegados comerciales despedidos, los siguientes:

«1.- la reducción del precio de los medicamentos genéricos en los últimos años por el artículo 93 del RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que ordena revisar trimestralmente los precios



de los conjuntos; 2.- la publicación del DL 3/2011, de 13 de diciembre, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por el que se aprueban medidas sobre las prestaciones farmacéuticas del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se procede a un sistema de selección por convocatoria pública de los medicamentos y laboratorios que pueden recetar productos genéricos cuando sean prescritos por principio activo por el Sistema Andaluz de Salud; ello supone que los productos de la demandada quedan fuera de dicha comercialización, de modo que de comercializar libremente 152 referencias, 103 quedan excluidos de las prescripciones del S.A.S.; de los restantes, hay algunos que por ser únicamente elaborados por Mabo no necesitan promoción en farmacia; se añade que se ha comprobado el descenso en los pedidos de productos de farmacia en un 24 % entre 2.013 y 2.014; 3.- fuerte disminución en las ventas entre los años 2011, 2012, 2013 y 2.014, conforme a las cifras que expone; 4.- los resultados han ido empeorando, así:

- .- 2011: beneficio de 675.251 euros;
- .- 2012: pérdidas de 1.348.109 euros;
- .- 2013: pérdidas de 156.704 euros;
- .- 2014: pérdidas de 190.396 euros en el primer trimestre.»

c.- En fecha 5 de octubre de 2014 la empresa TEDEC-MEIJ I FARM SA contrató por el periodo de un año a un trabajador, con la categoría de visitador médico, para cubrir la zona de Cádiz capital y provincia, más aquella plaza o plazas que, a juicio de la empresa, deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada.

d.- En fechas próximas a la del despido del trabajador la empresa MABO FARMA SAU formalizó contratos de trabajo con diferentes trabajadores (7 antes de la fecha del despido del actor y 5 con posterioridad a su despido) con la categoría de visitador médico para cubrir zonas diferentes a aquella que tenía encomendada el actor.

e.- La sentencia recurrida entendió que no existe grupo de empresas entre MABO FARMA SAU y TEDEC-MEIJ I FARM SA ya que no existe apariencia externa de unidad, pues se trata de dos sociedades legalmente constituidas y con personalidad jurídica propia e independiente, sin que se haya acreditado que la coordinación de actividades suponga una transcendencia real en las relaciones laborales de los trabajadores, no constando acreditado que entre ambas empresas se produzca confusión de patrimonios o capitales sociales o caja común, aunque TEDEC-MEIJ I FARM SA sea propietaria del 100% del capital social de MABO FARMA SAU ya que tal dato no es suficiente para justificar la existencia de "grupo laboral". Lo que resulta acreditado es que las codemandadas funcionan como realidades económicas y empresariales bien diferenciadas, sin que pueda apreciarse, ni siquiera indiciariamente ni abuso de derecho ni fraude de ley en el uso de la personalidad jurídica propia de cada una de ellas en perjuicio del actor.

En cuanto a la justificación de las causas del despido, la sentencia razona que la empresa MABO FARMA SAU lleva desde el año 2012 con pérdidas, sin que el volumen de negocio haya disminuido de manera significativa, habiendo reducido los gastos de aprovisionamiento y los gastos en servicios exteriores. La empresa presenta una situación económica negativa, con pérdidas durante al menos dos años seguidos -2012, 2013 y el semestre del siguiente año-. La sentencia señala que, no obstante, ha de tenerse en cuenta el coste que ha supuesto en estos años el pago de las indemnizaciones por despidos de Directores de Área y visitadores médicos de la provincia de Cádiz, lo que supone un incremento de las cifras de pérdidas, por lo que no concurre la causa económica alegada como justificativa del despido. Tampoco concurre la causa productiva ya que, aunque se ha producido una baja importante en la demanda -medicamentos genéricos- los productos que la empresa comercializa no figuran en el listado de medicamentos seleccionados según la resolución 21-11-13 del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud, que aprobaba el listado de medicamentos seleccionados para poder ser dispensados por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas, sin que sea razonable que solo cuatro meses después de haber cesado al actor, se contrate a un trabajador temporal con su misma categoría profesional para realizar las mismas funciones y en la misma provincia, careciendo de transcendencia, a estos efectos, que la contratación haya sido efectuada por la empresa TEDEC-MEIJ I FARM SA porque ésta distribuye los productos que vende MABO FARMA SAU, no siendo de recibo despedir a un trabajador indefinido para contratar a uno temporal que venda los mismos productos, por lo que se ha de mantener la improcedencia del despido del actor.

2.- Como señalamos en la STS/IV dictada el 10 de julio de 2018 en rcud. 1332/2017 , en supuesto sustancialmente idéntico (trabajador de la misma empresa, despido en similares circunstancias, mismo recurso, y misma sentencia seleccionada de contraste):

"[En esencia aduce que con la nueva redacción que se otorga al artículo 51.1 ET , basta simplemente con acreditar que existe una modificación -que se han cambiado- en los medios o instrumentos de producción, los sistemas y métodos de trabajo del personal o la demanda de los productos o servicios que la empresa



pretende colocar en el mercado para que se den las causas legales que justifiquen la extinción contractual, y que de ellas se deduce razonablemente la decisión de despedir, de tal manera que con ello se contribuya a prevenir (con lo que se elimina la actualidad) 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.

2.- Reproducimos a continuación las normas de aplicación al supuesto debatido:

El artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que regula el despido objetivo, dispone: "El contrato podrá extinguirse...c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo".

Por su parte el artículo 51.1 de dicha norma establece: "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.

