



Roj: **STSJ M 953/2012 - ECLI:ES:TSJM:2012:953**

Id Cendoj: **28079340062012100122**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/02/2012**

Nº de Recurso: **5803/2011**

Nº de Resolución: **124/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 953/2012,**
STS 404/2013

RSU 0005803/2011

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.6

MADRID

SENTENCIA: 00124/2012

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL SECCION: 6

MADRID

C/ GENERAL MARTINEZ CAMPOS, NUM. 27

Tfno. : 91.493.19.46

N.I.G.: 28000 4 0000621 /2001

40126

ROLLO Nº: RSU 5803-11

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 31 de , MADRID

Autos de Origen: DEMANDA DESPIDO

RECURRENTE/S: Moises , Vidal , Gervasio ,

RECURRIDO/S: CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ SANDO SA

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA,** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY



la siguiente

SENTENCIA nº 124

En el recurso de suplicación nº **5803-11** interpuesto por el Letrado BERNABE ECHEVARRIA MAYO en nombre y representación de **Moises , Vidal , Gervasio** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **31** de los de MADRID, de fecha **22.07.11** , ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **561-11** del Juzgado de lo Social nº **31** de los de Madrid, se presentó demanda por Moises , Vidal , Gervasio , contra, **CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ SANDO SA** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **22.07.11** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por Dº Moises , Vidal y Gervasio frente a CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ SANDO S.A debo DECLARAR Y DECLARO PROCEDENTE EL DESPIDO objetivo de los trabajadores y en consecuencia ABSUELVO a la empresa demandada de todos los pedimentos de la demanda".

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

1) El actor *Moises* comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ SANDO S.A con una antigüedad de 1-11-06, con la categoría profesional de titulado superior y con un salario bruto anual fijo según nómina de 109.202,80 euros con prorrateo de pagas extras.

Dº *Vidal* comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada con una antigüedad de 17-3-93, con la categoría profesional de titulado superior y con un salario bruto anual fijo según nómina de 132.325,80 euros con prorrateo de pagas extras.

Gervasio comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada con una antigüedad de 4-10-94, con la categoría profesional de titulación superior y con un salario bruto anual fijo según nómina de 99.788,36 euros con prorrateo de pagas extras.

2) En fecha 12-9-06 la empresa demandada realizó una oferta de trabajo a Dº *Moises* , ofreciéndose el puesto de Delegado de Levante con una remuneración fija bruta anual de 90.000 euros en 14 pagas y una variable de 50.000 euros.

Ambas partes celebraron un contrato laboral indefinido en fecha 1-11-06 en el que se pacta una retribución fija de 90.000 euros en 14 pagas y una variable de 50.000 euros que se garantiza como mínimo en los dos primeros años.

En la cláusula 11º del contrato se pacta que "en el supuesto de extinción por desistimiento empresarial sin causa que lo justifique, el Directivo tendrá derecho a una indemnización de una anualidad de su salario fijo más variable percibido en el último ejercicio completo transcurrido a partir de la firma del presente contrato".

En el Anexo al contrato de trabajo se pacta que, además de la cantidad bruta fija anual, se pacta otra, cantidad variable "equivalente al 3% calculado sobre los beneficios netos obtenidos en consecuencia de las obras que se ejecuten en la zona de su delegación y por tanto bajo su responsabilidad. A partir de que el importe bruto de este 3% sea equivalente a dos veces la retribución bruta fija anual se aplicará en su lugar un 0,5% sobre el citado beneficio neto.

El abono de dicha cantidad que corresponda por este concepto, siempre que acontezcan los supuestos que dan lugar a su devengo, se realizará por la empresa una vez cerrado el ejercicio económico del año anterior y en cualquier caso dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que sea objeto de liquidación. De dicho importe se retendrá el 15%, cuya cantidad le será satisfecha al siguiente año y así sucesivamente.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el nº3 del art. 26 ET , se pacta por la empresa y el trabajador que el percibo de la cantidad correspondiente a incentivo variable no tienen carácter consolidable y queda vinculada directamente a la obtención de beneficios económicos generados en la empresa".

3) Dº *Moises* percibió en concepto de retribución variable del año 2008 la cantidad de 126.405 euros en la nómina de abril de 2010 y 126.405 euros en la nómina de octubre de 2009.

4) En fecha 2-6-05 la empresa demandada realizó una oferta de trabajo a Dº *Vidal* en la que se le ofrecía una retribución global de 115.000 euros brutos anuales distribuidos en 14 pagas.



Ambas partes celebraron un contrato de relación laboral de carácter especial para alta dirección en fecha 1-9-05 en el que se pacta que el actor realiza las funciones de Director Regional de la Zona Centro bajo la dependencia orgánica y funcional del Director General de Construcción o de las personas que éste delegue, y desempeñando funciones de contratación y desarrollo de contratos, etc, con autonomía y plena responsabilidad.

En dicho contrato se pacta una retribución fija anual bruta de 115.000 euros y un complemento salarial no consolidable equivalente a un 2% calculado sobre los beneficios netos obtenidos como consecuencia de las obras que se ejecuten bajo su responsabilidad. Así pues, tal incentivo sólo se devengarán por el trabajador cuando se produzcan beneficios en las obras que se realicen bajo su responsabilidad.

El abono de dicha cantidad que corresponda por este concepto, siempre que acontezcan los supuestos que dan lugar a su devengo, se realizará por la empresa una vez cerrado el ejercicio económico del año anterior y en cualquier caso dentro del primer semestre del año siguiente al que sea objeto de liquidación.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el nº3 del art. 26 ET, se pacta por la empresa y el trabajador que el percibo de la cantidad correspondiente a incentivo variable no tienen carácter consolidable y queda vinculada directamente a la obtención de beneficios económicos generados en las obras que se lleven a cabo bajo la responsabilidad de éste."

En la cláusula 6º se establece que el contrato se podrá extinguir por voluntad del trabajador o por desistimiento empresarial, pactado que: "Cuando se extinga el contrato por desistimiento del empleador deberá preavisarse al trabajador con tres meses de antelación. Si no se cumple este plazo o parte de él la empresa deberá resarcirlo por falta de preaviso incumplido. En tal caso el trabajador percibirá la retribución correspondiente al período alusivo a la falta de preaviso. Asimismo el trabajador tendrá derecho, producida la extinción del contrato por desistimiento del empleador, a la indemnización que para este supuesto de extinción fija el nº1 del art. 11 del RD 1382/85 del 1 de agosto .

Independientemente de la anterior regulación extintiva de la relación laboral, el trabajador queda sujeto a las normas de carácter general reguladoras del despido disciplinario en el caso de que incurra en incumplimientos contractuales.

En el Anexo al contrato se pacta una retribución variable del 2% sobre los beneficios netos obtenidos como consecuencia de las obras que se ejecutan bajo su dirección y por tanto bajo su responsabilidad. A partir de que el importe bruto de este 2% sea equivalente a dos veces la retribución bruta fija anual se aplicará en su lugar un 0,5% sobre el citado beneficio neto".

