



Roj: **SJSO 30/2012 - ECLI:ES:JSO:2012:30**

Id Cendoj: **31201440032012100005**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **02/10/2012**

Nº de Recurso: **680/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **CARLOS GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: RP JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3 Procedimiento: DESPIDOS / CESES EN c/ San Roque, 4 -1ª Planta GENERAL Pamplona/Iruña Nº Procedimiento: 0000680/2012 Teléfono: 848.42.40.94 Fax.: 848.42.42.88 NIG: 3120144420120002321 20081 Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000346/2012

Intervención: Interviniente: Procurador:

Demandante Octavio

Demandado CASUTERMIK 2000 S.L.

Demandado FOGASA

En la ciudad de Pamplona/Iruña a DOS DE OCTUBRE DE DOS MIL DOCE. El Ilmo. Sr. CARLOS GONZALEZ GONZALEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social Nº 3 de los de NAVARRA.-Pamplona/Iruña

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

Visto el procedimiento número 0000680/2012 sobre Despido iniciado en virtud de demanda interpuesta por Octavio contra CASUTERMIK 2000 S.L. y FOGASA,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Que el día 6 de junio de 2012 la parte actora interpuso demanda ante el Juzgado Decano de Pamplona, turnada a éste el día 6 del mismo mes y año en los términos que figuran en la misma, la cual fue admitida a trámite, señalándose el acto del juicio oral para el día 5 de septiembre de 2012, al que previa citación en legal forma comparecieron el demandante asistido por el letrado Sr. Uruñuela Nájera, el legal representante de la empresa Sr. Raúl , no compareció el Fondo de Garantía Salarial pese a estar citado en legal forma; quienes hicieron las alegaciones que estimaron pertinentes, proponiéndose las pruebas que, una vez admitida por S.Sª., se practicaron con arreglo a derecho y desarrollándose la sesión conforme refleja el Acta a tal efecto levantada por la Sra. Secretaria del Juzgado.

SEGUNDO.-Que en la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales de procedimiento.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.-El demandante, D. Octavio , viene prestando sus servicios profesionales por cuenta de la empresa demandada CASUTERMIK 2000 S.L. desde el 13 de junio de 2005, con la categoría profesional de encargado, y percibiendo un salario regulador diario de 68,04 €, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.



SEGUNDO.-El actor no es ni ha sido representante legal o sindical de trabajadores.

TERCERO.-Con fecha 3 de mayo de 2012 la empresa demandada entregó al actor comunicación de extinción del contrato por **causas** objetivas, al amparo del art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, y con efectos económicos de 18 de mayo de 2012.

Dicha comunicación obra unida a los autos y se da aquí por reproducida.

En la carta la empresa alegaba como **causas** para la extinción del contrato del actor que "el promedio mensual de facturación del último trimestre de 2011 se ha visto reducido en un 35%, con respecto al promedio mensual de facturación de los nueve meses anteriores". Añade que "el resultado económico del ejercicio de 2011 supuso una pérdida económica de 42.865,81 €". También se menciona que en el comienzo del ejercicio de 2012 la facturación se ha reducido en términos mayores, y que la empresa planteó un ERE hasta el 30 de junio de 2012 por un total de 45 jornadas laborables, que fue acordado por los representantes de los trabajadores y aprobado por el Gobierno de Navarra mediante Resolución nº 204/2012, de 21 de febrero.

Consta también en la carta que "durante los meses de enero, febrero, marzo y abril, los pedidos recibidos en la empresa han sido mínimos, hasta el punto que ha sido necesario utilizar días de ERE prácticamente en su totalidad, y si han sido llamados a trabajar algún día ha sido por el compromiso de no publicar el ERE en un mes completo, ya que el volumen de trabajo actual se puede realizar por una sola persona, y así ha sido realizado en este período por el propio empresario". Se menciona a continuación que "la facturación de enero, febrero y marzo ha supuesto un 62,74% de reducción con respecto al mismo período del año anterior, esto lleva a la empresa a una situación económica insostenible".

Afirma la empresa que la situación descrita le lleva a reorganizar el sistema y a ajustar los medios humanos a la carga de trabajo realmente existente, por lo que la fabricación y la administración la realizarán los dos socios de la empresa y el puesto de ventas lo ocupará el actual trabajador que desarrolla esas funciones. Y dado que la empresa no espera una recuperación de los pedidos a corto plazo, es por lo que procede amortizar su puesto de trabajo.

Se concluye en la carta señalando que la decisión extintiva "supone una mejor optimización y organización de nuestros recursos a las actuales y previsiblemente futuras exigencias de demanda de trabajo, y que no realizar el ajuste imprescindible para poder garantizar su viabilidad futura nos abocaría a la inviabilidad de la empresa". Se afirma asimismo que "la decisión adoptada empresarialmente contribuye a mejorar la situación económica existente, al adecuarse la plantilla a la situación real de la empresa, superando las dificultades existentes en el mercado, adecuándonos a las exigencias de la demanda y reorganizando nuestros recursos humanos y mejorando así nuestra competitividad en el sector".

En la carta se cuantifica la indemnización a favor del actor en 9.410,82 €, señalando la empresa que "dada la situación económica negativa actual la empresa se ve en la imposibilidad de disponer de la cantidad de la indemnización, que se intentará pagar en nueve mensualidades".

CUARTO.-La plantilla de la empresa estaba constituida por cinco trabajadores, y al mismo tiempo que el despido del actor la empresa procedió a extinguir otros tres contratos de trabajo. Por ello, actualmente únicamente existe un trabajador en la empresa, que realiza tareas de ventas y de comercial, y las tareas de administración y fabricación se realizan por los dos socios de la empresa demandada, el representante legal, dedicado a la fabricación de elementos de carpintería, y su esposa, que se dedica a las tareas de administración de la empresa.

QUINTO.-La empresa demandada se dedica fundamentalmente a la fabricación de elementos de carpintería, subcontratando el montaje en otras empresas, si bien en ocasiones con su propio personal también ha realizado actividades de montaje.

El objeto social de la empresa CASUTERMIK 2000 S.L. es la "fabricación y colocación de carpintería metálica y estructuras; fabricación, colocación y comercialización de elementos auxiliares de la construcción y decoración; compraventa y alquiler de materiales y elementos relacionados con la construcción; adquisición, tenencia, alquiler y venta de bienes muebles".

En el C.N.A.E. figura en el epígrafe 28.12 referido a la fabricación de carpintería metálica.

SEXTO.-El 9 de febrero de 2012 la empresa demandada comunicó a los trabajadores el inicio de un proceso de regulación de empleo de carácter suspensivo.

Obra unida a los autos y se da aquí por reproducida la memoria explicativa de las **causas** que justificaban la aplicación de dicho expediente de regulación de empleo. En dicha memoria se hacía referencia a que el promedio mensual de facturación del último trimestre de 2011 se ha visto reducido en un 35% con respecto al



promedio mensual de facturación de los nueve meses anteriores, y que la cartera de pedidos se ha reducido de forma que la actividad laboral no sea continua, siendo imprevisible el momento en que se va a formalizar nuevos pedidos. También se menciona que "el plazo medio de entrega durante el año 2011 era de entre 2-3 meses, y en este momento la entrega se realiza a los 2-3 días, el tiempo necesario para la recepción y transformación del material, lo que significa que mientras no entran pedidos los trabajadores permanecen inactivos". Por ello, se añade que "se requiere una flexibilidad a la hora de poder encajar actividad laboral con pedidos comerciales".

En la memoria elaborada por la empresa, tras referirse a otras medidas adoptadas para gestionar la situación de reducción de la demandada, señala que la empresa considera necesarias las siguientes medidas:

-Suspender temporalmente los contratos laborales, adaptando las jornadas a las nuevas necesidades reales de producción, en un primer intento de mantener la plantilla y evitar despidos.

-Los trabajadores afectados son todos los que forman la plantilla y se les aplicará las suspensiones según las necesidades de la empresa.

-Las medidas que más se ajustan a las necesidades es la suspensión del 50% de las jornadas laborales correspondientes a un año de trabajo.

-La empresa modulará el uso de suspensión de contrato y aplicará la suspensión en consonancia con las circunstancias del mercado, informando a los trabajadores con antelación el uso de dicha suspensión.