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

3.- Respecto a la amplitud del control que corresponde a los Tribunales sobre las causas justificadoras del despido objetivo y colectivo, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse entre otras, en las siguientes sentencias:

La sentencia de 27 de enero de 2014, casación 100/2015, contiene el siguiente razonamiento:

«CUARTO.- 1.- Con independencia de otros aspectos que ninguna relación guardan con la cuestión debatida, el examen comparativo de ambos preceptos pone de manifiesto que la reforma laboral de 2012 afecta a tres cuestiones fundamentales para la presente litis: a) el ámbito de las modificaciones; b) el contorno de las causas; y c) la instrumentalidad de las primeras -modificaciones- sobre las segundas -causas-.

2.- Está clara la novedad que se produce en el primer aspecto, puesto que la redacción vigente no ofrece duda interpretativa alguna respecto de que el salario puede ser modificado a la baja por unilateral voluntad del empresario [aunque ya se había admitido en la anterior referencia legal al «sistema de remuneración»], con el límite de la retribución prevista en el convenio colectivo, que únicamente es modificable por los trámites previstos en el art. 82.3 ET; o lo que es igual, la exclusiva decisión empresarial únicamente alcanza -en lo que al salario se refiere- a las cuantías que el trabajador perciba como mejora del Convenio.

En lo que al segundo aspecto se refiere, se mantienen los cuatro ámbitos de las causas desencadenantes y que -vid. STS 17/09/12 rcul 578/12 - siguen siendo: a) los medios o instrumentos de producción [causas técnicas]; b) los sistemas y métodos de trabajo del personal [causas organizativas]; c) los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado [causas productivas]; y d) los resultados de explotación [causas económicas, en sentido restringido].

Pero -entramos con ello en el tercer aspecto de los referidos- a diferencia del texto derogado, en la vigente redacción no es preciso que las modificaciones tengan el objetivo acreditado -en conexión de funcionalidad o instrumentalidad- de «prevenir» una evolución negativa o «mejorar» la situación y perspectivas de la empresa, sino que basta con que las medidas estén «relacionadas» con la competitividad, productividad u organización técnica. Lo que nos sitúa ya en la cuestión realmente decisiva, cual es la del alcance que pueda tener el control judicial de la medida empresarial adoptada.

3.- Sobre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos [competitividad; productividad] o de simple gestión empresarial [organización técnica o del trabajo], y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma [«prevenir»; y «mejorar»], no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el «ius variandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas [SSTS 19/03/01 -rcud 1573/00 -; . . . 24/09/12 - rco 127/11 -; 12/11/12 -rco 84/11 -; y 12/03/13 - rco 30/12 -], sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» -y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».



Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales.

Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse -incluso- a lo que se ha llamado «dumping» social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede -sin más y por elemental justicia- ser admisible en cualesquiera términos. Con mayor motivo cuando el art. 151 del Tratado Fundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros «la mejora de las condiciones de ... trabajo», a la que incluso se subordina «la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión»; y no cabe olvidar la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación *pro communitate* que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, en aplicación del art. 10.2 CE (SSTC 28/1991, de 14/Febrero, FJ 5 ; 64/1991, de 22/Marzo, FJ 4 ; y 13/1998, de 22/Enero, FJ 3. STS 24/06/09 -rcud 1542/08 -).

4.- En el caso de que tratamos, la caída de ventas en torno al 30 % tanto para todo el sector minorista textil como para el grupo empresarial demandado, nos parece que innegablemente constituye -en abstracto- «causa» legal que puede justificar la modificación de condiciones consistente en fijar un suelo mínimo para percibir la comisión por ventas fijada extra convenio, en tanto que con tal medida se puede promover -qué duda cabe- el incremento de la productividad y de la competitividad, persiguiendo añadir a las ventas que son iniciativa del cliente aquellas otras que puedan resultar por sugerencia incentivada del propio vendedor. La cuestión radica entonces -en el presente caso-, en determinar si la medida en concreto acordada por la empresa se justifica también en términos del juicio de razonable idoneidad que a este Tribunal corresponde, y que por lo mismo ha de rechazar - por contraria a Derecho- la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines -legales- que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable [reproche que en concreto hace la parte recurrente], o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta.

La cuestión no ofrece una clara salida, por cuanto que -como más arriba se ha indicado- no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea» de la modificación ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, pero tampoco podemos hacer dejación de nuestro obligado deber de enjuiciar la racional «adecuación» de la SMCT, y aunque no dejemos de apreciar -en el caso de autos- que se trata de una decisión innegablemente drástica e incuestionablemente penosa para los trabajadores [afecta a la más importante condición de trabajo y que constituye razón de ser del mismo], lo cierto es que la recurrente se limita -en su poco extenso recurso- a afirmar que se trata de un objetivo inalcanzable, desproporcionado e irracional, pero sin tan siquiera añadir argumentación o remisión a prueba acreditativa algunas, que propiciasen convencer a esta Sala de que sus categóricas afirmaciones se ajustaban a la realidad. Muy al contrario, en su impugnación, la empresa hace observaciones significativas en orden a la confirmación de la sentencia de instancia y en contra del planteamiento recurrente, como que ya el primer mes posterior a la MSCT el 31,8% de las tiendas habían alcanzado el nuevo suelo de ventas para devengar comisión [en este sentido, los documentos 29 y 30 de su ramo de prueba; descripciones 64 y 65 en el CD de digitalización de los autos]; que ese mínimo para el devengo tiene la contrapartida - alcanzado el suelo de ventas fijado- del incremento de los porcentajes de comisión, como se expresa en la comunicación individual y colectiva de la MSCT [así, la descripción 51 del indicado CD]; y que la prolongación del un nivel de ventas inferior al de 2007 [ahora con 40.000 m2 más de superficie comercial] «haría irreversible la necesidad de cierre de todas las tiendas que no son rentables por sí mismas, con la pérdida de empleos que ello supone»; precisamente en los términos que sostiene el Ministerio Fiscal en su razonado informe.»