5) Dº Vidal tiene poder general para: concurrir a todo tipo de licitaciones, adjudicaciones y subastas, suscribir contratos de adjudicación o ejecución de obra o servicios; comprar mercaderías y contratar hasta la cantidad máxima de 300.000, contratar y despedir personal, depositar y retirar avales, cobrar o recoger documentos de cobros, firmar certificaciones, representar legalmente a la sociedad ante toda clase de organismos, constituir UTT, otorgar en nombre de la sociedad poderes para pleitos, otorgar documentos públicos, representar a la sociedad en toda clases de juntas o reuniones, etc.

6) Dº Vidal percibió en concepto de retribución variable del año 2008 la cantidad de 222.130 euros en la nómina de octubre de 2009 y 222.130 euros en la nómina de abril de 2010.

Por carta de fecha 26-5-10 la empresa le reconoce una variable de 368.977 euros en concepto de variable el ejercicio de 2009.

7) En fecha 22-4-05 la empresa demandada realizó una oferta de trabajo a Dº Gervasio en la que se le ofrecía una retribución global de 85.000 euros brutos anuales distribuidos en 14 pagas.

Ambas partes celebraron un contrato laboral indefinido a tiempo completo en fecha 10-5-05 en el que se pacta dicha cantidad por todos los conceptos salariales y se le reconoce una antigüedad del 4-10-94.

En la cláusula 9º se regula una indemnización por despido objetivo declarado improcedente de 33 días de salario por año de servicio.

En el Anexo del contrato consta que el actor realiza funciones de Delegado Zona Centro II y que, además de la cantidad bruta fija anual, se pacta otra cantidad variable "equivalente al 3% calculado sobre los beneficios netos obtenidos como consecuencia de las obras que se ejecuten en la zona de su delegación y por tanto bajo su responsabilidad. A partir de que el importe bruto de este 3% sea equivalente a dos veces la retribución bruta fija anual se aplicará en su lugar un 0,5% sobre el citado beneficio neto.

El abono de dicha cantidad que corresponda por este concepto, siempre que acontezcan los supuestos que dan lugar a su devengo, se realizará por la empresa una vez cerrado el ejercicio económico del año anterior y



en cualquier caso dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que sea objeto de liquidación. De dicho importe se retendrá el 15% cuya cantidad le será satisfecha al siguiente año y así sucesivamente.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el nº3 del art. 26 ET, se pacta por la empresa y el trabajador que el percibo de la cantidad correspondiente a incentivo variable no tienen carácter consolidable y queda vinculada directamente a la obtención de beneficios económicos generados en la empresa".

8) Dº Gervasio percibió en concepto de variable correspondiente al año 2008 la cantidad de 27.495,71 euros en la nómina de diciembre de 2009 y 105.000 euros en la nómina de octubre de 2009.

Por carta de fecha 26-5-09 la empresa le confirma que el variable que le corresponde es de 92.553,18 euros.

9) Para el cálculo de la retribución variable del año 2009 de los actores se siguen el siguiente método: se determina el margen de la suma de todas las obras, se realizan los ajustes en los gastos de estructura (1,2 % de producción y 7% de estructura central), se recargar al final de año los gastos reales y sobre el margen total se aplica el porcentaje del 3% (o 2%) para calcular la retribución variable (documento nº 25, 38, 50 de la actora).

10) En el año 2010 la empresa demandada ha tenido que dotar unos 36 millones de euros por impagos. Teniendo en cuenta dicha provisión, los costes de estructura financiera son negativos y por ello el beneficio obtenido es negativo y no se devenga retribución variable del año 2010 (documentos nº 57 a 59 de la empresa).

Si no se computara dicha provisión, la empresa hubiera obtenido un beneficio en cada delegación y se habría devengado la retribución variable a favor de los trabajadores (Anexo II del documento nº 58 de la actora).

11) Para el caso de estimar la pretensión de la actora, tendría derecho a percibir en concepto de retribución variable para el año 2010 las siguientes cantidades (Anexo II del documento nº 58 de la actora):

Moises : 206.237,01 euros.

Vidal : 312.397,80 euros.

Gervasio : 202.162,69 euros.

12) Por burofax de fecha 21-12-10 el letrado Sr. Barajano, en nombre de 15 trabajadores de la empresa, entre ellos los actores, reclamó la retribución variable del año 2009 y del año 2010 aun no devengada (documento nº1 de la actora).

13) En fecha 27-1-11 la empresa remite un e-mail a cinco trabajadores, entre ellos al Sr. Vidal, remitiendo una propuesta de acuerdo respecto a la retribución variable, señalando como fecha de pago para el variable del años 2009 el 28-2-11 y respecto a la del 2010, aun no determinada, se establece con fecha máxima el 31-12-11 y hasta un máximo de 120.000 euros por persona y el resto en pago diferido. Respecto al variable de 2011 y sucesivos, las partes acuerdan modificar el actual sistema de devengo, cuantificación y abono, de tal modo que se vinculará al contrato de refinanciación que se está negociando con las entidades financieras (documento nº 2 de la actora e interrogatorio de la empresa).

14) Por e-mail de fecha 13-2-11 los trabajadores realizan otra propuesta para modificar la retribución variable consistente en que: la retribución variable de 2009 se abone el 50% el 28-2-11 y el resto hasta el 20-4-11; y el variable de 2010 se abonará como límite el 30-9-11; y en cuanto al devengo en el 2011 proponen una fórmula para su cálculo (documento nº4 de la actora).

15) La empresa propone una prórroga del acuerdo hasta el 18-3-11, siendo aceptado por los trabajadores (documentos 5 y 6 de la actora).

16) En fecha 28-3-11 (lunes) los actores interpusieron papeleta ante el SMAC reclamando la retribución variable del año 2009, siendo señalada el acto de conciliación para el 14-4-11. Otros trabajadores de la empresa ha reclamado el variable y no han sido despedidos (interrogatorio de la empresa).

17) El día 28-3-11 sobre las 9,38 h el Sr. Gervasio remitió a la empresa la papeleta de conciliación sobre la reclamación de cantidad de (documento nº 10 de la actora).

18) El día 28-3-11 la empresa ofrece verbalmente un puesto en Colombia al Sr. Moises (documento nº 13 de la actora). En fecha 29-3-11 la empresa remite un e-mail al Sr. Moises manifestando que, como alternativa a la extinción del contrato, le había ofrecido un puesto de delegado de Colombia, pero que tras su rechazo resultado complicado ofrecerle otro puesto y no proceder a su extinción (documento nº 11 de la actora). En fecha 31-3-11 manifiesta que no acepta el traslado (documento nº12 de la actora).

