



Roj: **STSJ ICAN 2563/2013 - ECLI:ES:Tsjican:2013:2563**

Id Cendoj: **35016340012013101034**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **30/08/2013**

Nº de Recurso: **471/2013**

Nº de Resolución: **1308/2013**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **IGNACIO JOSE DUCE SANCHEZ DE MOYA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En Las Palmas de Gran Canaria, a 30 de agosto de 2013.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. **471/2013**, interpuesto por Dña. Flor , frente a Sentencia 15/2013 del Juzgado de lo Social Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 820/2012 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO. SR. D. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Flor , en reclamación de Despido siendo demandado D. Juan Antonio , TORRE Y CASTILLO EXPLOTACIONES TURISTICAS S.A., Marcelina , RESTAURANTE TORRES Y CASTILLO S.L. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria, el día 18-1-2013 , por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- La actora ha venido prestando servicios para D. Juan Antonio , que se dedica a la actividad de Hostelería, con antigüedad reconocida de 11/02/1998, categoría profesional de camarera de pisos y salario diario de 48,58 euros brutos prorrateados, en el centro de trabajo Apartamentos Green Ocean, sito en la c/ La Gloria, nº 1, San Agustín, San Bartolomé de Tirajana.

SEGUNDO.- El "iter contractual" figura en su informe de vida laboral, siendo el siguiente:

11/02/1998-10/03/1999: TORRE Y CASTILLO EXPLOTACIONES TURISTICAS, S.A.

11/03/1999-01/11/1999: Marcelina

02/11/1999-01/01/2000: RESTAURANTES TORRE Y CASTILLO, S.L.

02/01/2000-01/02/2001: Juan Antonio

02/02/2001-01/11/2001: Marcelina

02/11/2001-01/08/2002: Juan Antonio

02/08/2002-01/12/2002: Marcelina

02/12/2002-01/08/2003: Juan Antonio



02/08/2003-01/05/2004: Marcelina

02/05/2004-01/09/2004: TORRE Y CASTILLO EXPLOTACIONES TURISTICAS, S.A.

02/09/2004-27/09/2012: Juan Antonio

Fue dada de baja en la S.Social el 10/09/12, con efectos de 27/09/12.

Las codemandadas conforman un grupo de empresas. D. Juan Antonio está casado con Marcelina siendo los administradores de las empresas codemandadas.

TERCERO.- Aunque en los referidos periodos la actora figuraba en alta en S.Social para los codemandados del modo expuesto, es D. Juan Antonio quien desde un principio ha venido explotando el referido Complejo.

CUARTO.- El 20 de julio de 2012 el empresario D. Juan Antonio y el Delegado de Personal de la empresa en representación de la actora y 6 trabajadores más, suscribieron un acuerdo (del que obra copia en autos) por el que a partir del 01/08/2012 se procedería a la conversión de los contratos fijos a fijos-discontinuos. El periodo de actividad se fijaba en 9 meses al año.

QUINTO.- En igual fecha de 20 de julio de 2012 se procedió a la extinción del contrato por causa económica de dos trabajadores con categoría profesional de recepcionista. En agosto se procedió también a la extinción del contrato por causa económica de otro trabajador con categoría de director.

SEXTO.- En el mes de agosto se informó verbalmente a la actora de que igualmente se iba a proceder a la extinción de su contrato de trabajo. Se encontraba disfrutando de sus vacaciones (desde el 04/09/2012) cuando recibió de la empresa el 22/09/2012 burofax en el que se le comunica su despido por causas objetivas en los siguientes términos:

A la atención de D^a. Flor .

Muy Sra. Nuestra:

Por medio de la presente esta empresa ha adoptado la decisión de proceder a la extinción de su contrato de trabajo a tenor de lo preceptuado en el art. 52.c del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones legales concordantes, relativas la extinción de su contrato por causas objetivas.