Se menciona a continuación que una vez comunicadas las medidas a los trabajadores han contestado que firmarían el acuerdo con dos condiciones, como son reducir el tiempo de aplicación del mismo y complementar por parte de la empresa un 10 % para reducir el impacto de desempleo. La empresa señala que, valorará las propuestas de los trabajadores, admite la reducción del tiempo de aplicación del ERE, siendo del todo imposible poder abonar complemento alguno. Por ello el planteamiento final de la empresa es el siguiente:

-Suspender temporalmente los contratos laborales, adaptando las jornadas a las nuevas necesidades reales de producción, en un primer intento de mantener la plantilla y evitar despidos.

-Los trabajadores afectados son todos los que forman la plantilla, y se les aplicarán las suspensiones según las necesidades de la empresa.

-Las medidas que más se ajustan a las necesidades es la suspensión del 50 % de las jornadas laborales correspondientes hasta el 30 de junio de 2012.

-La empresa modulará el uso de la suspensión de contratos y aplicará la suspensión en consonancia con las circunstancias del mercado, informando a los trabajadores con antelación el uso de dicha suspensión.

El acta del acuerdo ERE de fecha 14 de febrero de 2012 obra unida al folio 79 de los autos y se da aquí por reproducido, no figurando entre los miembros de la Comisión el actor. Y entre las medidas a adoptar que figuran en el acuerdo -que se dice adoptado para minimizar los efectos traumáticos del ERE-se dispone *"el planteamiento de un ERE temporal y suspender en un 50 % los contratos y por lo tanto la jornada laboral de los meses que van desde febrero de 2012 (o concesión del ERE) hasta junio de 2012, ambos inclusive, de cada uno de los trabajadores"*.

Se aclara que *"dicha suspensión implica que desde el inicio hasta el final del ERE solicitado se verán suspendidas 45 jornadas laborales"*, y que la suspensión de tales jornadas se irá distribuyendo conforme a las necesidades reales en cada momento en la empresa, evitando aplicar el ERE un mes completo. Por último se indica que durante los periodos de inactividad los trabajadores pasarán a cobrar sus prestaciones por desempleo, quedando así compensada la reducción económica de sus salarios.

Por resolución 204/2012, 21 de febrero, de la Directora General de Trabajo y Prevención de Riesgos del Gobierno de Navarra, se autorizó a la empresa CASUTERMIK 2000 S.L. para que pueda suspender los contratos de los seis trabajadores relacionados en el documento que obra en el expediente, durante 45 días laborables correspondientes al periodo comprendido entre la fecha de la resolución y el 30 de junio de 2012, en la condiciones acordadas con los designados como representantes de los trabajadores.

SEPTIMO.-La empresa hizo uso efectivamente de los 45 días de suspensión de los contratos de trabajo, siendo el último de esos días el 10 de mayo de 2012 (comunicación al Servicio Público de Empleo Estatal que obra unido a los autos y que se da aquí por reproducido).

OCTAVO.-Obran unidas a los autos y se dan aquí por reproducidas las cuentas anuales de la empresa de los ejercicios de 2009, 2010 y 2011 debidamente depositadas en el Registro Mercantil de Navarra, así como las declaraciones del IVA de los años 2009, 2010 y 2011, y del primer y segundo trimestre de 2012.



De conformidad con dichas cuentas depositadas en el Registro Mercantil la empresa demandada obtuvo en el ejercicio de 2009 unos beneficios de 16.010,49 euros, y en el ejercicio de 2010 de 4.101,38 euros; en cambio en el ejercicio de 2011 figura en las cuentas unas pérdidas de 42.865,81 euros.

De conformidad con esas cuentas el importe neto la cifra de negocios en el ejercicio de 2010 fue de 1.030.124,40 euros, y en el ejercicio de 2011 de 907.264,47 euros.

En el balance del ejercicio de 2011 se hace constar dentro del activo corriente como efectivo el importe de 44.184,60 euros, y en ejercicio de 2010 de 24.310,93 euros.

El examen de las declaraciones del IVA revela que se declaran como importes de bases imponibles en cada uno de los trimestres del ejercicio

de 2010 los siguientes:

Primer trimestre: 257.705,27 euros

Segundo trimestre: 332.768,64 euros

Tercer trimestre: 142.631,54 euros

Cuarto trimestre: 294.622,61 euros

Y en el ejercicio de 2011 el importe de las bases imponibles que

constan en dichas declaraciones del IVA son las siguientes: Primer trimestre: 331.110,00 euros Segundo trimestre: 215.728,48 euros Tercer trimestre: 79.468,41 euros Cuarto trimestre: 275.888,35 euros

Según la declaración del IVA del primer trimestre de 2011 la base imponible alcanzó la cifra de 66.216,53 euros, y la base imponible del segundo trimestre alcanzó la cifra de 165.593,77 euros.

NOVENO.-Se celebró el preceptivo acto de conciliación el 4 de junio de 2012, instado el 25 de mayo de 2012, concluyendo sin avenencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-VALORACIÓN PROBATORIA

Los hechos declarados probados resultan acreditados con el examen y la valoración conjunta de la prueba practicada, consiste en al prueba documental que han aportado los litigantes y la prueba de interrogatorio, en los términos que a continuación se desarrollan en cumplimiento de lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS. El relato fáctico, así conformado, constituye la premisa fáctica de la que debe partir el análisis de las cuestiones jurídicas planteadas en el presente juicio, en el que se ejercita la acción impugnatoria de la decisión empresarial de extinción del contrato de trabajo que le vinculaba con el demandante y que funda en **causas** objetivas al amparo de los artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores .

En concreto, y en primer lugar, existe conformidad entre las partes litigantes en los hechos referidos al tiempo de prestación de servicios, categoría profesional del demandante y su salario regulador.

Por lo que se refiere a los hechos que se han declarado probados de aplicación de un expediente de regulación de carácter temporal, resultan plenamente acreditados con la prueba documental unidad a los autos y, en concreto, tanto con la resolución dictada por la Dirección General de Trabajo autorizando la suspensión de los contratos de trabajo entre febrero y junio de 2012 durante 45 días laborables, como con la aportación de la memoria explicativa de dicho ERE y acuerdo adoptado por la empresa y la Comisión designada por la mayoría de los trabajadores de la empresa.

En segundo lugar, obra también unida a los autos la comunicación empresarial de extinción contractual, y en relación a las concretas **causas** que se invocaban en esa carta, que es lo único que puede constituir el objeto de enjuiciamiento -por la remisión que el artículo 120 de la LRJS efectúa a la regulación del despido disciplinario y, por ello mismo, a la limitación de los motivos de oposición a la demanda a que se refiere el artículo 105.2 de la misma norma-se destaca que el relato fáctico declarado probado se obtiene con los documentos consistentes en las cuentas anuales de la empresa de los años 2009, 2010 y 2011, depositadas en el Registro Mercantil de Navarra, con las propias declaraciones del IVA de las ofrecidas 2009, 2010 y 2011 y, así mismo, con las de los dos trimestres del año 2012. Debe aclararse, no obstante, que la disminución de facturación en que se fundaba la empresa no se concretaba en la comunicación extintiva, sino que se limitaba a señalar que el promedio medio de facturación del último trimestre de 2011 se había reducido en un 35 % en relación al promedio mensual de facturación de los 9 meses anteriores, y a señalar, así mismo, que la facturación de



enero, febrero y marzo de 2012 había supuesto un 62,74 % de reducción respecto de el mismo trimestre del año anterior.

Dicho lo anterior conviene retener que en último trimestre de 2011, tal y como resulta de las bases imponibles del IVA que constan en las declaraciones del IVA el importe ascendió a 275.888,35 euros y, en realidad, comparando con las bases imponibles de los trimestres anteriores de 2011, no implican en sí mismo y de forma íntegra esa reducción de tal porcentaje, ya que, por ejemplo, en el primer trimestre de 2011 las bases imponibles declaradas, -de las que cabe obtener los importes de facturación en cuanto que ninguna otra prueba ha presentado la parte demandante sobre este extremo- alcanzan una cifra superior a la del cuarto trimestres, y, en concreto, el importe de 331.110 euros. Y el segundo trimestre de 2011, aun inferior efectivamente al último trimestre de dicho ejercicio, no representa tampoco una reducción del 35 % de facturación, ya que alcanzó la cifra de 215.728,48 euros. Por el contrario, sí que en el tercer trimestre de 2011 las bases imponibles declaradas resultan significativamente inferiores al alcanzar la cifra de 79.468,41 euros. Por lo que se refiere al primer y segundo trimestre de 2012 las declaraciones del IVA reflejan unos importes, respectivamente, de 66.216,53 euros y de 165.593,77 euros.