Por su parte la sentencia de 26 de marzo de 2014, casación 158/2013, se ha pronunciado acerca del despido colectivo de un grupo de empresas TM, con una plantilla de 1161 trabajadores, que proceden a despedir a 925 trabajadores, alegando insuficiencia presupuestaria, es decir causa económica, aunque en realidad proceden a la elaboración de un nuevo modelo empresarial, que comportaba la externalización de servicios. Respecto a esta cuestión la sentencia se expresa en los siguientes términos:



«Sobre la oportunidad de tal externalización, respecto a la que consta que forma parte de un "nuevo modelo" empresarial que en su caso podría estar amparado en causas organizativas, la Sala no debe pronunciarse, pues la causa alegada, como queda dicho, es la insuficiencia presupuestaria, causa de naturaleza económica -no organizativa-, por ello expresando el parecer de la mayoría de la Sala, la conducta empresarial no puede calificarse en fraude de ley que daría lugar a la nulidad del despido colectivo, ni tampoco puede afirmarse que haya existido ausencia de buena fe en la negociación. Tal conducta sin alcanzar aquel grado superior, aceptando el iter fáctico que se constata en el relato de hechos probados de instancia, ha de calificarse desleal, aceptando la calificación de la sentencia recurrida».

Respecto a la concurrencia de la causa económica la Sala señala lo siguiente: "Partiendo de la doctrina unificadora expuesta, ha de concluirse que, corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al Standard de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada.

Como señala la sentencia recurrida, una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de 925 trabajadores de una plantilla total de 1161.

Tal medida ha de estimarse desproporcionada en todo caso.

Ahora bien, como se ha reiterado, no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea», ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, por ejemplo reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación de la medida dentro de los términos expuestos.

Con ello llegamos a la conclusión de que no es suficiente para acreditar la causa extintiva con acreditar una reducción en el presupuesto, que es insuficiente y congénito a un servicio público, por lo que se ha podido constatar que una reducción presupuestaria, como la acreditada, entre un 5% a 10%, no puede en modo alguno justificar la idoneidad de la medida extintiva. Procede por ello declarar no ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por las demandadas al no haberse acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva».

La sentencia, adoptada en Pleno, el 15 de abril de 2014, casación 136/2013, examina el recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas, que ante la impugnación de un despido colectivo, tras razonar que concurren razones productivas y económicas, estimó en parte la demanda formulada, razonando que únicamente eran procedentes los despidos de quince trabajadores de Las Palmas y los otros nueve despidos eran no ajustados a derecho. La sentencia de la Sala Cuarta entiende que el control judicial no puede extenderse a sustituir la medida adoptada por el empresario por otra de menor entidad o que afecte a menor número de trabajadores. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

«Para resolver este recurso se hace preciso un breve recordatorio sobre en qué consiste, el principio de proporcionalidad, cual es su ámbito de aplicación y que controles o fases requiere su utilización. Ante todo señalar que nuestra Constitución no impone expresamente el deber de los poderes públicos de obrar con respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, al contrario de lo que acaece con otras constituciones y de lo que ha dispuesto el artículo 52-1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se dispone que las limitaciones de los derechos y libertades allí reconocidas deben hacerse por ley, "Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás". Pero ello no quiere decir que nuestro Tribunal Constitucional no aplicase desde sus principios criterios de razonabilidad y proporcionalidad para determinar la validez de normas y actuaciones que, al imponer restricciones a los derechos o al causar perjuicios, fuesen arbitrarias o irrazonables. Ya en la sentencia 11/1981 argumentó nuestro máximo intérprete constitucional que los derechos constitucionales podían venir directamente limitados por la Constitución y, también, de forma mediata o indirecta "por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos", conflicto para cuya solución realizó un "juicio de razonabilidad y proporcionalidad" sobre la justificación de la medida y la ausencia de excesos. Posteriormente se siguió avanzando en la configuración de los principios de proporcionalidad y razonabilidad con base en el artículo 10-2 de la Constitución que obliga a aplicar e interpretar los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo que, incluso, obligaba a incorporar la doctrina del



Tribunal de Estrasburgo sobre la necesidad de juzgar las limitaciones de derechos en términos de razonabilidad y proporcionalidad (SS. TC. 22/1981 , 62/1982 , 75/1983 , 108/1994 y 50/1995). Poco a poco esos principios se han deslindado como diferentes, incluso se han convertido en "cánones de constitucionalidad", empleados para el control de constitucionalidad de leyes, reglamentos y otras actuaciones. El de proporcionalidad se ha consolidado como el canon típico de control en el ámbito de la violación de los derechos fundamentales, aunque no sea el único. El control de razonabilidad se emplea en la primera fase del test de proporcionalidad, para juzgar la adecuación e idoneidad de la medida tomada, así como para el control de las violaciones del principio de igualdad, de la motivación de las resoluciones judiciales y de las arbitrariedades o abusos de las facultades discrecionales.

Dicho lo anterior, queda de manifiesto que el principio de proporcionalidad, convertido en canon constitucional, se utiliza para el control constitucional de las limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales. Para llevar a cabo este control, nuestro Tribunal Constitucional, emplea el llamado "test alemán" que consta de tres fases u operaciones, lo que no ocurre en otros países, donde se ha suprimido el último paso, el de la proporcionalidad específica o ponderación (Canadá), o donde sólo se sigue el test de razonabilidad, (Inglaterra).

Las fases del test de proporcionalidad son tres. La primera consiste en el control de adecuación o idoneidad de la medida adoptada para conseguir el fin pretendido, lo que requiere identificar el fin perseguido y valorar si la medida tomada es razonable, esto es adecuada, idónea y apta para conseguir ese fin. La segunda consiste en determinar la necesidad de la medida tomada por no existir otra más moderada para conseguir el mismo fin con igual eficacia. Este control de necesidad ha recibido numerosas críticas por la doctrina, sobre todo cuando recae sobre una medida legislativa porque se debate si el Tribunal puede determinar qué medida alternativa resulta preferible o en qué falla el cálculo del legislador, habida cuenta la libertad del mismo para optar por la medida legislativa que considere más adecuada, lo que obliga a examinar su razonabilidad. Finalmente, el tercer paso consiste en examinar la llamada "proporcionalidad en sentido estricto" o "ponderación", por cuanto es preciso ponderar todos los derechos en juego y todas las circunstancias concurrentes, para acabar resolviendo si la medida es proporcionada y equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (STC 55/1996).