Las causas en que se fundamentan son pura y exclusivamente económicas, ya que la empresa desde el año 2007 se encuentra en unos niveles de pérdidas económicas difícilmente asumibles, sin el adecuado reajuste de la estructura de gastos a los nuevos niveles de ingresos y a su alto nivel de estacionalidad, en la medida que las estimaciones para los próximos ejercicios de los ingresos de la actividad no llevan a suponer un aumento de los mismos que permitan por sí solos compensar las pérdidas acumuladas hasta la actualidad.

La empresa debe ajustar los niveles de gasto de personal a porcentajes siempre inferior al 30% - 35% que permita volver a rentabilizar la actividad y este ajuste debe realizarse, o bien mediante la extinción de las relaciones laborales con algunos miembros del personal de la misma, o bien mediante la suspensión de la totalidad de los contratos laborales que mantienen el empresario durante el periodo de baja demanda, abril a octubre, acompañada esta segunda alternativa del cese temporal de la actividad durante ese mismo periodo.

De facto el 20 de julio de 2012, se suscribió con los trabajadores del complejo turístico Green Ocean, documento procediendo a la conversión de los trabajadores Fijos en Fijos Discontinuos. A su vez, se ha extinguido desde esa fecha al presente mes de septiembre tres contratos de trabajo.

A los efectos de conocer la actual situación económica se hace necesario.

1.- Analizar el sector turístico extrahotelero en Canarias

Es obvio y notorio, que el sector turístico a nivel mundial, nacional y regional ha sufrido y está aún sufriendo, un reajuste debido a la recesión económica que a dichos niveles, y en especial al nacional y regional, estamos soportando. Este reajuste como puede verse en las tablas estadísticas obtenidas del Instituto Canario de Estadística (ISTAC), es decir, según fuentes oficiales, que se adjuntan se ha traducido en un menor número de visitantes a Canarias hasta 2010, un 9% menos desde 2007 (TABLA I), siendo sólo a partir de 2011 cuando el aumento pasa al 8%.

Entrada de turistas desde el extranjero según comunidades autónomas de destino principal por periodos (TABLA I)

2011 (p)

2010 (p)

2009



2008

2007

Variac.

%

2007

2011

Canarias

10.187.690

8.610.576

8.204.551

9.356.912

9454.984

8%

Fuente:

Instituto Canario de Estadística (ISTAC) e Instituto de Estudios Turísticos (IET)

Notas de tabla

(p) Dato provisional

Respecto al gasto turístico total en canarias de turistas con país de residencia distinto a España (TABLA II), había experimentado al cierre del 2010 una disminución del 14%. En 2011, debido al aumento de entrada de extranjeros comentada en párrafo anterior, dichos ratios ha pasado al 1% (positivo).

Gasto total en Canarias

2011(p)

2010 (p)

2009

2008

2007

Variac.

%

2007

2011

Origen: Todos

3.836.193.544

3.400.463.572

3.113.921.346, 70

3.869.891.176

3.964.454.989

-3%

Origen:

España

518.368.927, 21

575.388.577

486.640.308

594.456.992

689.325.076

-25%

Origen:

Extranjero

3.317.824.617

2.825.074.995

2.627.281.039

3.275.434.184

4.275.129.914

1%

Fuente:

Instituto Canario de Estadística (ISTAC) e Instituto de Estudios Turísticos (IET)

Notas de tabla

(p) Dato provisional

La conclusión que se obtienen de la combinación de las dos estadísticas anteriores es obvia, hasta el 2010 ha habido una reducción de entrada de turistas en Canarias que ha venido acompañada de la normal caída del gasto total en Canarias por turista 8 cociente entre datos TABLA II Y TABLA I), y que en 2011, cuando empieza a recuperarse, mejorando incluso, el número de turistas respecto al 2007 se constata que dicha mejora en la variable cantidad (8%) se ha obtenido con el perjuicio para la economía canaria (y en beneficio de las economías de los países donde residen los touroperadores) vía reducción de la ya más que disminuida variable preci (-7%).