Por lo demás, sí que se acredita con las cuentas del ejercicio de 2011 que la empresa tuvo unas pérdidas de 42.865,81 euros, mientras que en el ejercicio de 2009 obtuvo un resultado positivo de 16.010,49 euros y en el ejercicio de 2010 un resultado positivo de 4.101,38 euros. El importe neto de la cifra de negocios del ejercicio de 2010, de conformidad también con la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa, alcanzó 1.030.124,40 euros, y en el ejercicio de 2011 la suma de 907.264,47 euros.

A través de la prueba de interrogatorio se han acreditado los hechos referidos a la subcontratación que por la actividad de montaje efectúa la empresa, lo que también se acredita con las facturas aportadas a su ramo de prueba, y se ha reconocido por el propio demandante que era habitual la subcontratación de esa actividad, si bien a su vez en ocasiones algún trabajador de la empresa también realizaba montaje y no sólo fabricación del material de carpintería metálica.

Por último, debe tenerse en cuenta que, además de no figurar en la carta de despido, la parte demandada no ha aportado elemento probatorio suficiente que acredite cual era su situación al tiempo de la extinción contractual, siendo desde el punto de vista probatorio ineficaz la prueba documental número 6 referida a la cuenta de pérdidas y ganancias del periodo de enero a junio de 2012 y ello en cuanto que, junto con el detalle que efectúa de esas mismas pérdidas y ganancias del periodo de enero a junio de 2011, también unida al documento número 6 del ramo de prueba de la empresa demandada, no revelan grandes incongruencias con las cuentas oficiales de la empresa del ejercicio de 2011 oportunamente depositadas en el Registro Mercantil, que permiten dudar de la veracidad, integridad y exactitud de esas cuentas provisionales de enero a junio de 2012 que aporta la empresa, y que por tanto no nos permiten conocer su verdadera situación al tiempo de la extinción contractual impugnada.

En el sentido indicado es significativo que según esa prueba documental la cifra de negocio en el año 2011 en el periodo de enero hasta junio alcanzó la cifra de 565.015,91 euros, y del periodo de junio a diciembre 409.089,90 euros, y en total un importe de cifra de negocio de 2011 de 974.105,81 euros, que no coincide con los datos que constan en las cuentas depositadas en el Registro Mercantil del ejercicio 2011, dado que ahí aparece como cifra de negocio la de 907.264,47 euros, y ello a su vez sin que la empresa se haya molestado en aclararnos estas discrepancias que hacen dudar de la integridad y veracidad de los datos que constan como documento nº 6 a efectos de acreditar la situación económica de la empresa, aun con carácter de provisionalidad, al tiempo de la extinción del contrato del actor en mayo de 2012.

Y lo mismo ocurre con la cifra de aprovisionamientos que en el documento 6, con referencia al ejercicio de 2011, se mencionan las cifras negativas de 317.364,40 euros, por el periodo de enero hasta junio, y de 198.342,79 euros por el periodo de junio a diciembre de 2011, y en total 515.707,19 euros, mientras que en las cuentas depositadas en el Registro Mercantil por este concepto de aprovisionamientos aparece la cifra negativa de 469.454,47 euros, extremo con discrepancia tampoco aclarada por la empresa.

Por último por el concepto de gastos financieros figura en el documento nº 6 por el ejercicio de 2011 las cifras negativas de 10.230,19 euros por el periodo de enero hasta junio de 2011, y de 15.898,77 euros por el periodo de junio a diciembre de 2011, y en total la cifra negativa de 26.128,96 euros. Por el contrario, en las cuentas oficiales registradas en el Registro Mercantil lo que consta por este concepto es la cifra negativa de 24.445,59 euros, discrepancias que tampoco aquí han sido aclaradas por la empresa demandada, y en conjunto de la valoración probatoria permiten considerar que no se ha probado en el presente juicio cual sea la situación real de la empresa al tiempo de la comunicación del despido por **causas** objetivas, máxime cuando tampoco se ha aportado ninguna prueba testifical o pericial que pudiera ratificar la prueba documental a que aquí nos



referimos, y, especialmente, la situación de producción y de facturación o de disminución de pedidos que pudiera tener la empresa al tiempo de la extinción de que se trata.

SEGUNDO.-PRETENSIONES EJERCITADAS POR LAS PARTES

El demandante ha impugnado la extinción contractual por **causas** objetivas, fundadas en **causas económicas**, productivas y organizativas, que decide la empresa con efectos de 18 de mayo de 2012, impugnación que se funda en el hecho de considerar que no concurren tales **causas**, negando que el descenso de trabajo sea tan importante como para justificar el despido, y alegando asimismo que durante todo el año de 2011 el resultado económico ha sido positivo, y se ha decidido el despido cuando todavía era de aplicación el expediente de regulación de carácter suspensivo. También se afirma que en realidad el trabajo que ejecutaba el demandante es todavía necesario para la empresa porque de hecho se realiza por otras personas, tal y como se reconoce en la carta de despido y, por último, también indica que en ningún caso pueden tenerse en cuenta aquellos datos y cifras que aporta en el acto del juicio la empresa pero que no constan en la comunicación empresarial de extinción del contrato, comenzando por los concretos datos de disminución de facturación o las referencias que en el acto del juicio realizó la empresa a la disminución de facturación durante tres trimestres frente a la limitación de la carta de despido a la facturación del último trimestre de 2011, o del primer trimestre de 2012. Por último también vino a impugnar las cuentas provisionales del 2012 que ha presentado el actor, y a negar que las pérdidas de un único ejercicio pueda ser **causa** suficiente para la extinción contractual, máxime cuando se está aplicando un ERE suspensivo y no se acredita una valoración sustancial respecto a las circunstancias que permitieron obtener un acuerdo con la comisión que representaba a los trabajadores en orden a la aplicación del expediente de regulación suspensivo.

La empresa demandada compareció al acto de juicio y se opuso a la acción ejercitada, considerando que concurrían las **causas** invocadas en la demanda para justificar la decisión extintiva enjuiciada, y afirmando a su vez que tras las reforma laboral de 2012 basta con la existencia de pérdidas en un ejercicio para posibilitar la extinción contractual, junto en este caso la situación de disminución de la facturación y todo ello sin necesidad de justificar la razonabilidad de la decisión de la empresa.

Debe indicarse por último que el Fondo de Garantía Salarial ha sido parte del presente procedimiento, pero que no ha comparecido al acto del juicio.

TERCERO.-REGULACIÓN DEL DESPIDO OBJETIVO TRAS LA REFORMA LABORAL DEL REAL DECRETO-LEY 3/2012 Y CONTROL JUDICIAL DE LA RAZONABILIDAD DE LA DECISIÓN EXTINTIVA.

En el caso que se enjuicia se impugna la decisión de la empresa de extinguir el contrato de trabajo del demandante por **causas** objetivas, debiendo destacarse que el despido se produjo con efectos del 18 de mayo de 2012, por lo que resulta de aplicación la normativa introducida en el Estatuto de los Trabajadores por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral.

El art.52 c) del Estatuto de los Trabajadores se remite al art.51 de la misma norma para determinar los supuestos en que es posible el despido objetivo por **causas económicas**, técnicas, organizativas o de producción.

Y el nuevo art. 51.1 del Texto Refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores señala que a efectos de lo previsto en la ley se entenderá por despido colectivo la extinción de despidos de trabajo fundadas en **causas económicas**, técnicas, organizativas o de producción cuando afecte a los umbrales de trabajadores que señala a continuación, en un periodo de 90 días, pasando a continuación a determinar cuando se entiende que concurren las **causas** justificativas del despido.

Efectivamente se establece ahora que "se entienden que concurren **causas económicas** cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como al existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

*Se entienden que concurren **causas** técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; **causas** organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y **causas** productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado".*

Como se observa tras la reforma laboral del Real-Decreto Ley 3/2012 ha desaparecido toda mención, cuando se alegan **causas económicas**, a que las pérdidas o la disminución persistente del nivel de ingresos "pueda afectar a su viabilidad -con referencia a la empresa-o a su capacidad de mantener el volumen de empleo." También desaparece la mención cuando se invocan las otras **causas** objetivas a la necesidad de acreditar la



conurrencia de las **causas** y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar su situación 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.