2. La aplicación de esta doctrina constitucional, en todo su amplio desarrollo, es obligada cuando en un caso de despido colectivo "la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas", lo que, junto a otros supuestos enumerados en el artículo 124.11, párrafo tercero de la LRJS , debe conducir a que la sentencia declare nula la medida extintiva. Fuera de esos supuestos la desproporción de las medidas tomadas no conduce a su nulidad sino, en su caso, a la declaración de que la medida es "no ajustada a derecho", pronunciamiento que exigirá un control judicial que -sin necesidad de tener que desarrollar el cumplimiento del test de proporcionalidad en idénticos términos a como lo hace el Tribunal Constitucional cuando tiene que decidir en amparo sobre si una medida afecta o no a un derecho fundamental- si debe basarse sobre los criterios de razonabilidad, adecuación, idoneidad y proporcionalidad (SS.T.S. 27-01-2014 (R.O. 100/2013) y 26-03-2014 (R.O. 158/2013)).

Cuando las medidas que tome el empleador, al hacer uso de las facultades que al respecto le otorga el art. 51 del E.T ., sean desproporcionadas, arbitrarias o irrazonables por el número de las extinciones acordadas, procederá su corrección declarando que las medidas tomadas no son ajustadas a derecho, pronunciamiento que se fundará, conforme al nº 11 del art. 124 de la L.J .S., en la falta de prueba de la concurrencia de la causa legal esgrimida, por cuanto, aparte de probarse la concurrencia de la causa económica, técnica o productiva, debe acreditarse que la entidad de la misma justifica el número de extinciones contractuales que se ha acordado, esto es que la medida es adecuada y proporcionada al fin perseguido. El que la medida concreta quede al arbitrio del empresario y el que su criterio no pueda ser suplido por los Juzgados y Tribunales que no pueden realizar un juicio de valor sobre ella para determinar si es la mejor, juicio de optimización, no quiere decir que la decisión empresarial, probada la causa, escape a todo control judicial, por cuanto los órganos judiciales pueden realizar, como ya dijo esta Sala en su sentencia de 27-1-2014 (R.O. 100/2013), un juicio sobre la racionalidad de la misma, para determinar si son ajustadas a la situación existente o desproporcionadas por excesivas. Ello requerirá ponderar todas las circunstancias concurrentes para hacer un juicio sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida tomada que será confirmada si es razonable. En otro caso, cuando se estime que la medida es irrazonable y desproporcionada en atención a las circunstancias económicas, técnicas y organizativas que se alegaron para justificarla, procederá declararla no ajustada a derecho, sin que quepa sustituirla por otra, porque el proceder arbitrario del empleador da lugar a que no se considere acreditada la causa que justificaba la totalidad de los despidos, pues, como se trata de un despido colectivo, la causa es la misma para todos. Si el número de extinciones acordadas fuese razonable y equilibrado procederá su confirmación sin entrar en disquisiciones sobre la conveniencia de un porcentaje inferior, mientras que la arbitrariedad de la medida llevará a una solución diferente con base en su



irrazonabilidad y ello sin perjuicio de que en algún supuesto se pruebe la razonabilidad de la medida respecto de un grupo homogéneo de trabajadores diferenciado del resto.

3. La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos obliga a estimar el recurso y a casar la sentencia recurrida porque no cabe dejar sin efecto la decisión extintiva sólo en parte y reducir el número de extinciones contractuales acordadas declarando que unas se ajustan a derecho y otras no, cuando ha quedado acreditada la realidad de las causas económicas y productivas que justifican, legalmente, el despido colectivo, tal y como se ha razonado antes, sin que, además, pueda afirmarse que la decisión empresarial sea desproporcionada. Sobre la proporcionalidad de la medida debe señalarse que la decisión tomada es equilibrada, razonable y no desproporcionada, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, pues habiendo disminuido la actividad de la empresa (pedidos y facturación) en un 50 por 100 redujo la plantilla en menos del 20 por 100».

La sentencia, adoptada en Pleno el 17 de julio de 2014, casación 32/2014, examina el supuesto en el que una empresa, perteneciente a un grupo de empresas, procede a un despido colectivo, que afecta a 26 trabajadores, por causas económicas y productivas, debido a un descenso en las ventas, en la carga de trabajo y en la facturación. La sentencia contiene el siguiente razonamiento :

«QUINTO.- 1.- El control judicial de la decisión empresarial conforme al Preámbulo de la Ley 3/2012.- Tal como adelantamos, el tercer motivo del recurso -con denuncia de interpretación errónea del art. 51.1 ET - se destina a sostener que no han concurrido las causas productivas que justificasen la extinción de 26 contratos de trabajo, por defecto de «razonabilidad», entendiendo como presupuesto previo que «el control judicial ha de versar también sobre la razonable adecuación entre las vicisitudes de la empresa y la decisión de gestión adoptada por el empresario».

Con ello, el Sindicato «ELA» plantea frontalmente el arduo problema del control judicial en los despidos colectivos, que la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 parece limitar -al menos formalmente- de manera taxativa, al decir con rotundidad que los precedentes normativos «incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas».