19). El día 30-3-11 (miércoles) la empresa ofrece este mismo puesto al Sr. Vidal, manifestando éste que debe pensarlo y que contestará el viernes (documento nº 13 de la actora). Al día siguiente la empresa le remite nuevo correo reiterando la propuesta (documento nº 14 y testifical del Sr. Daniel).

El día 1-4-11 sobre la 1 h de la mañana, el actor le remite un e-mail manifestando que le contestará mañana a las 9 h. No constando probado que dicho e-mail fuera leído por el destinatario a primera hora de la mañana (documento 15 de la actora y testifical Don. Daniel).

20) La empresa demandada notificó una carta de despido a los Sres. Moises Y Vidal en fecha 1-4-11 y al SR. Gervasio en fecha 30-3-11, fundamentada en causas objetivas por la necesidad de amortizar un puesto de trabajo. Dichas cartas obran en autos y que se dan por reproducidas.

Los actores han percibido las indemnizaciones determinadas en las cartas de despido, siendo las siguientes:

Moises : 26.902,14 euros.

Vidal : 129.122,57 euros.

Gervasio : 90.212,13 euros.

La empresa no ha dado el preaviso de 15 días a los actores, no habiéndoles abonado los salarios correspondientes.

21) La empresa ha realizado despido objetivos de sus trabajadores en las siguientes fechas: 31-1-11 (3 despidos), 4-2-11 (1), 7-2-11 (3), 9-2-11 (4), 11-2-11 (1), 14-2-11 (1), 4-3-11 (2), 11-3-11 (1), 14-3-11 (2), 25-3-11 (1), 30-3-11 (1), 1-4-11 (3, que son los actores), 1-4-11 (1), 4-4-11 (1), 26-4-11 (1), 30-4-11 (16), 6-5-11 (1), 13-5-11 (8), 25-5-11, 19-5-11 (2), 27-5-11 (29, 3-6-11 (1) y 30-6-11 (1).

En la relación de despidos objetivos aportada por la empresa, no se habían computado los despidos de Dº Primitivo , Luis Enrique , Flora , Adolfo , Desiderio y Ruth (documentos nº 55 del actor y nº 75 de la empresa y diligencia para mejor proveer).

22) La empresa ha efectuado una nueva organización consistente en unificar la Zona Centro, Levante y Andalucía Oriental II, siendo asumida toda la zona por el responsable de Andalucía Oriental II.

Las funciones del Sr. Gervasio y Sr. Moises han sido asumidas por Dº Cecilio , Delegado de Andalucía Oriental II. Las funciones del Sr. Vidal han sido asumidas por el Director de Obra civil Dº Javier (documento nº 16 del actor e interrogativo de la empresa).

23) El Grupo Empresarial Sando está constituido, entre otras, por las siguientes empresas: CONSTRUCCIONES, ASFALTOS Y CONTROL S.L (CONACON), LAIETANA OBRAS Y PROYECTOS S.A, SANDO DESARROLLOS CONSTRUCTIVOS, LAIETANA OBRAS Y PROYECTOS SA, SANDO BODOWNICTWO POLSKA SP y CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ SAU y otras dependientes.

Todas las empresas del grupo presentan cuentas consolidadas con la matriz y dichas cuentas están auditadas por una empresa externa que realiza la contabilidad de todas ellas.

24) En la Cuenta de Pérdidas y de Ganancias del Grupo empresarial Sando y sociedades dependientes, constan los siguientes datos económicos (en miles de euros):

-Importe Neto de la cifra de negocios: en el año 2008: 902.492; en el 2009: 781.159; en el 2010: 704.306; y a fecha 31-3-11: 144.988.

-Resultado de la explotación: en el año 2008: -246.294; en el 2009: -38.810; en el 2010: 19.569; y a fecha 31-3-11: 9246.

-Resultados antes de impuestos; en el año 2008: -316.715; en el 2009: -84.677; en el 2010; -16.872; y a fecha 31-3-11: - 2.976.

-Resultados del ejercicio: en el año 2008: -236.038; en el 2009: -61.019; en 2010: -6.570; y a fecha 31-3-11: -5.517.

(Cuentas anuales y pericial de la empresa).

25) En la Cuenta de Pérdidas y de Ganancias de Sando Desarrollos Constructivos S.L y sociedades dependientes (en miles de euros) consta:

-Importe Neto de la cifra de negocios: en el año 2008: 681,432; en el 2009: 574.721; en el 2010: 516.753.

-Resultado de la explotación: en el año 2008: 20.103; en el 2009: 44.601; en el 2010: 39.927.

-Resultados antes de impuestos; en el año 2008: 31.928; en el 2009: 48.060; en el 2010; -6.332.

-Resultados del ejercicio: en el año 2008: 21.743; en el 2009: 32.697; en 2010: 1.956.

(Cuentas anuales y pericial de la empresa).