Además, centrándonos en el subsector del que depende la entidad objeto extrahotelero en la zona turística de Playa de las Burras, es decir, de bungalows o apartamentos con una antigüedad significativa y con un alto índice de obsolescencia y por tanto carente de servicios que hace 20 años podrían considerarse reservados a estancias de lujo pero que hoy en día, dado el cambio que ha experimentado el concepto de turismo (ya no es suficiente Sol y Playa), han pasado a considerarse como servicios básicos a cumplir por cualquier plaza alojativa, o al menos ello se extrae, de las negociaciones con los touroperadores, que cada año van ajustando a la baja el precio demandado de las plazas alojativas, y por ende, de las medias pensiones que incluyen, lo que traduce en un gasto medio total en Canarias por día y turista de aproximadamente 36 euros (TABLA III) de los que Aproximadamente entre 4 y 5 euros se destinan al alojamiento. Importe, claramente insuficiente para compensar los costes de la exploradora.

Por otro lado, al estar conformado la demanda turística canarias, principalmente por turistas extranjeros, los meses de mayor ocupación, y por tanto de actividad, en los apartamentos, son los correspondientes al otoño-invierno, de noviembre a abril, en los restantes meses la ocupación desciende considerablemente, sólo los meses de julio y agosto, hay un repunte en los niveles de ocupación, gracias a la entrada de turismo nacional. Todo ello, supone que en periodos de baja actividad exista una infrautilización de los costes fijos de la entidad.

Gasto medio en Canarias por turista y día (EUROS)(TABLA iii)

2011

ESTIMACIÓN

ANUAL (p)

2010

ESTIMACIÓN

ANUAL (p)

2009

ESTIMACIÓN

ANUAL

Total

36,94

37,72

37,73

Alojamiento

4,16

4,97

3,95

Restaurante

9,76

10,26

11,97

Fuente

Instituto Canario de Estadística (ISTAC)

Notas de tabla

(p) dato provisional

Asimismo, es importante recalcar el progresivo e incesante aumento del poder que los touroperadores (siempre de origen extranjero) mantienen en las negociaciones de contratación de las plazas alojativas con los propietarios de las mismas, llegando hasta tal punto, que ya no recurren a contratos cerrados por temporadas, sino a simples ofertas de precios que no implican ninguna obligación de contratación en firme por parte de los touroperadores. Todo ello no viene sino a incrementar la más que evidente situación de incertidumbre de los empresarios canarios propietarios de complejos de apartamentos y bungalows.

2. Analizar la evolución anual desde el 2007 al 2012 de determinadas variables, datos estadísticos y ratios de la actividad, considerados de importancia para conocer la situación económica de la totalidad de la actividad de explotación turística realizada por el empresario, así como, las específicas correspondientes a la gestión del complejo Green Ocean.

Los ingresos de explotación de la totalidad de los complejos turísticos explotados han experimentado desde el ejercicio 2007 al 2011 una drástica reducción, del 57% (ver cuadro I), siendo la correspondiente a la actividad de explotación del complejo objeto de este informe ha sido del 26% (ver cuadro II), ambas significativas. Esta importante reducción tiene como principales factores causantes, por un lado, la drástica reducción de la demanda, que como se indicaba en el apartado anterior deriva de la reducción que hasta el 2010 ha habido del número de visitas a Canarias, y por otro, la reducción del precio ofertado por las continuas exigencias de los touroperadores. Es decir, que no sólo se han atendido a menos clientes, sino que también el ingreso obtenido por cliente se ha reducido, y siempre con unos costes fijos elevados, cada vez más difíciles de compensar.