Ante la nueva redacción del precepto *cabe preguntarse si desaparece el control judicial de la razonabilidad de la decisión* y por ello el juez social debe limitarse a constatar que hay pérdidas, cualquiera que sea la cuantía, o una disminución de ingresos o ventas durante tres trimestres, o cambios en los medios de producción, en los métodos de trabajo o en el modo de organizar la producción, o en la propia demanda de los productos

o servicios que integran la actividad de la empresa, para validar la decisión extintiva adoptada por el empresario, sin que sea necesaria ninguna exigencia adicional y sin que el Juez pueda valorar las circunstancias que permiten considerar el despido como un acto empresarial razonable, que justifica el sacrificio que para una de las partes implica la resolución unilateral de sinalagma contractual.

El texto legal no aclara mucho más y no menciona el alcance y la intervención del órgano jurisdiccional en el procedimiento de impugnación de despido. En cambio, en la exposición de motivos, a modo de declaración de intenciones, aunque sin valor jurídico alguno, afirma

que la ley se ciñe ahora a delimitar las **causas económicas**, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiendo las "referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre" e "incorporan 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**".

Ante la redacción legal del precepto y esta declaración de intenciones de la exposición de motivos de la normativa de excepción que modifica el Estatuto de los Trabajadores, debemos preguntarnos si los tribunales no van a valorar tras la reforma si las decisiones extintivas están justificadas y no implican ejercicio abusivo de las facultades de gestión económica y de los recursos humanos que corresponden al empresario.

Pues bien, *esta conclusión no puede mantenerse* sin desconocer la esencia de la función jurisdiccional, los principios generales del derecho y, especialmente, las exigencias que derivan de la Constitución Española y de los Convenios Internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que, por ello, cabalmente, vinculan con más fuerza al Juez Social que la mera referencia en una exposición de motivos al alcance del control jurisdiccional.

Así, por lo que se refiere a las exigencias derivadas de la esencia de la función jurisdiccional debe entenderse que en nuestro sistema jurídico no existen zonas o materias exentas de control judicial (art.117 de la Constitución Española y art.4 de la L.O.P.J), y el derecho a la tutela judicial efectiva y de acceso a la jurisdicción (art.24.1 de la Constitución Española) impiden limitar el ámbito del conocimiento jurisdiccional en la resolución de controversias en las que los ciudadanos ejercitan sus derechos e intereses legítimos, máxime si está en juego la efectividad de los derechos fundamentales, como es el derecho al trabajo que reconoce el art.35.1 de la Constitución Española , que vincula a todos los poderes públicos y, por ello, también a los jueces y tribunales que integran el poder judicial.

Junto a lo anterior debe recordarse que los derechos y principios constitucionales no son mera declaraciones programáticas, sino verdaderas normas jurídicas que vinculan al juez (art.9.1 de la Constitución Española y arts. 5.1 y 7 de la L.O.P.J), quien debe aplicar e interpretar las normas que los desarrollen conforme a la interpretación de los preceptos y principios constitucionales "que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

A su vez, debe recordarse, que por la posición de supremacía de que goza la Constitución Española en el ordenamiento jurídico, el juez debe plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional si considera que una norma con rango de ley, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución (art.5.2 de la L.O.P.J), pero sólo planteará la cuestión cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional (art.5.3 de la L.O.P.J). En el presente caso, la posibilidad de interpretar los preceptos introducidos por la reforma conforme a la Constitución y, en concreto, el art.51 del Estatuto de los Trabajadores , excluye la necesidad de plantear ningún tipo de cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo que se refiere a las exigencias derivadas de los principios generales del derecho, que informan todo el ordenamiento jurídico, es necesario tener en cuenta que todo enjuiciamiento implica por su misma esencia un



juicio de razón, lo que excluye la intervención jurisdiccional que no responda a esa exigencia y mucho menos la pretensión, que no encaja en nuestro sistema constitucional, de dejar reducido al juez a un mero ejecutor automático de la ley. La aplicación e interpretación judicial de las normas debe responder a pautas axiológicas que respeten los valores constitucionales pues, en otro caso, difícilmente podría considerarse como respuesta fundada en Derecho que satisfaga el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el art.24.1 de la Constitución Española .

A su vez, el despido no deja de ser un supuesto de resolución unilateral de un vínculo contractual sinalagmático, que como tal sólo se autoriza por la legislación si concurren **causa** que lo justifique y que debe ser de suficiente entidad para admitir el sacrificio y pérdida de derechos que produce a la otra parte contractual, especialmente si afecta el derecho fundamental al trabajo y la decisión se acompaña de una indemnización tasada de los perjuicios que se causan al trabajador. La supresión de toda mención a la justificación de la razonabilidad de la decisión extintiva en el texto legal reformado no puede entenderse, en ningún caso, como desaparición de una base fáctica debidamente acreditada por el empresario para acogerse a la **causa** de despido invocada; si así fuera, la reforma supondría tal retroceso en un Estado que se proclama social y democrático de Derecho (art.1.1 de la Constitución Española) que no cabría más opción que plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. En este sentido, si se pretendiese por el legislador excluir el juicio de razonabilidad del control jurisdiccional de los despidos colectivos se atentaría contra la esencia de la función jurisdiccional y se desconocería el valor superior del ordenamiento jurídico de la Justicia.

Al hilo de lo anterior debe recalcar que la justicia que se propugna en el art.1.1 de la Constitución como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, encierra, en primer lugar y ante todo un mandato dirigido al legislador en cuanto creador ordinario de las normas legales, quien dispone de un amplio margen de actuación para su plasmación, sin perjuicio del control constitucional atribuido al TC, y que en esta materia, dado el carácter abierto y plural del valor de la justicia, suele conectarse con el principio de interdicción de la arbitrariedad del art.9.3 de la Constitución ; arbitrariedad que sería apreciable "si la norma impugnada careciera de toda *explicación racional* " (STC 142/1993, de 22 de abril y 108/1986). En esta misma línea se pronuncia el TC en su sentencia número 181/2000, de 29 de junio , al señalar que "el valor justicia del art.1.1 CE no puede, pues, identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo, ni con una forma de fiscalización de la constitucionalidad de la ley en atención a los resultados. Más bien ha de ser considerado como un concepto tendencialmente abierto y plural. Por ello este valor superior del ordenamiento operará como un canon complementario, en concurrencia con otros factores de ponderación y, muy especialmente, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad en su proyección sobre el legislador....".

Sin embargo, otra interpretación, acomodada a los preceptos y principios constitucionales, es posible ; y pasa, ineludiblemente, por reconocer, en todo su alcance y extensión, la plenitud y exclusividad de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), sin declinaciones ; tampoco cuando se trata de delimitar el supuesto fáctico del asunto sometido a su conocimiento y del que depende la consecuencia jurídica que, en cada caso, se pretenda obtener. Solo en esta manera será posible dar cumplida satisfacción al derecho constitucional reconocido por el art.

24.1 de la Constitución. Especialmente de una materia, como la extinción del contrato laboral y su vinculación con el derecho al trabajo (art. 35.1 de la Constitución Española), en que las funciones tuitivas del Estado, por ser Social, deben ejercerse, por todos los poderes públicos, incluido el judicial, con un especial esmero, *evitando que lo irrazonable pueda imponerse sobre lo justo* .

El necesario control judicial de la decisión extintiva y de su razonabilidad es, así mismo, exigencia que viene impuesta por los mandatos de la Constitución Española, conforme a la interpretación del TC, y por lo que establece el Convenio N° 158 de la OIT. En nuestro ordenamiento jurídico no se admite la facultad resolutoria del vínculo laboral "ad nutum", sino que el régimen del despido es causal y además con posibilidad real de control judicial, aspectos ambos que forman parte del contenido esencial del derecho constitucional al trabajo. El TC en la sentencia 22/1981, de 2 de julio , declara que el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE , se concreta en su aspecto individual en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se incumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad

o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una *justa causa* . En el mismo sentido la STC 192/2003 , nos recuerda que "tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que *rija 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. Y ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad del despido no se marque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de la empresa ni una absoluta libertad contractual, y tampoco



un principio y libertad ad nutum de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado Social y Democrático de Derecho". Y concluye reiterando que el derecho al trabajo se concreta en el derecho a no ser despedido sin justa **causa**. La STC 20/1994 aclara que la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en el art. 35.1 CE y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva. En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría el derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que la de compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo.