- 26) *En la Cuenta de Pérdidas y de Ganancias de la empresa Construcciones Sando S.A, se observan los siguientes datos económicos (en euros):*
- Importe Neto de la cifra de negocios: en el año 2008: 614.851,311; en el 2009: 488.657,192; en el 2010: 348.624,635; y a fecha 31-3-11: 66.389, 882.*
 - Resultando de la explotación: en el año 2008: 17.021,525; en el 2009: 33.851,778; en el 2010: 26.560,453; y a fecha 31-3-11: 165.031.*
 - Resultados antes de impuestos; en el año 2008: -27.989,551; en el 2009: 38.530,579; en el año 2010: -8.118.092 y a fecha 31-3-11: 1.293,313.*
 - Resultados del ejercicio: en el año 2008: 18.915,170; en el 2009: 25.443.405; en 2010: 117.275; y a fecha 31-3-11: - 2.721.386.*
- (Cuentas anuales y pericial de la empresa).*
- 27) *De los datos productivos en el sector de la construcción de la empresa demandada se observan los siguientes datos en el periodo de 2007 a 2010:*
- En las obras en producción: el importe medio de cada obra se ha reducido en un 40%.*
 - En las obras en cartera: el importe medio de cada obra se ha reducido en un 37% (cuentas anuales y pericial de la empresa).*
- 28) *En la Memoria explicativa de las cuentas anuales de la empresa demandada para el año 2010 consta en la nota 9,4 lo siguiente: "Tal como se indica en la nota 18 el saldo pendiente de cobro a Sando Servicios Corporativos asciende a 121.088 millones de euros. Sando Servicios Corporativos es la sociedad que se encarga de la gestión de Tesorería y de las necesidades de financiación para todo el Grupo, lo que realiza de forma conjunta actuando como central de Tesorería y con independencia de la identificación financiera de estos saldos, esta cuenta recoge principalmente los saldos derivados de las operaciones de tráfico entre sociedades del grupo una vez llegado el vencimiento.*
- En virtud de las posibles insolvencias originadas por la situación financiera de las sociedades del área inmobiliaria del Grupo Sando, principalmente Sando Proyectos Inmobiliarios SA, la sociedad ha registrado un deterioro de las cuentas a cobrar de las mismas por importe de 36.326 miles de euros". (documento nº29 de la empresa).*
- 29) *La empresa Sando Servicios Corporativos SLU es una empresa del Grupo que realiza funciones de Tesorería y actúa como intermediaria en las operaciones de cobro-pago entre las demás empresas. Carece de capacidad patrimonial y es mera central de tesorería del grupo (pericial de la empresa).*
- 30) *Las anotaciones contables de las operaciones de tráfico entre empresas se efectúa del modo siguiente: cuando la empresa demandada realiza obras de urbanización y/o edificación para Sando Proyectos Inmobiliarios S.A, la constructora aparecerá una cuenta a cobrar a la inmobiliaria hasta su vencimiento. Una vez vencida la cuenta, la constructora traspasa ese saldo a la sociedad Sando Proyectos Corporativos S.L, que se encarga de la gestión global de la tesorería del grupo. Y mediante dicha operación, la cuantía a cobrar que tenía la constructora se convierte en cuenta a cobrar a Sando Proyectos Corporativos S.L (pericial de la empresa y cuentas anuales).*
- 31) *A fecha 31-12-10, la empresa Sando Proyectos Corporativos S.L tiene un saldo deudor con Sando Proyectos Inmobiliarios S.A de 474,31 millones de euros, por lo que si no puede cobrar dicha deuda, no puede hacer efectiva a las empresas constructoras (Construcciones Sánchez Domínguez y COÑACON) la deuda pendiente con ellas (pericial de la empresa y cuentas anuales).*
- 32) *La empresa demandada había elaborado un Plan de negocio para los años 2009-15 con la finalidad de financiar la deuda. Durante los años 2009 y 2010 había ciertas expectativas de que dicho Plan cumpliera, pero a finales del 2010 se tiene constancia de que no se puede cumplir el Plan de negocio.*
- A consecuencia de ello, la empresa acordó reducir los costes de estructura y crear una dotación por deterioro (testifical del Sr. Juan Luis).*
- 33) *La deuda existente era de 121.088 miles de euros, de la cual la empresa demandada provisiona el 30% esto es: 36.326,472 euros, y el resto se garantiza por la matriz. Dicho límite en la provisión es una decisión económica derivada de los recursos económicos del grupo (pericial de la empresa y testifical Don. Juan Luis).*
- 34) *La empresa está elaborando un nuevo Plan de negocio a partir del año 2011, para lo cual está actualmente renegociando las condiciones de financiación con las entidades financieras, aislando la actividad inmobiliaria*



y pactando un nuevo sistema de retribución variable con algunos directivos, no incluidos los actores (documentos nº 8 a 14 de la empresa y testifical Don. Juan Luis).

Si las entidades financieras no aceptaran el nuevo plan de refinanciación, la necesidad de provisión podría aumentar cabría acudir a un procedimiento concursal.

35) *La media relativa a la amortización de puestos de trabajo ha supuesto una nueva organización interna (documentos nº 53 y 54 de la empresa) que ha reducido los costes de personal.*

36) *Por auto de fecha 16-5-11 del Juzgado de Instrucción nº30 de Madrid se admite a trámite la querrela criminal interpuesta por Dº Alvaro contra los administradores sociales de la empresa por presuntos delitos societarios.*

37) *La empresa demandada tiene más de 300 trabajadores en plantilla.*

38) *La parte actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno.*

39) *Con fecha 9-5-11 se celebró el acto de conciliación previa con resultado de sin avenencia.*

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurren los actores en suplicación contra la sentencia de instancia, que ha desestimado sus demandas declarando la procedencia del despido objetivo por causas económicas que les comunicó la demandada, CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ SANDO S.A. Los motivos 1º al 11º se destinan a la revisión de los hechos probados, al amparo del art.191.b) LPL .

1. En el primer motivo se impugna el hecho probado 3º proponiendo la siguiente redacción: *"Por carta de fecha 26-5- 2010 la empresa reconoce por el concepto de retribución variable correspondiente al ejercicio 2009 la cantidad de 240.980,58".* La inclusión del dato relativo a la cuantía de la retribución variable de uno de los actores correspondiente al año 2009 se acepta, pues es correcta a tenor de los documentos citados, y ya figura en la sentencia respecto de los otros dos demandantes, si bien se estima irrelevante por las razones que más adelante se expondrán.

2. En el segundo motivo se impugna el hecho probado 7º solicitando la supresión de su párrafo tercero, que es del siguiente tenor: *"En la cláusula 9º se regula una indemnización por despido objetivo declarado improcedente de 33 días de salario por año de servicio".* La empresa acepta en su escrito de impugnación que en efecto es un error de la sentencia y que con arreglo al contrato suscrito por el actor D. Gervasio la indemnización que le correspondería por despido improcedente no es la de 33 días por año, sino la ordinaria de 45 días por año de servicios, por lo que se ha de estimar el motivo.

3. En el tercer motivo se solicita la modificación del hecho probado 8º sustituyendo su redacción por la siguiente: *"Dº Gervasio percibió en concepto de variable correspondiente al año 2008, la cantidad de 105.000 E en la nómina de octubre de 2009, de 27.495,71 E en la nómina de diciembre de 2009 y de 105.000 E en la nómina de abril de 2010.*

Por carta de fecha 26-5-2010 la empresa reconoce y confirma que el variable correspondiente al ejercicio 2009 es de 92.553,18 E". Se acepta que la retribución variable correspondiente al año 2009, reconocida por la empresa por carta de fecha 26-5-10, fue de 92.553,18 €, si bien no se considera trascendente, al igual que sucedía en el primer motivo.

4. En el cuarto motivo se impugna el hecho probado 10º proponiendo la siguiente redacción: *"En el año 2010 la empresa demandada ha dotado unos 36 millones de euros por impagos. Teniendo en cuenta dicha provisión, los costes de estructura financiera son negativos".* No se puede acceder a lo solicitado, ya que no se cita documento alguno del que se desprenda error evidente del cual resulte la redacción que se propone, que es fruto de valoraciones del recurrente, habiendo tenido en cuenta la sentencia los documentos 57 a 59 de la prueba presentada por la demandada. Por lo demás, es cierto que la frase "no se devenga retribución variable del año 2010" es predeterminante del fallo, como también lo es la del párrafo segundo del mismo hecho probado (pero de ésta no se quejan los recurrentes, pues les favorecería) cuando dice que si no se computara la provisión a que se está refiriendo "se habría devengado la retribución variable a favor de los actores". Pero en definitiva ello carece de trascendencia alguna, bastando con tener por no puestas esas frases, puesto que en la fundamentación jurídica se razona al respecto con suficiencia. La inclusión en los hechos probados de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo no es relevante si la sentencia contiene los razonamientos