2.- Algunas consideraciones sobre el alcance -debido- del control judicial sobre la medida adoptada.- Pero a pesar de esta contundencia, la Sala considera que no son admisibles ni el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los Tribunales en ese Preámbulo ni la discrecionalidad absoluta que - en consecuencia- correspondería al empresario cuando mediase la causa legalmente descrita. Y al efecto entendemos que por fuerza ha de persistir un ámbito de control judicial fuera de la «causa» como hecho, no sólo por la concurrencia de los intereses constitucionales y compromisos internacionales que están en juego, sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos:

a).- En efecto, el derecho al trabajo [art. 35] en su dimensión individual se concreta -aparte del derecho de obtención de puesto de trabajo en igualdad de condiciones- en «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedidos sino existe una justa causa» (SSTC 22/1981, de 2/Julio, FJ 8; 125/1994, de 25/Abril, FJ 3; y 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4), porque «tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales, hacen que rijan entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma, lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho» (STC 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4). Cita a la que añadir -a ella se refiere obviamente la doctrina constitucional citada- los arts. 4 y 9 Convenio 158 OIT [relativos a la justificación causal del despido], que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores [art. 96.1 CE]; e incluso actúan como elementos interpretativos de los derechos constitucionalmente reconocidos -el derecho al trabajo, en el caso- (SSTC 36/1991, de 14/Febrero, FJ 5; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3; 110/2007, de 10/Mayo, FJ 2; 247/2007, de 12 de diciembre, F. 20; y 62/2010, de 9/Junio, FJ 1).

Normativa de rango máximo que por fuerza hemos de tener en cuenta en la materia que tratamos [ámbito del control judicial de la decisión extintiva o modificativa], porque no hay que olvidar que la interpretación de las normas ha de ser acorde a la Constitución, a virtud del art. 5.1 LOPJ, lo que significa que de entre los posibles sentidos de la norma haya de elegirse «aquel que sea más conforme con las normas constitucionales» (SSTC 103/1990, de 9/Marzo, FJ 2; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3; 20/1994, de 27/Enero, FJ 2; 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4; y 192/2003, de 27/Octubre. Y SSTS 10/12/02 -rec. 1492/02-; SG 22/12/08 -rcud 3460/06-; SG 22/12/08 -rcud 856/07-; 10/11/09 -rcud 2514/08-; y 10/12/12 -rcud 4389/11-). Y en concreto, nos obliga a



excluir como admisible interpretación que el Preámbulo de la Ley 3/2012 consagra una facultad empresarial, la de extinción de contratos de trabajo mediando determinada causa legal, que se declara exenta de los límites propios de cualquier otro derecho, constitucional y ordinario, y que puede ser ejercido extramuros de la buena fe, de forma abusiva o antisocial; tal interpretación no solamente sería rechazable por contraria a los valores constitucionales citados y a alguno más, sino que resulta inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho [art. 1 CE], resultando más acomodado a la Constitución entender -porque la literalidad del texto lo permite- que la referida Ley 3/2012 únicamente prohíbe los «juicios de oportunidad» que censura y que -por supuesto- sujeta el derecho de extinción contractual al condicionamiento de que su ejercicio sea ejercido - como insistiremos- en forma ajustada a los principios generales del Derecho.

b).- Porque -ya en otro orden de consideraciones normativas- a la misma conclusión hemos de llegar por la directa vía de aplicar los citados principios generales de Derecho Común en el ejercicio de los derechos subjetivos, y muy particularmente tanto el que impone que el mismo haya de llevarse a cabo «conforme a las exigencias de la buena fe» [art. 7.1 CC], cuanto el que prohíbe el «abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» [art. 7.2].

Y al efecto no cabe olvidar que la actuación conforme a las exigencias de la buena fe es un principio general positivizado en el referido art. 7 CC , precepto al que la doctrina atribuye cualidad de norma cuasi-constitucional, en tanto que constituye el límite institucional o intrínseco de todo derecho subjetivo, de toda situación de poder jurídico, cualquiera que sea la calificación jurídica que el mismo tenga [derecho; facultad], hasta el punto alcanzar incluso a los derechos fundamentales contemplados en la CE, en cuyo ejercicio se someten -como afirma el máximo intérprete de la Constitución- al control de actuación acomodada a la buena fe; de manera que a la hora de determinar la licitud o ilicitud del ejercicio del derecho -incluso fundamental, repetimos-, es la buena fe a la que hay que atender para determinar el ámbito de actuación permitido. En palabras del Tribunal Constitucional, la buena fe «es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para» los reconocidos como fundamentales, respecto de los que se presenta como «condicionamiento» o «límite adicional» (así, para la libertad de expresión, las SSTC 120/1983, de 15/Diciembre ; 88/1985, de 19/Julio ; 6/1988, de 21/Enero, FJ 8 ; 106/1996, de 12/Junio ; 1/1998, de 12/Enero ; 90/1999, de 26/Mayo ; 20/2002, de 28/Enero ; 151/2004, de 20/Septiembre , FJ 7. Para el derecho a información veraz, la de 241/1999, de 20/Diciembre; y para el derecho de libertad sindical, la STC 198/2004, de 15/Noviembre , FJ 7). De manera que -ello es una consecuencia obvia- con mayor razón ha de entenderse que el ejercicio de cualquier otro derecho -como el del empresario a proceder a la extinción de contratos en las situaciones legalmente previstas- ha de entenderse también condicionado/limitado por las exigencias de la buena fe, de acuerdo a una interpretación acomodada a los valores constitucionales.

3.- Criterio de la Sala en orden al control judicial precedente.- Los preceptos anteriormente citados -de orden constitucional, internacional y común- son insuperable obstáculo para limitar el control judicial a la exclusiva apreciación de la concurrencia de la causa como simple dato fáctico justificativo de la medida extintiva [o modificativa, en su caso], prescindiendo de la entidad -cualquiera que ésta fuese- de la reacción adoptada por el empresario para corregir la crisis padecida, sino que muy contrariamente imponen un juicio de «razonabilidad» acomodada a los referidos mandatos -constitucionales, internacionales y comunes-. Que es lo que en definitiva ya ha admitido el propio Gobierno de España cuando al contestar a interpelación de la OIT -en justificación de la reforma legal llevada a cabo por la Ley 3/2012- manifiesta que las diversas causas legales «deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir»; manifestación gubernamental que constituye un argumento más para entender con prudencial relativización los términos un tanto drásticos con que formalmente se manifiesta la EM de la citada Ley 3/2012, y que a la par supone -nos parece incuestionable- un claro apoyo para la hermenéutica del art. 51.1 ET que anteriormente hemos justificado y acto continuo desarrollaremos, en forma -entendemos- plenamente ajustada a nuestro sistema jurídico constitucional y ordinario.