Desde el punto de vista de la vinculación del Estado Español a los compromisos internacionales debe atenderse a las exigencias derivadas del Convenio N° 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Recordemos que en su art. 8 reconoce a todo trabajador el derecho a recurrir ante un organismo neutral -como un tribunal en nuestro sistema constitucional- contra la terminación de su relación laboral que considere injustificada. El art. 9 señala que el organismo neutral estará facultado para examinar las **causas** alegadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada. Evidentemente este examen de la justificación del despido conlleva a analizar si la decisión extintiva es ajustada a derecho y responde a criterios de razonabilidad. En el apartado 3° del art. 9, con referencia a la terminación de la relación de trabajo fundada en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, dispone que los tribunales estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a las razones invocadas y decidir si son suficientes para justificar la terminación del contrato. A su vez el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce a todo trabajador el derecho a protección en caso de despido injustificado.

En realidad el propio Texto Legal de la Reforma 2012 contradice las afirmaciones de la exposición de motivos, si bien en la regulación procesal del nuevo procedimiento de impugnación de la decisión empresarial de despido colectivo. El RD Ley 3/2012 modifica el art. 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, y en su apartado 2 d) del precepto establece como uno de los motivos en que puede fundarse la impugnación por los representantes legales de los trabajadores de la decisión extintiva el que se haya "adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho". Por ello se prevé que la Sentencia declare la nulidad de la decisión de despido colectivo, aparte de en los supuestos de incumplimiento en los trámites preceptivos y de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, cuando la medida se hubiera efectuado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (art. 124.9 LRJS). La expresa mención al fraude y al abuso de derecho pone de manifiesto que hay límites implícitos en el ejercicio de la facultad extintiva por parte del empresario, que no cabe amparar judicialmente aunque aparentemente se acomode a las previsiones legales, lo que es especialmente significativo en supuestos de pérdidas previstas o de disminución de ingresos o ventas durante tres trimestres que aisladamente, si no se acompañan de una situación económica negativa, no justificarán la extinción colectiva de los contratos de trabajo.

Lo mismo cabe sostener en otras **causas** si no concurren problemas de gestión, de pérdida de eficiencia o alguna disfunción objetivable, que además deben ser reales y no meramente hipotéticos (sentencia del TS 14 de junio de 1996 -RJ1996, 5162; sentencia 17/5/2005 -RJ2005, 9696-y sentencia del TS de 31 de mayo de 2006 -RJ2006, 3971-; doctrina que en realidad, no fundándose estrictamente en la redacción legal del precepto que se tuvo en cuenta al dictarse las mismas, sino a principios generales de aplicación a toda decisión extintiva por **causas** objetivas resulta también aplicable a los despidos objetivos tras la reforma laboral de 2012).

El art. 7.2 del Código Civil desprotege a quien ejercita un derecho abusivamente; según este precepto, *la ley no ampara el abuso del derecho el ejercicio antisocial del mismo*, lo que se relaciona con la necesidad de que el derecho faculta que se ejercita responda "ad casum" a una finalidad seria y legítima. La doctrina jurisprudencial recoge los siguientes requisitos, que, si concurren conjuntamente, tipifican un abuso de derecho: a) uso de un derecho objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestado en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio o legítimo), u objetiva (cuando el daño previene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). Pues bien, cabe considerar que cuando se aplica un juicio de razonabilidad como elemento esencial del control judicial de la concurrencia de las **causas** que justifican el despido objetivo, y lo mismo es predicable del despido colectivo, no se hace sino mera aplicación de la doctrina prohibitiva del abuso de derecho. Si constituye motivo de impugnación el abuso del derecho el juez deberá



examinar y ponderar todas las circunstancias concurrentes bajo el prisma, entre otros, de la *razonabilidad*, para así poder determinar si hay o no ejercicio abusivo del derecho a despedir.

Por último, debe recordarse que el juicio de razonabilidad es una exigencia de la jurisprudencia anterior a su plasmación legal en el art. 51 del ET tras la reforma por la Ley 35/2010, de manera que la supresión de la nueva redacción del precepto no implica sin más que desaparezca como elemento esencial el enjuiciamiento de la validez de despidos objetivo o del colectivo. Efectivamente, ya la sentencia del Tribunal Supremo del 14 de junio de 1996 (RJ1996,5162) señalaba que "la valoración de la adecuación

o proporcionalidad de la medida extintiva debe hacerse conforme a una apreciación de razonabilidad, de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica. El objeto de valoración es un juicio de atenuamiento del empresario a una conducta razonable, con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresas". Y la sentencia del TS de 31 de mayo de 2006 (RJ2006,3971) habla de valorar si la medida organizativa o productiva adoptada por la empresa es razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del "buen comerciante". Según este criterio el control judicial versará sobre la razonable adecuación entre las vicisitudes de la empresa y la decisión de gestión adoptada por el empresario, razonabilidad que implica la libertad del empresario para optar entre varias soluciones posibles, que deberá mantenerse salvo que concurran manifiestos errores de apreciación. La doctrina debe considerarse incluso compatible con la aparente decisión del legislador de la Reforma 2012 de optar como medidas preferentes a la extinción contractual por **causas** objetivas de todas aquellas que integran la denominada flexibilidad interna, como es la posibilidad de acordar o decidir movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, o suspensiones de contrato o reducciones de jornada ya que, en definitiva, la previa adopción de cualquiera de estas medidas también incide en la valoración del juicio de razonabilidad de los posteriores despidos que haya podido decidir la empresa, y no excluye que cuando la situación es de tal naturaleza que justifica en sí misma la adopción de despidos por **causas** objetivas, o despidos colectivos, los mismos estarían justificados en cuanto impliquen una razonable adecuación entre las circunstancias y vicisitudes de la empresa y la decisión de gestión que ha adoptado.

El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre el alcance del control judicial (sentencia del TS de 29 de noviembre de 2010 -RJ2010,8837-) y, si bien es cierto que en el caso aplicaba la redacción del art. 52 c) del ET anterior a la reforma de la Ley 35/2010, también lo es que su doctrina va más allá del tenor literal del precepto y busca su fuente interpretativa en el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 de la CE, con el contenido esencial del derecho declarado por el TC. Por eso cabe entender que esta doctrina mantiene su actualidad y puede servir al menos de pauta interpretativa válida para determinar el ámbito del control jurisdiccional. De hecho dicha doctrina ha sido reiterada por otras dos sentencias del TS de fecha 16 de mayo de 2011 (RJ2011,4879) y de 8 de julio de 2011 (RJ2011,6270).

Pues bien, los *criterios que cabe deducir de la doctrina jurisprudencial* citada son los siguientes:

1º El control judicial se ha de limitar a comprobar si las medidas extintivas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, determinando si se ajustan o no al estándar de conducta del "buen comerciante".

2º El despido debe ser una medida razonable en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial.

3º Puede existir obligación de la empresa de agotar las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, destinándole a otro puesto vacante, según las circunstancias concurrentes.

Teniendo en cuenta todas las reflexiones que se dejan expuestas cabe concluir que *no parece que el control judicial en esta materia se haya eliminado con la reforma laboral* del RD Ley 3/2012, ni con la posterior Ley/3012, a pesar de las precipitadas opiniones que se han vertido en sentido contrario, que no alcanzan a comprender que nuestro sistema constitucional -y los derechos que reconoce- no permiten cercenar el ámbito de actuación de la potestad jurisdiccional cuando están en juego derechos fundamentales y valores constitucionales que se integran en el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

CUARTO.-LAS **CAUSAS** DE LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL POR **CAUSAS** OBJETIVAS INVOCADAS POR LA EMPRESA.

Como se ha indicado, en el caso que se enjuicia, la empresa justificaba la extinción contractual por una situación económica negativa, además de por afirmar que existen **causas** productivas y organizativas, que lo relaciona todo ello con la existencia de pérdidas en el ejercicio 2011 de 42.865 euros, y con una reducción en un 35% de la facturación del último trimestre de 2011 respecto de la facturación de los nueve meses anteriores, en promedio mensual, y de un 62,74% de reducción de la facturación de enero, febrero y marzo de 2012, respecto del mismo trimestre o período del ejercicio 2011. Se hacía también referencia a que la empresa



no esperaba la recuperación de pedidos a corto plazo y a que se ha reorganizado el sistema de trabajo dado que, por la carga de trabajo que existe, sólo se necesitan a dos personas en fabricación y administración, tareas que realizan actualmente los dos únicos socios de la empresa, y otro trabajador para el puesto de ventas, por lo que en estas circunstancias ha precisado amortizar los puestos de trabajo de otros cuatro trabajadores, incluyendo el puesto de encargado del demandante.