- jurídicos pertinentes para la decisión, solamente sería un grave defecto de la sentencia si se diera como probada una conclusión jurídica y no se efectuara razonamiento jurídico alguno que justificara el fallo.
5. En el quinto motivo se propone adicionar al hecho probado 12º el párrafo siguiente: *"También mediante burofax de fecha 31-1-2011, el letrado Sr. Echevarria en representación del citado colectivo de los 15 trabajadores, reitera a la empresa el pago de la Retribución Variable del ejercicio 2009 antes de la fecha 28-2-2011, expresando que pasada esta fecha, en el supuesto de que no se abone dicha Paga Variable se interpondría demanda de reclamación de cantidad ante el SMAC."* Se acepta la modificación propuesta en cuanto deriva de la documental citada, pero no se considera relevante la existencia de esta comunicación dirigida por el letrado de los actores a la empresa, como se razonará en su momento.
6. En el sexto motivo se solicita la revisión del hecho probado 16º proponiendo la siguiente redacción: *"La única reclamación que consta en autos es la formulada por Jeronimo ante el CMAC de Málaga con fecha 27-4-2010, en reclamación de la cantidad de la Retribución Variable del ejercicio 2008 y 2009"*. No se estima el motivo, ya que la sentencia se ha basado no solamente en la prueba documental, sino en la de interrogatorio de parte, siendo ineficaz la valoración que el recurrente hace en el motivo respecto de las manifestaciones efectuadas por el interrogado, ya que este medio probatorio no es revisable en suplicación.
7. En el séptimo motivo se pide la modificación del hecho probado 19º sugiriendo la siguiente redacción en su lugar: *"El día 30-3-11 (miércoles) la empresa ofrece este mismo puesto al Sr. Vidal , manifestando éste que debe pensarlo y que contestará el viernes (documento nº13 de la actora, folio 432). El 31-3-11 mediante e-mail, la empresa le reitera la propuesta y le cita a una reunión a las 9 de la mañana del día siguiente (documento nº 14 de la actora, folio 433).*
El día 1-4-11 a las 1.03 h de la madrugada, el actor remite e-mail en el que expresa que, dado el cambio que se le propone, necesita 10 días para dar una respuesta y concretar distintos aspectos que le transmitirá en la reunión que tienen a las 9.00 horas" (documento nº 15 de la actora, folio 434)".
- No puede estimarse la petición formulada, pues la Magistrada ha tenido en cuenta la testifical Don. Daniel , que no es revisable en esta clase de recurso. En todo caso el recurrente se basa en suposiciones al manifestar que la no celebración de la reunión prevista para el día 1 de abril con el demandante D. Vidal se debió a una represalia por haber presentado una papeleta de conciliación cuyo conocimiento por la empresa no se ha acreditado, habiendo declarado además Don. Daniel que ya el día 31 de marzo había tenido una reunión en la que el actor había rechazado el puesto ofrecido por la empresa.
8. En el motivo octavo se solicita que en el hecho probado 26º se modifique el resultado del ejercicio 2008 antes de impuestos, que en la sentencia figura como negativo (- 27.989.551 €) y en realidad debe ser positivo (+ 27.989.551 €). Así se desprende de los documentos citados y la empresa lo admite en su escrito de impugnación, por lo que se rectifica el error de la sentencia.
9. En el motivo noveno se impugna el hecho probado 33º proponiendo en sustitución el siguiente texto: *"La deuda existente era de 121.088 miles de euros, de la cual la empresa demandada provisiona el 30%, esto es: 36.326.472 E. El Grupo Empresarial Sando había garantizado a Sando Servicios Corporativos SLU, según consta en sus cuentas anuales e informe de auditoría de 2010, que asumiría las posibles insolvencias de las sociedades inmobiliarias. Dicho límite en la provisión es una decisión económica derivada de los recursos económicos del grupo"*. La revisión solicitada no puede estimarse, ya que no se basa en un error evidente de la sentencia, sino en una interpretación del recurrente de un extracto de un párrafo del informe de auditoría, debiendo prevalecer la interpretación judicial del conjunto de la prueba pericial y de la testifical.
10. En el décimo motivo se solicita la inclusión de un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal: *"Los actores estuvieron prestando servicios durante un largo período de tiempo en la empresa Dragados S.A, causando baja en esta para, sin solución de continuidad, comenzar a prestar servicios en la demandada, ante la oferta de trabajo que les hizo"*. No se estima el motivo, pues de los documentos citados solamente puede desprenderse la baja voluntaria de los actores en Dragados y el alta en la demandada, se ha de presumir que por voluntad propia, sin que conste la oferta de la demandada ni el "gran futuro profesional" que aducen los recurrentes dejaron al abandonar Dragados, siendo irrelevante a los efectos pretendidos - indemnización de daños morales - que los recurrentes fueran previamente trabajadores de otra empresa, máxime si se tiene en cuenta que la demandada reconoció a dos de ellos la antigüedad en Dragados, y con el tercero suscribió una cláusula de indemnización especial por desistimiento.
11. En el undécimo motivo se interesa la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente texto: *"Por medio de acuerdos individuales de fecha 6.6.11, que se encuentran aportados a autos y que se dan por reproducidos, la empresa y parte de los directivos que no fueron despedidos firmaron un acuerdo sobre el sistema de retribución*



variable para los años 2011 y siguientes. En dichos acuerdos se incluye el percibo de una cantidad a tanto alzado del siguiente importe:

Juan Alberto 150.000 E

Javier 170.000 E

Alberto 35.000 E

Eutimio 170.000 E

Cecilio 15.000 E

Nemesio 60.000 E

Luis Antonio 55.000 E"

No se estima el motivo, pues resulta irrelevante que el 6-4-11 la empresa llegara a un acuerdo con otros directivos, aunque en efecto fuera así, pero en todo caso la interpretación de la parte recurrente carece de base, pues contradice el tenor literal de los documentos, en los que se niega expresamente que las mencionadas cantidades respondan al abono de los incentivos del año 2010.

SEGUNDO.- El resto de los motivos se destinan al examen del derecho sustantivo, al amparo del art.191.c) LPL . En el duodécimo motivo se alega la infracción del art. 24 de la Constitución y de los arts. 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , sosteniendo la nulidad del despido por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la garantía de indemnidad.

Mantienen los recurrentes que se ha podido producir la represalia por el ejercicio de acciones judiciales y por tanto la nulidad de los despidos, incluso aunque existieran causas económicas acreditadas, pues la selección de los demandantes como afectados por esas causas habría tenido como motivo la presentación de papeletas de conciliación en las que reclamaban el abono de la retribución variable.