El citado juicio de «razonabilidad» tendría una triple proyección y sucesivo escalonamiento: 1).- Sobre la «existencia» de la causa tipificada legalmente como justificativa de la medida empresarial [modificativa o extintiva]. 2).- Sobre la «adecuación» de la medida adoptada, aunque en su abstracta consideración de que la medida se ajusta a los fines - legales- que se pretenden conseguir, bien de corregir o hacer frente -en mayor o menor grado- a la referida causa. Y 3).- Sobre la «racionalidad» propiamente dicha de la medida, entendiendo que este tercer peldaño de enjuiciamiento hace referencia a que han de excluirse por contrarias a Derecho las medidas empresariales carentes de elemental proporcionalidad. Juicio este último -de proporcionalidad- que ha de ser entendido en el sentido de que si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa «idoneidad» de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, en todo caso han de excluirse -como carentes de «razonabilidad» y por ello ilícitas- aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (así, SSTS 27/01/14 -rco 100/13-, FJ 4 ; y SG



26/03/14 -rco 158/13 - FJ 10), porque en tales supuestos la decisión adoptada por la empresa sería contraria al ejercicio del derecho con la exigible buena fe e incurriría en la prohibida conducta contraria a aquélla o en los también excluidos abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo.

SEXTO.- La razonabilidad -en principio- de la decisión extintiva acordada en el caso.- Llegados a este punto, se ha de señalar que el Sindicato «ELA» rechaza que se ajusten a Derecho las 26 extinciones contractuales decididas, con la afirmación de que «no se desprende razonablemente que la medida propuesta por la empresa sea necesaria», lo que sustenta en plural argumento: a) «las causas productivas no pueden basarse en meras previsiones, deben responder a hechos reales y objetivables a la fecha de inicio del periodo de consultas»; b) la empresa debería haber justificado el ajuste de plantilla «en razón a la bajada de producción constatada a la fecha de apertura del periodo de consultas»; c) la documental «no acreditó que la plantilla estuviera sobredimensionada en el primer cuatrimestre de 2013, ya que no se estableció una relación entre carga de trabajo, capacidad productiva y número de operarios precisos»; y d) «hubiera sido necesario comparar la plantilla existente en el primer cuatrimestre del 2012 con la existente en el primer cuatrimestre de 2013».

El sustrato fáctico que apoya tal planteamiento es que -conforme a revisión propuesta y aceptada- en el primer trimestre de 2012, la plantilla de la empresa «Sic Lázaro, SL» osciló entre los 121 [Enero] y 112 [Marzo] trabajadores, en tanto que en el mismo periodo de 2013 fluctuó entre 104 [Enero] y 98 [Marzo]. Datos éstos con los que la recurrente pretende enervar -como causa extintiva- las afirmaciones del ordinal decimoquinto, respecto de que la facturación en kilogramos en el mismo periodo de tiempo cayó un 33,05 % [la facturación en euros nada sustancial expresa, por ir referida al porcentaje por secciones -grúas, hormigón y oxicorte- y no a su concreto importe]. Expresado aritméticamente, desde Marzo/2012 a Marzo/2013, en tanto que la facturación habría sufrido un descenso del citado 33,05 %, la plantilla había tenido una minoración del 12,5 %. O lo que es igual el desfase de la merma producción/personal era porcentualmente todavía del 20,55%, por lo que un despido colectivo del 28,26 % de la plantilla restante es algo que podrá cuestionarse desde el punto de vista de la exacta y deseable «idoneidad» o de la «oportunidad» en la gestión empresarial [algo ajeno a la misión que corresponde a los Tribunales], pero en principio no puede pretenderse que sea patentemente desproporcionado y que por ello resulte contrario a la buena fe, constituya un ejercicio abusivo del derecho o integre ejercicio antisocial del mismo, que son las causas por las que pudiéramos excluir la obligada «adecuada racionalidad» de la medida.

De esta forma, en el supuesto objeto de debate se cumplen las tres facetas o escalones del juicio de «razonabilidad» de la medida extintiva adoptada por el empresario: 1ª) consta acreditada la «existencia» de la causa legalmente justificativa de la medida empresarial, cual es el persistente y significado descenso en la facturación; 2ª) es innegable la «adecuación» de la medida adoptada, pues la reducción de plantilla se presenta como reacción natural frente a un irremediable descenso en la demanda; y 3ª) la concreta medida adoptada también ofrece «racionalidad» en sus dimensiones [excluimos todo juicio de «oportunidad» y/o «idoneidad»], estando ausente atisbo alguno de ser contraria a la buena fe o abusiva, así como tampoco hay motivo para considerar -ni se pretende por la parte- que hubiese supuesto un ejercicio antisocial del derecho.

SÉPTIMO.- 1.- El argumento de la concreta inalegabilidad de la causa productiva.- El cuarto y último motivo del recurso va dirigido -como hemos dicho- a dejar constancia de una doble infracción del art. 51 ET . De un lado, porque la causa productiva es meramente coyuntural y no estructural, de manera -se argumenta- que únicamente justificaría la suspensión de los contratos de trabajo y no su extinción; y de otro, que «durante la aplicación de un expediente colectivo de suspensión de contratos no se podría aplicar un ERE extintivo a los mismos trabajadores afectados por la suspensión, siempre y cuando ambos expedientes estuvieren motivados por las mismas causas». Trataremos separadamente los argumentos.