Pues, bien, planteados en los anteriores términos el debate procesal entre las partes litigantes, y a la vista de los hechos declarados probados, debemos determinar si concurrían o no cualquiera de las **causas** que se han invocado para justificar la extinción contractual enjuiciada.

El art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, tras la redacción por el Real Decreto Ley 3/2012, que posteriormente fue modificada por la Ley 3/2012, establecía que procedía la extinción de los contratos de trabajo fundada en **causas económicas**, técnicas, organizativas o de producción, pasando a continuación a determinar cuándo se entiende que concurren tales **causas**, en los términos transcritos con anterioridad.

A la vista de esta regulación, lo que cabe ya señalar es que en ningún caso concurren **causas** productivas o de índole organizativo, y ello en cuanto que la empresa demandada no ha aportado ningún elemento probatorio que acredite la existencia de cambios en los métodos de trabajo o en la demanda de los productos a cuya fabricación se dedica -carpintería metálica-, más allá de la alegación de la disminución de facturación que, a la vista de la regulación legal que se deja expuesta, constituye **causa** económica en sentido estricto. Respecto de la **causa** económica, el legislador hace referencia a la existencia de pérdidas actuales o previstas,

o a la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas. Y añade que

" en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos"

A la vista de esta regulación *debe determinarse si la existencia de pérdidas en un único ejercicio sería suficiente para considerar justificada la extinción contractual* y, junto a lo anterior, y en unión además a la respuesta que se dé a tal pregunta, *es necesario determinar si cuando se alegan **causas económicas** debe aportarse prueba que acredite la situación provisional de la empresa al tiempo de la extinción contractual* -que en este caso nos sitúa en mayo de 2012, sin haber concluido por lo tanto el ejercicio-, y a su vez qué alcance tiene la expresión legal referida a la disminución persistente de ingresos durante tres trimestres consecutivos.

En el caso que se enjuicia ya se ha visto que con las cuentas anuales de la empresa depositadas en el Registro Mercantil se acredita el importe de pérdidas correspondiente al ejercicio de 2011, *pero no ha aportado la empresa demandada ningún elemento probatorio que acredite la situación de la empresa al tiempo del despido del demandante, producido el 18 de mayo de 2012*, y ello porque ha quedado plenamente desvirtuada las "cuentas provisionales" que aportó la empresa como documento nº 6, en los términos que anteriormente se razonó, y dadas las graves contradicciones que existen entre los datos que figuran en dicho documento y los datos oficiales de las cuentas depositadas en el Registro Mercantil.

Lo anterior es especialmente relevante en el presente caso ya que, aun admitiendo como hipótesis que las pérdidas en un ejercicio económico pudieran servir de base a un despido de esta naturaleza, en cierta congruencia a la previsión legal habilitante del despido para el supuesto de disminución de ingresos durante tres trimestres consecutivos, lo cierto es que *para que pudiera interpretarse así, en todo caso sería necesario que al menos supiéramos la situación real de la empresa al tiempo de la extinción comunicada al trabajador*, y nada de lo cual ocurre en el presente caso.

Al hilo de lo anterior debe señalarse que, en principio, se ha venido entendiendo que a los despidos objetivos individuales no le es de aplicación las exigencias de aportación documental propia del despido colectivo, a que se refieren las previsiones del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de la Actuación Administrativa en Materia de Traslados Colectivos, en lo que resulte de aplicación en virtud de lo previsto en el artículo 2 de la Orden ESS/487/2012, de ocho de marzo, sobre diligencia transitoria de determinados artículos de dicho Reglamento. Por ello, también en principio pudiera considerarse que no es un requisito esencial para la validez del despido objetivo individual la aportación de *"las cuentas provisionales a la presentación de las solicitud del expediente"*, a que se refiere el artículo 6 del Real Decreto 801/2011.

Y efectivamente, en relación a los despidos objetivos individuales no existe previsual legal alguna en orden a exigir la aportación de esta prueba documental pero, no obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que difícilmente podemos dar por acreditada una situación de pérdidas en una empresa si no se presentan las cuentas anuales y al menos con carácter orientativo atender las previsiones que en orden a la aportación documental se contienen, en tanto en cuanto no se dicte nueva normativa, en el Real Decreto 801/2011, antes citado, y mucho menos dar por concurrente la **causa** económica con una situación de pérdida de una anualidad,



salvo que concurren otras circunstancias a valorar caso por caso, sin que se aporten las cuentas provisionales a fecha de la extinción contractual.

En realidad cabe considerar que la vía ordinaria de acreditación de la situación económica negativa no puede ser otra que la aportación de las cuentas de la sociedad y, al mismo tiempo, las cuentas provisionales, o cualquier otro elemento probatorio válido en derecho, que ponga de manifiesto cual es la verdadera situación de la empresa al tiempo de la extinción contractual. Baste pensar, por ejemplo, que desde el cierre de un ejercicio y la fecha extintiva decidida por la empresa han podido solucionarse parte de los elementos que dieron lugar a la situación de pérdidas del precedente ejercicio, y por ello *la actualidad de la **causa** impone*, para obtener el pronunciamiento de procedencia del despido o extinción, *que se acredite o pruebe cual sea la situación de la empresa al tiempo de la extinción contractual*.

Ya se ha indicado que la empresa demandada nada ha aportado sobre este extremo en concreto en el presente caso, por lo que aisladamente la situación de pérdidas de un sólo ejercicio no puede servirnos de criterio para validar la decisión extintiva, máxime cuando no se aporta algún otro elemento probatorio que permita tener una visión general de la situación de la empresa a efectos de calificarla efectivamente como "*situación económica negativa*" a que se refiere el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores .

Es cierto que el precepto no sólo se refiere a situación de pérdidas, sino también califica como situación económica negativa los supuestos de disminución persistente de los ingresos o ventas, y prevé que "*en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivo*" , en los términos en que ha quedado redactado el precepto por el Real Decreto Ley 3/2012.

Precisamente esta redacción del precepto a que nos referimos da lugar a *problemas interpretativos relevantes* y, de entrada, el determinar qué naturaleza tiene la regla que objetiva la persistencia en la disminución de ingresos y ventas. Como ha puesto de manifiesto la doctrina puede asignársele a la expresión legal *dos significados diferentes* , siempre con referencia a la expresión "*en todo caso*". El primero implica una completa absorción de la **causa** por la regla que la concreta: Sólo existe disminución persistente si se extiende a tres trimestres consecutivos y, en este caso, *siempre existe* . En cuanto a la segunda interpretación posible, es aquella que presenta la expresión como una regla presuntiva que se acumula al enunciado general: En este segundo caso, existiendo tres trimestres consecutivos de disminución de ventas o ingresos, habrá disminución persistente a los efectos extintivos a que se refiere el precepto, considerándose por el legislador como supuesto válido para acreditar una situación económica negativa, pero a su vez, sin que tal circunstancia pueda excluir las restantes manifestaciones de la **causa** económica negativa que, en su caso, podría llegar a ser apreciada aunque la disminución de ingresos no alcanzase a esos tres trimestres.

En realidad, bien observado el precepto, en la redacción a que antes hemos hecho referencia, a la expresión "*en todo caso*" *no puede asignársele un valor absoluto que implique que la mera existencia de tres trimestres de disminución de ingresos o ventas, cualquiera que sea el importe de la disminución, implica una situación económica negativa* y por ello es posible extinguir los contratos por **causas** objetivas o, incluso, dar lugar a un despido colectivo, y cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, lo que *conduce sin duda a interpretaciones absurdas e inadmisibles* que, por ello mismo, no puedan admitirse atendiendo a los derechos en juego a que ya se ha hecho referencia en el anterior fundamento de derecho.

En realidad la expresión hace referencia a un determinado supuesto de disminución persistente que podría dar lugar a validar la edición extintiva

siempre y cuando a su vez la misma supere el juicio de razonabilidad

que es exigible en todo caso. Y a su vez, aunque no existan disminución de ingresos durante tres trimestres consecutivos, pudiera darse situaciones, debidamente acreditadas, que permitan acudir a la figura del despido colectivo y especialmente del despido objetivo individual porque atendiendo a las circunstancias no pueda negarse que actúen como verdadera **causa** económica en cuanto que revele la situación económica negativa en que se encuentra una empresa. Es decir, que cabe admitir otras formas de acreditar la persistencia en la disminución a efectos de considerar que hay una situación económica negativa, al margen del supuesto legal de tres trimestres consecutivos, como pudiera ser la existencia de disminución de ingresos durante tres trimestres pero que no sean consecutivos, siempre atendiendo a las concretas circunstancias que concurren en cada caso.