La sentencia de instancia considera que los demandantes han aportado indicios de vulneración del art. 24 de la Constitución , pero esta apreciación es cuestionable, puesto que solamente se ha acreditado que la empresa conociera la presentación de la papeleta de conciliación respecto de uno de los demandantes, no así de los otros dos. En cuanto al primero, Sr. Gervasio , él mismo se ocupó de remitir a la empresa la papeleta de conciliación el 28-3-11 el día de su presentación en el servicio administrativo competente, proceder éste no habitual y que sugiere podría conocer la proximidad de su despido, pues la empresa se hallaba en conversaciones con los otros dos actores sobre la posibilidad de ocupar otro puesto de trabajo fuera de España como alternativa al despido (hechos probados 17º-19º). Por otra parte, otros trabajadores de la empresa habían reclamado el variable y no han sido despedidos (hecho probado 16º), incluso aunque se entendiera que solamente lo había reclamado en conciliación previa otro trabajador más, y no varios, como se sostiene en el recurso, ya quedaría desvirtuado el indicio, pues a ese otro trabajador no se le ha despedido. De otro lado, se declara con valor de hecho probado en el fundamento jurídico sexto, página 17 de la sentencia del Juzgado, con remisión a los documentos 53 y 54 de la empresa, que una de las medidas adoptadas en el Plan de negocio para el período 2009 - 2015 ha sido la de amortizar los puestos de trabajo de diversos directivos de la empresa, entre ellos los actores, efectuándose una reorganización interna, unificándose la zona Centro, Levante y Andalucía Oriental II, siendo asumida toda la zona por el responsable de Andalucía Oriental II, y por ello las funciones de los actores han sido asumidas por otros directivos en la forma que explica la sentencia del Juzgado.

En definitiva, la empresa solamente conocía la existencia de una papeleta de conciliación de uno de los tres actores, ha habido al menos otro directivo que también reclamó en conciliación y no ha sido despedido, ha habido otros directivos que no reclamaron pero han sido despedidos, se han acreditado resultados económicos negativos en la empresa a juicio de la Magistrada de instancia, y se ha acreditado también una reorganización de los puestos directivos que afecta a los demandantes, e incluso a dos de ellos se les ha ofrecido otro puesto cuya aceptación habría evitado el despido. Aun si se aceptara que se han aportado indicios suficientes, la demandada habría superado con claridad la carga probatoria que le incumbe, con arreglo al art. 179.2 LPL y doctrina constitucional, por lo que no se aprecia la infracción de los preceptos invocados en el motivo, que se desestima.

TERCERO.- En el motivo decimotercero se alega la infracción de sentencias del Tribunal Supremo de 24-6-09 , 28-7-09 y 22-10-09 sobre indemnización por daños morales por vulneración de derechos fundamentales, que cifran los recurrentes en una anualidad de salario, inferior al importe de la sanción máxima para las faltas muy graves que es la calificación que corresponde a la transgresión de los derechos fundamentales.



La desestimación del motivo anterior arrastra necesariamente la del presente, al no haberse apreciado la lesión de derecho fundamental alguno, sin perjuicio de lo cual cabe señalar que a juicio de esta Sala se está extendiendo mecánicamente la aplicación de las cuantías de las sanciones a la indemnización de daños morales, siendo ambos conceptos de naturaleza por completo diferente. Por otro lado la invocación de la relevancia del puesto desempeñado y el prestigio profesional son meras alegaciones que no cumplen los requisitos de la jurisprudencia que se cita como infringida. El Tribunal Supremo en interpretación del art. 180.1 LPL ha rechazado que la tutela resarcitoria se anude automáticamente al mero hecho de la vulneración de ese derecho de singular relevancia y protección, entre otras, en la sentencia del TS de 23-3-00 (doctrina reiterada en las de 11-4-03, 6-4-09 y 24-6-09) en las que se alude a la necesidad de que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase. El Tribunal Constitucional en STC 247/06 no pone objeciones a esta jurisprudencia, que supuso un cambio en la doctrina inicial del TS. Por lo que se refiere a los alegados daños morales, la sentencia de la Sala 1ª de 22-9-04 nos recuerda la caracterización del daño moral como todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado por el acaecimiento de una conducta ilícita, añadiendo que se estima el sufrimiento o esencia de dicho daño moral "por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales...". En el caso ahora enjuiciado no se cumple suficientemente la exigencia de proporcionar las bases y elementos clave de la indemnización que se reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto enjuiciado, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, así como de acreditar, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase. Tampoco existen elementos probatorios que indiquen siquiera que los demandantes hayan sufrido un daño moral, un sufrimiento o decaimiento o disminución de aptitudes vitales en forma alguna.

CUARTO.- Se alega en el decimocuarto motivo la infracción de los arts. 51.1 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y art. 124 de la LPL. Sostienen los recurrentes que se ha de declarar la nulidad, y subsidiariamente la improcedencia, de los despidos al haberse acordado por la empresa más de 30 despidos en un período de noventa días, aclarando que el supuesto de nulidad que se postula no es el de despidos en un número inferior a los umbrales del art. 51 ET en sucesivos períodos de noventa días, sino superación de los umbrales en un solo período de noventa días, que para los recurrentes sería el posterior a la fecha del despido de los actores, razonando que si bien existen decisiones de los TSJ en el sentido de que ha de computarse el período de referencia hacia atrás desde el despido enjuiciado, también existen otras que lo computan hacia delante, e incluso el criterio más amplio que permite efectuar el cómputo de las dos maneras, sin que exista jurisprudencia que aborde tal cuestión.

Ha de partirse, en efecto, de la distinción entre los dos supuestos de nulidad que diferencia el recurso, pues de un lado está la prohibición de superar los umbrales numéricos llevando a cabo despidos objetivos en número superior al tolerado en un solo período de noventa días, art. 51 párrafo primero ET, lo que se sanciona con la nulidad con arreglo al art. 124 LPL, y de otro lado la conducta fraudulenta consistente en efectuar en períodos sucesivos de noventa días extinciones objetivas que en cada período no alcanzan el límite o umbral del despido colectivo, pero que en su totalidad lo superan, obedeciendo a las mismas causas, según el último párrafo del art. 51 ET. Este segundo supuesto también se sanciona con la nulidad de los despidos, según se establece en ese mismo párrafo y en el art. 122.2.b) LPL, pero en este caso solamente puede declararse la nulidad de las "nuevas extinciones", es decir, a partir de aquella que supere los umbrales, permaneciendo válidas las anteriores, que se hallaban dentro de los límites del despido objetivo. Tanto en uno como en otro caso las extinciones computables son las que marca el penúltimo párrafo del art. 51 ET.

Cuestión controvertida es la del cómputo del período de noventa días, el inicial y los sucesivos, y en este aspecto puede aceptarse la tesis según la cual ese período podría computarse tanto hacia delante como hacia atrás a partir del despido que se impugna, en cuyo sentido cita el recurrente una serie de sentencias de TSJ, y en el caso actual si se cuenta hacia delante se habrían superado los umbrales, ya que desde el 30 de marzo, día del despido de uno de los actores, al 27 de junio, se han producido 37 despidos.