En una economía íntegramente liberalizada, una reducción de los ingresos como la sufrida, implicaría la inmediata actuación del empresario para contener los costes de la actividad en un porcentaje superior al sufrido en los ingresos, en la medida que la finalidad del ejercicio de una actividad económica (empresa), no debe ser otro que la de obtención de beneficios. Es decir, que la reducción de los gastos de explotación sufrida durante el periodo 2007-2011 debería ser muy superior a la que se ha producido, 22% (ver cuadro II), pues con tan solo esta reducción no es posible ni compensar las pérdidas del propio ejercicio que esté en curso ni mucho menos las acumuladas de los ejercicios precedentes, que como se puede observar en los cuadros II y III, han implicado en el periodo 2007-2011 un desfase acumulado de los gastos de explotación sobre los ingresos de explotación, de más de 14%. Esto trae como resultado pérdidas económicas continuadas, y por tanto, implica que la empresa no ha cumplido desde el 2007 con la finalidad para la que fue creada, obtener beneficios.

Este desajustes entre los ingresos de explotación y los gastos incurridos para la obtención de aquellos se debe a motivos de estructura mínimo y a motivos de restricciones legales.

Los motivos de costes estructurales suponen que existen determinados costes que se han de soportar como consecuencia del mero ejercicio por parte del empresario de la actividad de explotación de complejos



turísticos, con independencia de los ingresos que se obtengan, es decir, con independencia de la demanda de los servicios que presta. En este sentido, existen una serie de costes que un complejo turístico debe soportar por su mera existencia, careciendo de importancia su porcentaje de ocupación (mantenimiento mínimo de instalaciones, primas de seguros, impuestos de bienes inmuebles, suministros mínimos, gasto de personal mínimo, amortizaciones del inmovilizado, etc.).

Los motivos derivados de restricciones legales tiene su principal exponente en el gasto de personal, en la medida que los costes derivados de la reducción de este componente del gasto son tan elevados, principalmente por las indemnizaciones tan cuantiosas que establece la normativa laboral, que es imposible que se pueda ajustar inmediatamente el nivel de la plantilla a las necesidades que impone el mercado, es decir, que se produce por los elevados costes de las indemnizaciones, una infrautilización de la plantilla, pues aunque con menos trabajadores se podría obtener el mismo volumen de ingresos, las restricciones legales conllevan a que se tenga que mantener la plantilla actual (entiéndase la compuesta por los trabajadores antes de los despidos de julio y agosto de 2012), recordemos relativamente constantes de 9 trabajadores (2 a tiempo parcial) con una antigüedad media de 16 años o, por el contrario, acceder a pagar fuertes indemnizaciones, en momentos en los que las dificultades de liquidez de las empresas son evidentes. El pero específico que los gastos de personal tienen actualmente (periodo 2007-2011) respecto a los ingresos de explotación es del 44% (de cada euro de ingresos 0,44 se destinaba a pagar los costes laborales), según datos provisionales de julio de 2012 el porcentaje, sin tener en cuenta el efecto de las indemnizaciones satisfechas en julio por los 2 trabajadores despedidos con avenencia, parece haber aumentado hasta el 63%. Claramente se trata de niveles de gasto en plantilla muy superiores a los que esta actividad necesita para los actuales niveles de ingresos, teniendo en cuenta que el peso de esta variable en el 2007, ejercicio en el que la pérdida económica fue mínima, fue del 33% (ver cuadro III) y que el ratio sectorial medio del periodo 2007-2010 (segundo cuartel o mediana) que se obtiene de la base datos de la Central de Banco de España para la actividad de alojamientos turísticos y otros alojamientos de corta estancia con volumen de cifra de negocios inferior a los 2 millones de euros, se sitúa entre el 31,86% en 2007 y el 34,90% del 2010 (a efectos de conclusiones media del 33%). Se debe puntualizar, que el coste laboral medio por trabajador es de aproximadamente 19.603,35, de los que 15.142,75 corresponden a remuneraciones y el resto a cotizaciones salariales, es decir, que queda totalmente descartado problemas de sobresueldos respecto a la media del sector, pues se trata de retribuciones normales.