Pero, además, la forma en que ha utilizado el legislador el mismo parámetro de la disminución de ingresos o ventas provoca también otros

problemas interpretativos adicionales, teniendo en cuenta que para las medidas de flexibilidad interna el propio legislador ha atendido al parámetro de la disminución de los ingresos durante dos trimestres consecutivos, permitiendo, por ejemplo, las suspensiones de contratos o la reducción de jornadas -al margen de los



supuestos de inaplicación de condiciones pactadas en convenios colectivos-. La utilización de estos mismos parámetros, junto con el juicio de razonabilidad a que antes hemos hecho mención, *plantea sin duda el problema de si existe preferencia en la adopción de medidas flexibilidad interna frente a la destrucción de empleo* que supone el despido, lo que con anterioridad a la reforma no se llegaba a plantear o, al menos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía con carácter general excluyendo (STS 14 de junio de 1996 y 10 de junio de 2012), si bien con importantes matizaciones tras las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2010 , 16 de mayo de 2011 y 8 de julio de 2011 , a que se ha hecho referencia en el fundamento de derecho tercero.

Pero como se ha indicado la normativa ha cambiado, *y parece que el propio legislador es el que está graduando la intensidad de las medidas que la empresa puede adoptar* y reitera, no sólo en la propia exposición de motivos del Real Decreto Ley 3/2012, sino en el propio texto articulado de la norma, que las medidas de flexibilidad interna se facilitan

porque son mecanismos preventivos de las extinciones contractuales . Por ello es lícito preguntarse si actualmente , tras la reforma laboral de 2012, y por las múltiples posibilidades de reacción que se atribuyen a la empresa en la gestión de sus recursos humanos , *dentro del juicio de razonabilidad debe valorarse a su vez si no era suficiente la adopción de otra medida antes que el despido.*

Lo anterior es en el caso que se enjuicia especialmente significativo porque *al tiempo del despido del actor estaba todavía vigente* , si bien es cierto que con consumición de los días acordados, *un expediente de regulación temporal o de suspensión contractual de 45 días* , y ello determina que durante su periodo de vigencia *la empresa solapa dos tipos de medidas* , la de flexibilidad interna en que consiste la suspensión de los contratos, y la de flexibilidad de salida que es propia de despido acordado.

Efectivamente, por Resolución de la Directora General de Trabajo de 21 de febrero de 2012 se autorizó a la empresa aplicar un ERE de regulación de carácter temporal entre los meses de febrero y junio de 2012 inclusive, y durante 45 días laborables, y durante ese periodo de vigencia es cuando se ha decidido el despido del actor y, en concreto, el 18 de mayo de 2012, aunque estuvieran consumidos los 45 días suspensivos a que se refería la autorización administrativa. En la propia memoria explicativa del ERE, y en el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores, se señala que se ha adoptado el acuerdo para minimizar los efectos traumáticos del ERE y que *se propone precisamente un ERE suspensivo porque es el que se ajusta a la situación de descenso de la actividad de la empresa y así evitar despidos.*

Existe discrepancia en la doctrina judicial si es posible un despido objetivo durante la vigencia de un ERE de naturaleza suspensiva , habiéndose pronunciado en sentido contrario a tal posibilidad la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de mayo de 2011, recurso de suplicación número 314/2011 , afirmando que un despido durante la vigencia de un ERE suspensivo no era una decisión adecuada a los prototipos comunes de la conducta del buen comerciante, si bien hay que reconocer que tal razonamiento era uno más de los que sirvieron a la Sala de lo Social para declarar improcedente el despido que enjuiciaba.

Y en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha de 30 de marzo de 2012 (JUR2012, 138140) se declara que no cabe instar la extinción de los contratos de los trabajadores afectados por un ERE suspensivo durante su vigencia, en un caso en el que expresamente se pactó así en el periodo de consultas, y asumiendo tal compromiso la empresa. No obstante y como excepción sí admitía la posibilidad de tal despido objetivo si se produce un cambio relevante en las circunstancias que permita aplicar la denominada cláusula "*rebus sic stantibus*" .

En realidad bien *puede entenderse que en los supuestos en que no hubiera un compromiso asumido por la empresa en el acuerdo con la representación de los trabajadores durante la situación suspensiva, en cuyo caso debería estarse a lo pactado, sí que será posible despidos decididos por la empresa durante la vigencia de la decisión suspensiva siempre y cuando respondan dichos despidos a circunstancias distintas a las que dieron lugar a la decisión previa de flexibilidad interna.*

Pues bien, trasladado lo anterior al presente caso tenemos que, por una parte, la empresa *no ha acreditado una situación económica negativa con sólo las pérdidas del ejercicio de 2011 cuando al mismo tiempo no justifica la situación que presentaba en mayo de 2012* , fecha del despido y, en segundo lugar, porque habiéndose producido el despido el 18 de mayo de 2012, durante la vigencia del ERE suspensivo, aunque se hubieran consumido los 45 días de suspensión contractual pactados, *tampoco se acredita por la empresa demandada que existan nuevas circunstancias distintas a las que dieron lugar a la decisión de flexibilidad interna, ni mucho menos que se haya agravado la situación de la empresa para no acordar un nuevo ERE "suspensivo"* .

Es evidente que todos estos extremos son hechos que debió probar la empresa ya que a ella incumbía la carga de la prueba en los términos que resultan del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y específicamente



atendiendo a las reglas de proximidad a las fuentes de la prueba y facilidad probatoria, y la omisión en la aportación de tal prueba únicamente puede perjudicar a la propia empresa demandada y no al trabajador que reclama frente a la decisión extintiva.

Pero es que, además, *la empresa no llegó a alegar tampoco en la comunicación extintiva la disminución persistente de ingresos durante tres trimestres consecutivos, por lo que desde esta perspectiva tampoco es suficiente la acreditación de tal disminución a tiempo de celebrar el juicio*. Efectivamente, en la comunicación de la empresa únicamente se hacía referencia a la disminución de facturación en el último trimestre de 2011, y en el primer trimestre de 2012, lo que nos sitúa precisamente ante el supuesto fáctico en el que es posible la aplicación de medidas de flexibilidad interna, pero no de la flexibilidad de salida si no va acompañada de otros elementos probatorios que, en su conjunto, permitan afirmar la existencia de una situación económica negativa. *Fácilmente se observa que en realidad la empresa estaba alegando*, y así se observa en la propia memoria explicativa, *las mismas causas en el expediente que dio lugar al acuerdo de suspensión de los contratos de trabajo que en la comunicación extintiva durante la propia vigencia prevista para el ERE "suspensivo", y parece razonable entender que en estos casos no es válida la decisión de proceder a un despido, si no se acreditan la concurrencia de nuevas cosas o la variación de las que sirvieron para la medida suspensiva adoptada por la empresa*. Todo ello se dice al margen ya de la dificultad añadida de conocer cuál sea la voluntad legislativa en orden a si se produce o no lo que la doctrina denomina "consumición" de los dos primeros trimestres consecutivos que han dado lugar a la adopción de medidas de flexibilidad interna. Es decir, si en estos casos, habiendo adoptado previas medidas de flexibilidad interna en la empresa utilizando el parámetro de la disminución de ingresos durante dos trimestres consecutivos, quedan ya consumidos y no es posible utilizarlos junto con un tercer trimestre adicional, continuado, en el que se pudiera haber producido también tal disminución de ingresos o ventas, y, por el contrario, si debe aguardar o no a que se produzcan otros tres trimestres consecutivos de disminución de ingresos a fin de validar la decisión extintiva, cuestión interpretativa a la que no hace falta dar respuesta en el presente caso porque la empresa en realidad no ha acreditado, en los términos razonados, la situación económica negativa en que justificaba la extinción del contrato que le unía con el actor.