No obstante, cabe matizar que no hay referencia alguna en la ley al despido impugnado, para computar a partir de él dicho período hacia delante o hacia atrás. Ello conduciría a computar los períodos de diferentes formas dependiendo en cada caso de la fecha del despido que se examina. En realidad, lo que más se ajusta al precepto y proporciona mayor certeza y seguridad es iniciar el cómputo del primer período de noventa días cuando la empresa realiza el primer despido, pues no tendría sentido iniciarlo antes, ni después. Si a partir de ese inicial despido objetivo y dentro de los noventa días siguientes se supera el umbral legal, todos esos despidos - si se



impugnan y se puede acreditar en juicio la superación del límite - son nulos, y no solamente alguno o algunos de ellos, pues la empresa ha incumplido la obligación de tramitar un despido colectivo conforme al art. 51 ET y debe aplicarse la sanción del art. 124 LPL . Si dentro de ese período inicial la empresa no ha superado los umbrales, los despidos practicados son válidos, pero si en el período siguiente de noventa días sigue realizando despidos objetivos por la misma causa u otras extinciones computables, a partir de aquella que supere el umbral, se declarará la nulidad. Por último, si transcurren más de noventa días sin despido alguno, el cómputo se iniciará de nuevo a partir del siguiente despido.

De acuerdo con estos criterios, producido el primer despido el 31-1-11 (hecho probado 21º, en el que hay una errata, pues en la fecha de 27-5-11 donde dice 29 despidos debe decir 2), resulta que en el primer período de noventa días, del 31-1-11 al 1-5-11, se han producido 42 despidos, entre ellos los de los tres actores, uno el 30-3 y los otros dos el 1-4. Por tanto, por aplicación del primer párrafo del art. 51 ET y art. 124 de la LPL , los despidos de los demandantes deben declararse nulos, tal como se solicita con carácter principal, pues en este aspecto la reforma de 2010 ha conservado tal clase de nulidad, suprimiendo solamente la antigua nulidad del despido objetivo por defectos de forma en la comunicación escrita. Se estima, en consecuencia, el motivo.

QUINTO.- En el motivo decimoquinto se alega la infracción de los arts. 53.1.b) y 4 , 53.4 , 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores . En este motivo se sostiene que a efectos de posible indemnización y salarios de tramitación debe incluirse el salario variable de 2009, pues se alega que en el momento del despido (los despidos son de fecha 30-3-11 y 1-4-11) el variable de 2010 no se había concretado por no haber concluido el plazo contractualmente fijado al efecto, añadiendo que las cuentas del referido año no estaban auditadas. La sentencia ha rechazado el cómputo del salario variable correspondiente a 2009 manteniendo que el aplicable sería el de 2010, pero ha apreciado que en este año no se devengó tal retribución, lo que será objeto de examen más adelante.

El motivo no puede estimarse, pues el criterio de la inclusión de los incentivos, bonus o retribución variable devengados en el año anterior al despido (en este caso 2010) es el que ha consagrado la jurisprudencia, y en tal sentido declara la sentencia del TS de 24-10-06 (rcud. 1524/05) lo siguiente: *"La tesis correcta es la de la sentencia recurrida, que se ajusta a nuestra doctrina jurisprudencial sobre el salario computable para la indemnización de despido, contenida, entre otras, en las sentencias de 17-7 - 1990 , 13-5-1991 (R-977/90) , 30-5-2003 (R-2754/02) , 27-9-2004 (R-4911/03) y 11-5-2005 (R-5737/03) . De acuerdo con la segunda de ellos el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias salvo circunstancias especiales, entre las que figuran las derivadas del percibo de un bonus, que por lo demás tiene naturaleza salarial, de un concepto que tiene periodicidad superior a la mensual y cuyo devengo se produce por anualidades vencidas y en función de los beneficios realizados en cada una de ellas, por lo que debe estarse para fijar la indemnización al importe de la totalidad de las retribuciones que el trabajador percibía en el momento del despido, esto es en el año que este se produjo incluyendo aunque su devengo fuese del año anterior..."*

En el mismo sentido la sentencia del TS de 25-9-08 ha declarado: *"En lo que concierne al bonus, o retribución anual variable en función de los resultados de la empresa y/o del cumplimiento de los objetivos fijados al trabajador o al grupo de trabajadores (STS 26-1-2006 , citada), es requisito para su consideración el que se haya devengado, es decir, que haya surgido ya como obligación líquida en el momento del despido, momento a partir del cual, aunque no se trate de obligación vencida, puede hablarse del mismo como un "salario" o "complemento salarial" propiamente dicho. Es lógico en estos casos de bonus de devengo anual pendientes de perfeccionamiento utilizar para el cálculo del salario regulador de la indemnización de despido el incentivo anual por ventas devengado el año anterior; así lo ha hecho en el presente litigio la sentencia recurrida."* También la sentencia de esta Sala, sección 2ª, de fecha 20-10-10 recurso 3527/09 , ha aplicado idéntica solución.

El plazo del primer cuatrimestre de 2011 es para el abono, pero el devengo se produce al fin del año 2010, pues en el pacto se estableció que el abono se realizaría por la empresa una vez cerrado el ejercicio económico del año anterior y en todo caso dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que sea objeto de liquidación (hecho probado 7). Por otra parte los actores tenían la posibilidad de calcularlo, como en efecto lo hicieron y consta en la sentencia, con una diferencia de criterio respecto al cálculo de la empresa, que luego se abordará, pero sin problema alguno en cuanto al resto de factores que se tienen en cuenta para el posible devengo de la retribución variable de 2010. Por lo tanto no hay razón alguna para computar la devengada en el año 2009.

En el motivo se contienen algunas precisiones sobre la indemnización a abonar en el caso de que el despido fuera improcedente. La empresa muestra su conformidad respecto al cómputo de la antigüedad reconocida a dos de los actores, D. Vidal y D. Gervasio , y en cuanto a este último respecto a que debe ser de 45 días por año y no 33 como por error entendió la sentencia. Pero no acepta que el otro demandante D. Moises tenga derecho a una indemnización especial pactada de una anualidad del salario fijo más el variable, pues ello se estipuló para el caso de desistimiento y no para el de despido improcedente. Se comparte la tesis de la empresa, pues si



bien puede fijarse por voluntad de las partes una indemnización superior a la legal, en virtud de la autonomía de la voluntad habrá que estar a los términos de la obligación establecida (art. 1255 del Código Civil), y aunque no exista legalmente la figura del desistimiento en la relación laboral ordinaria, las partes pueden perfectamente pactar que habrá lugar a una indemnización especial en caso de desistimiento, es decir, de ruptura unilateral sin alegación de causa alguna por parte de la empresa. Así, no queda comprendido en el pacto (art. 1283 del Código Civil) el supuesto de despido por causas objetivas aunque se declare su improcedencia, que no es equivalente al desistimiento, a salvo de que se constatare un fraude de ley en la utilización de la figura del despido objetivo con el fin de eludir el coste de la indemnización especial pactada, lo que no es el caso.