Otros componentes importantes de los gastos de explotación para la actividad de explotación turística, como son los aprovisionamientos y el resto de otros gastos de explotación, tienen actualmente un peso sobre los ingresos de explotación del 41% y 29% respectivamente (ver cuadro III). En los aprovisionamientos se aprecia una leve mejora sobre los niveles de ejercicios anteriores, aun que claramente insuficientes, y en los otros gastos de explotación el empeoramiento ha sido muy significativo. Los niveles medios del sector obligaría a situar a ambas variables en porcentajes cercanos al 30% y 20% respectivamente.

Todo esto ha llevado a que las pérdidas de explotación acumuladas desde el 2007 hasta el 2011 correspondiente a la explotación del Green Ocean asciendan a aproximadamente 338.492,73, importe que no ha podido ser absorbido por los propietarios, con las mismas dificultades de liquidez y solvencia que las empresas, e incluso si cabe más acusada. Si se tienen en cuenta las pérdidas de explotación del ejercicio en curso 2012 (julio 2012) las pérdidas acumuladas subirían hasta los 398.612,80.

CUADRO I (Evolución interanual de los ingresos de explotación, gastos de explotación, resultados de explotación y resultados del ejercicio del conjunto de complejos turísticos explotados)

AÑO

Ingresos de explotación

Gastos de explotación

Importe

Variación Anual

% Variación Anual

Importe

Variación Anual

% Variación Anual

2007

1.020.961,87



942.763,04

2008

901.796, 51

-119.165. 36

-11, 67%

989.375, 92

43.612, 88

4, 94%

2009

861.271, 11

-40.525, 40

-4, 49%

994.700, 95

5.325, 03

0, 54%

2010

852.135, 67

-9.135,44

-1,06%

962.215, 76

-32.485,19

-3,27%

2011

439.541,76

-412.593, 91

-48,42%

497.126, 57

-465.089, 19

-48, 34%

2007-2011

4.075.706, 92

4.386.182, 24

2012 (2)

155.331, 41

208.769, 75

Variación acumulada -56, 95% Variación acumulada -47, 27%

AÑO

Resultados de explotación

Resultados de ejercicio

Importe

Variación Anual



% Variación Anual

Importe

Variación

Anual

% Variación Anual

2007

78.198, 83

77.903, 72

2008

-87.579, 41

-165.778, 24

-212, 00%

-90.811, 41

-168.715, 13

-216,57%

2009

-133.429, 24

-45.850, 43

52, 35%

-146.590, 56

-55.779, 15

61, 42%

2010

-110.080, 09

23.349, 75

-17, 50%

-139.448, 97

7.141, 59

-4, 87%

2011

-57.584, 81

52.495, 28

-47, 69%

-82.029, 32

57.419, 65

-41, 18%

2007-2011

-310.475, 32

-380.976, 54

2012 (2)

-53.448, 34



-53.448,43

Notas.

Importe ajustado al porcentaje de participación que el empresario individual posea en el Complejo Green Ocean (87, 60%).

Datos correspondientes hasta 31/07/2012. No se ha tenido en cuenta para variaciones acumuladas.

Cuadro II (Evolución interanual de los ingresos de explotación gastos de explotación, resultados de explotación y resultados del ejercicio del complejo turístico explotado GREEN OCEAN (1).