En definitiva, y concluyendo, la empresa no puede ahora aportar prueba para acreditar la existencia de disminución de ingresos durante tres trimestres consecutivos, cuando no se hizo mención a tal circunstancia en la carta de despido, y da igual que a la fecha del despido -18 de mayo de 2012-, únicamente podía hacer referencia a tres trimestres, el último de 2011 y los dos primeros de 2012, lo que difícilmente puede considerarse que constituye la **causa** prevista en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores al solaparse dos ejercicios económicos, y en todo caso, porque bien pone de manifiesto que sólo existía disminución de ingresos al tiempo del despido durante los dos primeros trimestres de 2012, y en su caso debía haber esperado a la conclusión del tercer trimestre, coincidiendo además con la propia conclusión de la vigencia temporal del "ERE suspensivo" para acordar el despido, y no hacer uso anticipado de las previsiones legales referidas a la disminución de ingresos. Si a lo anterior se une que respecto de la pérdida del ejercicio de 2011 no se ha acompañado prueba que acredite la situación económica de la empresa a fecha del despido, en mayo de 2012, fácilmente se concluye que no se ha probado la concurrencia de **causa** que de forma razonable justifique el despido del demandante y que por ello debe considerarse el mismo improcedente, de conformidad con lo previsto en el art. 53 del Estatuto de los Trabajadores.

Procede en este momento aclarar, en todo caso, que *la declaración de improcedencia que se realiza en la presente sentencia no podría haberse obtenido en ningún caso con las referencias que efectúa la parte demandante a la subsistencia de su puesto de trabajo o a la*

subcontratación de actividad, y ello porque la subcontratación de los montajes de instalaciones de carpintería metálica en el exterior no se acredita que haya sido posterior a la decisión extintiva, y en todo caso no es en sí mismo ningún dato que revelase la improcedencia del despido por **causas** objetivas, lo mismo por el mantenimiento de las funciones o tareas que realizaba el actor en la empresa, en cuanto que tal circunstancia no revelaría en sí misma tampoco que no existiera situación económica negativa o que no pueda superarse el juicio de razonabilidad de la decisión de la empresa, debiendo recordarse al respecto que la necesidad *de la amortización del impuesto se refiere al puesto de trabajo, y no a las funciones*. Por ello, el Tribunal Supremo declara procedente la decisión de la extinción del contrato en casos en que la asunción de tareas o funciones del puesto amortizado se realiza por el propio empresario o por dos trabajadores (sentencia del TS de 21 de mayo -RJ 2001, 5452 -y de 15 de octubre de 2003 -RJ 2003, 4093-).

Las consecuencias de la declaración de improcedencia no pueden ser otras que la condena a la empresa a la readmisión o al abono de la indemnización legal correspondiente, siendo de aplicación la disposición transitoria quinta del Real Decreto Ley 3/2012 en orden a su cuantificación.



Respecto de esa cuantificación son hechos no discutidos el salario regulador que debe computarse (68,04 euros al día), y al tiempo de prestación de servicios iniciado el 13 de junio de 2005. A su vez, debe considerarse que el contenido de la actual disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, *no tiene otro alcance que el de aclarar cómo deben calcularse las indemnizaciones de los despidos* de los contratos suscritos con la entidad al 12 de febrero de 2012, a la vista de la redacción defectuosa que había establecido el Real Decreto Ley 3/2012. Como es sabido, la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012 nos aclara que la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de *45 días de salario* por año de servicio por el tiempo de prestación de los servicios anterior a dicha fecha, *prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año*, y a razón de *33 días de salario* por año de servicio por el tiempo de prestación de servicio posterior, *prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año*. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Al mismo tiempo debe también aclararse que las previsiones de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, en orden a determinar el importe indemnizatorio, resultan plenamente aplicables también a los despidos objetivos, ya que, aunque tal disposición transitoria se remita al art. 56. 1 del Estatuto de los Trabajadores, en sede de despido disciplinario, no obstante, cabe considerar que es de aplicación a estos despidos por la remisión de los arts. 120 y 123.2 de la LRJS a la indemnización establecida para el despido disciplinario.

Lo anterior implica que en el presente caso el importe indemnizatorio que corresponde al demandante por el despido improcedente alcanza la suma de 21.160,44 euros (s.e.u.o.), computando para ello el tiempo de prestación de servicios desde el 13 de junio de 2005 al 18 de mayo de 2012, prorrateando por meses los dos tramos y aplicando un salario regulador diario de 68,04 euros (311 días a indemnizar x 68,04 €).

En la determinación de los días a indemnizar se han computado los dos tramos de tiempo de prestación de servicios del siguiente modo:

A) Primer tramo: desde el inicio de la relación laboral hasta la fecha anterior a la entrada en vigor del RD Ley 3/2012.

-Del 13-6-2005 al 11-2-2012: son 6 años, 7 meses y días adicionales que suman otro mes, quedando el cómputo en 6 años y 8 meses.

-45 días x 6 años = 270 días

-3,75 días x 8 meses = 30 días Total del primer tramo: 300 días.

B) Segundo tramo: desde la entrada en vigor del RD Ley 3/2012 -el 12 de febrero 2012-hasta la fecha del despido.

-Del 12-2-2012 al 18-5-2012: 3 meses y días adicionales, que suman otro mes, quedando el cómputo en 4 meses.

-2,75 días x 4 meses = 11 días.

C) Total de días resultante: 311 días

D) Salario regulador 68,04 euros

E) Indemnización: 68,04 euros x 311 días: 21.160,44 euros (s.e.u.o.).

Debe aclararse, asimismo, que caso de que se opte por la readmisión, en los términos que resultan del art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite el art. 53.5 de la misma norma, la condena de la empresa comprende también los salarios de tramitación.

Y, por último señalar que, aunque ninguna de las partes ha indicado si la empresa llegó a abonar el importe indemnizatorio a que se refiere la carta de despido 9.410,82 euros lógicamente, si se opta por la indemnización o a efectos de compensar en su caso con los salarios de tramitación, deberá tenerse en cuenta la cantidad que se acredite por la empresa que efectivamente haya abonado por dicho concepto. En caso de que no se acredite de ningún importe, la condena de la empresa será íntegra en los términos antes razonados.

En definitiva, todos los razonamientos anteriores determinan e imponen la estimación de la demanda.

QUINTO.-A tenor de lo dispuesto en el Art. 97.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se deberá indicar a las partes si la Sentencia es firme



o no, y en su caso los recursos que contra ella proceden, así como las circunstancias de su interposición. En cumplimiento de ello se advierte a las partes que la presente Resolución no es firme y que contra ella se puede interponer RECURSO DE SUPPLICACION, con los requisitos que en el fallo se señalan, según se desprende del Art. 191 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Vistos los Arts. 9 , 117 y siguientes de la Constitución Española , así como los Arts. 2 , 5 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y todos los que son de aplicación en estas actuaciones.

FALLO

Que estimando la demanda de despido deducido por D. Octavio frente a la empresa CASUTERMIK 2000 SL y Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro improcedente el despido del demandante producido con efectos del 18 de mayo de 2012, condenando a la empresa demandada CASUTERMIK 2000, S.L. a estar y pasar por la anterior declaración y a readmitir al demandante en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido, con abono de los salarios dejados de percibir a razón de 68,04 € al día, o a indemnizarle con la suma de 21.160,44 € (s.e.u.o).

Caso de que la empresa opte por la indemnización señalada, no se devengarán salarios de tramitación.

Asimismo, caso de que la empresa acredite haber abonado la cantidad indemnizatoria a que se refiere la comunicación de extinción del contrato, o parte de ella, se compensará de las cantidades que adeuda al demandante en virtud de la presente sentencia condenatoria.

Por último, debo condenar y condeno al Fondo de Garantía Salarial a estar y pasar por la anterior declaración.

Contra esta sentencia cabe recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que se anunciará dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación, bastando para ello la manifestación de la parte, de su Abogado o de su representante en el momento de la notificación pudiendo hacerlo también estas personas por comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el mismo plazo.

Se acompañará al anuncio justificante de haber ingresado 300 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, cta: 3160.0000.65.0680.12 en cualquier sucursal de BANESTO, y justificante de haber ingresado, en operación aparte, aunque esta vez con número de cuenta 3160.0000.67.0680.12, la cantidad objeto de condena. En caso de realizarse los ingresos mediante transferencia bancaria habrá de consignarse como clave de la oficina receptora el número 0030 1846 42 0005001274.

Esta última cantidad, podrá ser substituida por aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Al hacer el anuncio, se designará por escrito o por comparecencia, Letrado

o graduado social colegiado, que dirija el recurso, y si no lo hace, habrá que proceder al nombramiento de oficio, si se trata de trabajador o empresario con beneficio de Justicia Gratuita.

Se hace saber a la empresa que la opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de la Sentencia que declara el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia, y, a su vez, que en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.