SEXTO.- En el decimosexto motivo se alega la infracción de los arts. 53.1.b) y 4 , 53.4 , 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores , en el que, con carácter subsidiario al anterior, se mantiene que se ha de computar la retribución variable correspondiente al año 2010, que la sentencia ha negado por entender que no concurren los requisitos necesarios para su devengo.

La sentencia tiene en cuenta que la empresa demandada tuvo que dotar unos 36 millones de euros por impagos, por lo que los costes de estructura son negativos y por ello el beneficio obtenido es negativo, al contrario de lo que sucedería si no se computara dicha provisión (hecho probado 10º, cuya revisión se ha rechazado). En la fundamentación jurídica (págs. 19-20 de la sentencia) se razona, valorando la prueba practicada a propuesta de la empresa, y con cita de normas mercantiles como el Plan General de Contabilidad y el RD 1815/91 de 20 diciembre, que dicha provisión fue justificada en virtud de las posibles insolvencias originadas por la situación financiera de las sociedades del área inmobiliaria del grupo, por lo que la demandada provisionó un 30% de la deuda total pendiente mientras que el resto de la deuda fue garantizada por el grupo empresarial. Comparte plenamente la Sala no solamente esta valoración sino la conclusión según la cual en realidad no cabe en este orden jurisdiccional la discusión sobre si esas decisiones de los órganos rectores y administradores de una sociedad anónima fueron o no acertadas - debate que plantearon los actores en la instancia e igualmente en el recurso - como acertadamente se alega en el escrito de impugnación, con cita pertinente de la sentencia del Tribunal Supremo de 30-1-04 rc. 37/2003 , confirmatoria de la sentencia de la Audiencia Nacional de 14-12-02 , en un supuesto en que se debatía - a efectos de la cuantificación de la paga de beneficios - sobre la licitud de una decisión de la empresa de detraer una cantidad de los beneficios de la empresa para reservas, razonando el TS que "(...)A la hora de enjuiciar el concreto problema debatido en el presente litigio es de tener en cuenta, en primer término y como así lo pone de relieve la sentencia recurrida, que la determinación de los beneficios empresariales cuantificantes de la paga reclamada por el Sindicato recurrente se llevó a cabo por el Consejo de Administración de la Caja de Ahorros recurrida -en la que figuran consejeros representantes de los trabajadores- y fue ratificada en la Asamblea General de dicha Entidad financiera. Esto último y como así se razona ya en la sentencia recurrida, pone de relieve una decisión de los Órganos de Gobierno de la Entidad de Ahorro, hoy recurrida, que no correspondería discutir ante este Orden Social de la Jurisdicción."

Por otra parte, alegan los recurrentes que en cualquier caso la empresa ha tenido beneficios en el ejercicio 2010, pues según el hecho probado 26º la cifra de "resultados del ejercicio" ha sido positiva, de 117.275 €, pero la sentencia ha tenido en cuenta el concepto de "resultados antes de impuestos", cuyo importe es negativo, de - 8.118.092 €. Debe tenerse presente, ante todo, que en el pacto se estipula literalmente que la retribución variable "queda vinculada directamente a la obtención de beneficios económicos generados en la empresa". Esta Sala comparte la interpretación de la Magistrada de instancia, teniendo presente, como recuerda la sentencia del TS de 13-5-09 , entre muchas otras, que es doctrina constante de la Sala que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los jueces de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual. En igual sentido se pronuncian, entre otras muchas, las STS 12-7-2004 , 3-4-07 y 16-1-08 .

En un pacto de retribución variable que se supedita a la obtención de beneficios económicos "generados en la empresa", no parece dudoso que la situación económica real de la empresa, es decir las pérdidas o beneficios que genera o produce con la colocación de sus productos o servicios en el mercado, se verifica de manera más auténtica con el resultado antes de impuestos que con el llamado resultado del ejercicio. En efecto, el resultado antes de impuestos se obtiene en la cuenta de pérdidas y ganancias teniendo en cuenta el resultado de explotación y el resultado financiero (folio 1706), mientras que una vez obtenido así el resultado antes de impuestos, el resultado del ejercicio es el producto de la corrección de la cifra anterior por aplicación de la normativa fiscal, o, como dice el informe de auditoría, la "conciliación entre el resultado contable y gasto por impuesto sobre sociedades" (folio 1731), lo cual no guarda ya relación con la actividad económica empresarial.

SÉPTIMO.- En el motivo decimoséptimo se alega la infracción de los arts. 52.1.b) , 53.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores , para sostener de forma subsidiaria la improcedencia del despido, por lo que, al haberse estimado que concurre causa de nulidad, no es pertinente el examen del motivo, pues no cabe declarar la



nulidad y a la vez examinar, ya desde un punto de vista meramente hipotético, si los despidos habrían sido procedentes o improcedentes si no se hubiera apreciado la nulidad.

Por último, en el motivo decimooctavo, se alega la infracción de los arts. 53.1.c) y 4.c) del Estatuto de los Trabajadores , en cuanto al derecho de los actores a la indemnización por preaviso, que calcula sobre el salario fijo declarado probado en la sentencia. Se ha de estimar el motivo pues resulta obligado al disponer el art. 123.2 LPL que cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva se condenará a la empresa en los términos previstos para el despido disciplinario, pero sin que se pueda deducir de los salarios de tramitación la indemnización por preaviso. Por lo tanto, al declararse la nulidad, los trabajadores son acreedores de los salarios de tramitación y de las cantidades correspondientes al preaviso (que son: D. Vidal , 5.513,55 €; D. Gervasio , 4.157,40 €; y D. Moises , 4.550,10 €) pero son deudores de las indemnizaciones percibidas, pues el art. 123.3 LPL dispone que cuando proceda la readmisión el trabajador deberá devolver la indemnización percibida.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por los demandantes Dº Moises , Dº Vidal , Dº Gervasio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de MADRID en fecha 22-7-11 en autos 561/11 sobre despido, seguidos a instancia de los recurrentes contra CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ SANDO S.A., y en consecuencia revocamos dicha sentencia y, estimando en parte la demanda, declaramos la nulidad del despido de los demandantes y condenamos a la demandada a readmitir a los actores en las mismas condiciones y a abonarles las indemnizaciones por preaviso (que son: D. Vidal , 5.513,55 €; D. Gervasio , 4.157,40 €; y D. Moises , 4.550,10 €) así como los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de los salarios declarados en el hecho probado 1º de la sentencia del Juzgado, salvo que los actores hubieran encontrado otro empleo y se probase por el demandado la cuantía de lo percibido en el mismo a efectos de su descuento de los salarios de tramitación, lo que podrá determinarse en ejecución de sentencia. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores . Los demandantes deberán devolver la indemnización percibida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **5803-11** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1026 de la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día

por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.