2.- La coyunturabilidad/estructuralidad como apreciación empresarial.- El art. 51 ET -bajo el título «despido colectivo»- dispone que «[s]en entiende que concurren ... causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado»; pero es que idéntica redacción también la ofrece el art. 47.1 ET , aunque refiriéndola como posible causa de la suspensión del contrato o reducción de la jornada.

A la vista de ello, de la identidad formal de conceptos, todo invita a sostener que mediando la causa descrita, el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de «oportunidad» que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude



de ley, que lógicamente no pueden encontrar amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba».

La sentencia, adoptada en Pleno el 23 de septiembre de 2014, casación 231/2013, examinó el supuesto del despido de 77 trabajadores de la Agencia P L E, habiéndose producido sucesión de empresa entre la citada Agencia y la Comunidad de Madrid-Consejería de Sanidad, si bien por la Ley 4/2012 se ha excluido que la CAM se subrogue en los contratos temporales. La sentencia entendió que el despido no es ajustado a derecho porque la entidad de los problemas económicos no justifica un despido tan masivo como el realizado. Razona lo siguiente:

"D) En la sentencia de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013), también dictada por el Pleno de esta Sala, resolviendo la impugnación del recurso en el despido colectivo de "Telemadrid" hemos sentado doctrina que ahora reiteramos y debemos aplicar. Conforme a la misma la situación económica negativa no puede operar de forma abstracta. La justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1º) Acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2º) Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquélla provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y 3º) Examinar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad. Ampliemos lo expuesto en tal ocasión.

1º) El primer requisito, la situación económica de pérdidas del EPRTM ha resultado probada, tanto desde la posición de la empresa, como desde la posición de los demandantes. Ahora bien, entendemos que esto no es equivalente a situación económica negativa, y que con "la causa extintiva" que la empresa alega, se pretende conseguir un equilibrio financiero del Ente a través de una fórmula de descentralización, y así aprovechando la reducción presupuestaria, impuesta por la Ley, lo que se está articulando es una reestructuración contable.

Efectivamente, como textualmente señala la sentencia recurrida, "aquí lo que sucede es, que, como para el año 2013 la empresa recibe una dotación presupuestaria inferior, la respuesta que se arbitra, que cómo decisión empresarial, sería factible y en ello no entramos, se decide hacer una revisión general de toda la contabilidad y cambiar el sistema de producción, pero esto, que cómo decimos, se puede aceptar como planteamiento estratégico y decisión empresarial, no constituye una causa de extinción de despido colectivo para así eludir las consecuencias legales que de dicha decisión se derivan".

2º) El segundo requisito, el efecto provocado sobre los contratos de trabajo, ha resultado más controvertido, y a las repercusiones que unos y otros han expuesto sobre los mismos nos remitimos.

3º) Es, en la concurrencia del tercer requisito, donde no se ha podido llegar a probar por la empresa y alcanzar la convicción de que las medidas extintivas adoptadas responden plenamente a la necesidad que invocan. La justificación del despido, solo sería procedente si reacciona para corregir un desajuste en la plantilla provocado por una situación económica negativa, emitiendo el órgano judicial no sólo un juicio de legalidad, sino también de razonable adecuación entre la causa alegada y la medida acordada.

No compete a la Sala efectuar un juicio de "oportunidad" sobre cuál sea la medida que se debió adoptar, por cuanto ello pertenece a la gestión empresarial. Pero, no basta para demostrar la causa extintiva con acreditar una reducción en el presupuesto, que es insuficiente y congénito a un servicio público, como se constata de una reducción presupuestaria, entre un 5% a 10%, que en modo alguno justifica la idoneidad de la medida extintiva, pues no es ni plausible, ni razonable, ni proporcional.

Desde esta premisa llega a la conclusión de que el acudimiento al despido masivo no está justificado porque la causa no está bien ponderada y el resultado no es razonable a la causa económica alegada.

E) Tanto en la sentencia recién citada cuanto en otras como las de 27-01-2014 (rec. 100/2013) -aunque referida a modificación colectiva de condiciones de trabajo-, se señala que tras la Reforma laboral de 2012, iniciada con el RD.Ley 3/2012, a los Tribunales corresponde emitir un juicio no sólo sobre la existencia y legalidad de la causa alegada, sino también acerca de la razonable adecuación entre la causa acreditativa y la acordada: "Sobre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos [competitividad; productividad] o de simple gestión empresarial [organización técnica o del trabajo], y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma [«prevenir»; y «mejorar»], no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el «ius variandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas [SSTS 19/03/01 -rcud 1573/00 -; 24/09/12 - rco 127/11 -; 12/11/12 -rco 84/11 -; y 12/03/13 -rco 30/12 -], sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma



el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» -y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».

Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales.

Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad] ...

F) Partiendo de la doctrina unificadora expuesta, ha de concluirse que, corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada. Una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de cualquier número de trabajadores.

Ahora bien, como se ha reiterado, no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea», ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, por ejemplo reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación del despido producido dentro de los términos expuestos.

G) Todo lo anterior es perfectamente trasladable a este supuesto, pues la sentencia recurrida prescindió de realizar el análisis de adecuada proporción en los términos expuestos, como ella misma indica, por entender que ya no era posible.

Con ello llegamos a la conclusión de que no es suficiente para acreditar la causa extintiva con acreditar una reducción de la subvención percibida y unos resultados económicos deficitarios, sino que ha de aquilatarse su entidad y ponerla en proporción con la del despido colectivo instrumentado.

Las mismas razones metodológicas (criterio de coetaneidad) que llevan a descartar la nulidad por no haber intervenido la Comunidad de Madrid en la negociación del convenio, conducen a considerar el problema económico esgrimido para el despido con los datos del momento en que se ha iniciado el procedimiento para implementarlo. Y esos datos en modo alguno arrojan una disminución de ingresos con parangón en la drástica reducción de plantilla.

La existencia de la situación económica negativa, al margen de los problemas aplicativos derivados de los cambios en los criterios contables, no alcanza entidad suficiente como para justificar un despido de la magnitud del enjuiciado. Este Tribunal carece del poder arbitral que podría haber autorizado o impuesto un número concorde de extinciones o medidas alternativas; solo nos compete examinar el despido que existe, no elucubrar o recomendar. Tampoco estamos ante un despido articulado mediante la salida de sucesivas cohortes de empleados, que los aglutine por centros de trabajo, ocupaciones o fases cronológicas y que pudiera, en hipótesis, parcelar la apreciación sobre la entidad de la causa y su afectación sobre el empleo.

Por tanto, siendo innegables los problemas económicos de la Agencia, pensar en la activación de otras eventuales causas de extinción o el recurso a un despido colectivo tras haberse producido la subrogación son hipótesis que escapan a nuestra jurisdicción".

4.-Procede examinar, en primer lugar, si en el supuesto debatido concurren las causas alegadas por el empresario para proceder a la extinción del contrato de trabajo del actor por causas objetivas de carácter económico y organizativo.

A este respecto hay que señalar que, mientras en el año 2010 y 2011, en la empresa MABO FARMA SAU se constata la existencia de ganancias -443.648 € y 1.001.458 €, respectivamente- en el año 2012 las pérdidas ascienden a 1.889.812 €, en el año 2013 a 7.256 €, en junio de 2014 a 513.384,94 € y en septiembre de 2014 a 941.908,04 €, lo que evidencia la existencia de una situación económica negativa, durante más de dos años consecutivos -2012, 2013 y primer semestre de 2014- lo que supone que la empresa ha acreditado



cumplidamente la concurrencia de la causa económica alegada, tal y como resulta de lo establecido en el artículo 52.1 del Estatuto de los Trabajadores .

Asimismo ha quedado acreditada la concurrencia de la causa productiva pues, tal y como figura en el ordinal segundo del relato de hechos probados de la sentencia de instancia: "En fecha de 21-11-13 por el Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud se dictó resolución por la que se aprobaba el listado de medicamentos seleccionados para poder ser dispensados por las oficinas de farmacia de Andalucía cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas, listado en el que figuraban medicamentos con principio activo igual a varios de los que comercializa Mabo, aunque sin figurar las empresas Mabo ni Tedec". No cabe entender, como consta en la sentencia recurrida, que "aunque se haya producido una baja importante en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, medicamentos genéricos, ya que los productos que esta comercializa no figura en el listado de medicamentos seleccionados" pues lo que no figura en el listado no son los medicamentos, sino la empresa MABO FARMA SAU, seguramente por no haber acudido a las últimas subastas realizadas por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.]"

3.- Y ciertamente, como también allí se expone, no se opone a tal conclusión el hecho de que la empresa TEDEC-MEIJ I FARM SA haya contratado cuatro meses después del despido del actor a un trabajador de su misma categoría -como consta acreditado- para desempeñar su actividad en Cádiz y provincia así como en aquella plaza o plazas que, a juicio de la empresa, deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada ya que, tal y como ha quedado razonado en la sentencia recurrida, este extremo es pacífico, las empresas MABO FARMA SAU y TEDEC-MEIJ I FARM SA son empresas legalmente constituidas, con personalidad jurídica propia e independiente, por lo que la contratación que pueda efectuar la segunda empresa es ajena por completo a la actuación de la primera y ninguna incidencia tiene en sus relaciones laborales. Y tampoco cabe entender que como TEDEC-MEIJ I FARM SA distribuye los productos que vende MABO FARMA SAU, es intrascendente que la contratación del trabajador la efectuara la primera empresa pues, tal y como resulta del relato fáctico de instancia sólo parte de sus ventas las hace a MABO FARMA SAU, por lo que la contratación que haya podido realizar TEDEC-MEIJ I FARM SA no puede ser tenida en cuenta para enjuiciar la situación económica ni productiva de MABO.

No cabe imputar las pérdidas de la empresa en los años 2012 y 2013 a las indemnizaciones por despidos de Directores de área y visitadores médicos de la provincia de Cádiz, ya que no consta dato alguno en la sentencia recurrida que concrete el número de despidos, indemnizaciones pagadas y fechas en que lo fueron, por lo que no puede tenerse por relevante en el volumen de pérdidas de la mercantil demandada tan genérico aserto.

4.- Constatada la concurrencia de las causas económicas y organizativas alegadas por la empresa resta por examinar la incidencia de las causas alegadas en la medida extintiva adoptada por el empresario, es decir, si se justifica en términos del juicio de razonable idoneidad, no correspondiendo a los Tribunales determinar si tal medida es la óptima que debió adoptarse.

La empresa ha procedido a despedir al actor y al resto de delegados comerciales de la zona de Andalucía por las causas antedichas, siendo tal medida idónea ya que es en dicha zona donde la empresa no necesita delegados comerciales, por no tener en la práctica actividad alguna ya que no ha concurrido a las últimas subastas de medicamentos realizadas por la Consejería de la Junta de Andalucía, por las razones anteriormente consignadas.

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa MABO FARMA SAU, contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla (rec. 1652/2015), casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Cádiz de fecha 16 de diciembre de 2014 , autos número 488/2014, seguidos a instancia de D. Octavio contra MABO FARMA SAU, TEDEC-MEIJ I FARM SA y DECAVI SOCIEDAD LIMITADA sobre despido. En virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS , no procede la condena en costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José María Garrido de la Parra, en representación de MABO FARMA SAU, frente a la sentencia dictada el 30 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, recurso número 1652/2015 .



2º.- Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Cádiz, autos número 488/2014, seguidos a instancia de D. Octavio contra MABO FARMA SAU, TEDEC-MEIJ I FARM SA y DECAVI SOCIEDAD LIMITADA sobre DESPIDO, desestimando la demanda formulada y declarando la procedencia del despido.

3º.- No procede la condena en costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