AÑO

Ingresos de explotación

Gastos de explotación

Importe

Variación Anual

% Variación Anual

Importe

Variación Anual

% Variación Anual

2007

564.024, 55

577.857, 12

2008

520.385, 06

-43.639, 49

-7,74%

619.281, 96

41.424, 84

7, 17%

2009

438.582, 88

-81.802, 18

-15, 72%

524.610, 41

-94.671, 55

-15,29%

2010

425.500, 81

-13.082, 07

-2, 98%

531.141, 23

6.530, 82

1, 24%

2011



415.541, 45
 -9.959, 36
 -2, 34%
 449.636, 76
 -81.504, 47
 -15, 35%
 2007-2011
 2.364.034, 75
 2.702.527, 48
 2012 (2)
 152.748, 74
 212.868, 81
 Variación acumulada -56, 95% Variación acumulada -47, 27%
 AÑO
 Resultados de explotación
 Resultados de ejercicio
 Importe
 Variación Anual
 % Variación Anual
 Importe
 Variación
 Anual
 % Variación Anual
 2007
 -13.832, 57
 -13.832, 57
 2008
 -98.896, 90
 -85.064, 33
 614, 96%
 -101.043, 94
 -87.211, 35
 630, 48%
 2009
 -86.027, 53
 12.869, 37
 -13, 01%
 -92.216, 52
 8.827, 42
 -8,74%
 2010



-105.640, 42
 -19.612, 89
 22, 80%
 -120.259, 95
 -28.043, 43
 30, 41%
 2011
 -34.095, 31
 71.545, 11
 -67, 73%
 -54.573, 51
 65.686, 44
 -54, 62%
 2007-2011
 -338.492, 73
 -381.926, 49
 2012 (2)
 -50.120, 07
 -60.120, 07

Notas.

Importes correspondientes a la totalidad del complejo Green Ocean, es decir, incluyendo el 87, 60% del empresario individual y el 12, 40% que posee torres y Castillo Explotaciones Turísticas S.A.

Datos correspondientes hasta 31/07/2012. No se ha tenido en cuenta para variaciones acumuladas.

CUADRO II (Evolución interanual del peso específico que sobre los ingresos de explotación (IG) tienen los gastos de explotación (GE), los aprovisionamientos (AP) , los gastos de personal (IGP) y los otros gastos de explotación (OGE) del complejo turísticos explotados GREEN OCEAN.

Año

Peso específico GE/IE

Peso específico

Variación anual

Peso Especifico

Variación Anual

2007

102, 45%

46, 45%

2008

119, 00%

16, 55%

44, 87%

-1, 58%

2009

119, 61%



0, 61%

36, 87%

-7, 99%

2010

124, 83%

5, 21%

40, 84%

3, 97%

2011

108, 21%

-16, 62%

34, 87%

-5, 97%

2007-2011

114, 32%

41, 28%

2012

139, 36%

31, 15%

12, 12%

22, 76%

Año

Peso específico GE/IE

Peso específico

Variación anual

Peso Específico

Variación Anual

2007

33, 37%

22, 64%

2008

47, 61%

14, 24%

26, 53%

3, 89%

2009

50, 32%

2, 71%

32, 42%

5, 90%

2010



50, 55%
0, 23%
33, 44%
1, 02%
2011
42, 46%
-8, 09%
30, 87%
-2, 56%
2007-2011
44, 34%
28, 70%
2012
63, 20%
20, 74%
52, 34%
21, 47%

Es importante, dado la actividad a que se dedica el empresario, prestar atención no sólo a la reducción de la demanda sufrida, reducción de la demanda que ha implicado, en términos de porcentajes de ocupación, pasar de un 76% en 2007 a un 60% en 2011 (ver cuadro IV), sino también al fuerte componente de estacionalidad de la misma, pues como se ha comentado anteriormente, se produce en los meses de menor ocupación (mayo a octubre) una infrautilización de los costes fijos de la empresa, y especialmente, de la plantilla. Si se analiza la evolución intermensual de la ocupación real, absoluta y porcentual (ver cuadro IV), del complejo (ocupación máxima = unidades del complejo x total días mes, de facturación (ver cuadro IV) y de los precios unitarios de venta del servicio de alojamiento (ver cuadro V), se puede observar claramente que:

1º. La tendencia de los porcentajes de ocupación del complejo y de su facturación es de descanso o plana, y que las previsiones para el 2012 y 2013 deben situarse entorno a los del 2011, salvo que exista un cambio radical no esperado, de tendencia.

2º. Los precios medios de venta del servicio en 2010 se sitúan en los niveles de 2007, sobre los 25 por apartamento, importe soportable con el porcentaje de ocupación medio del 2007, el 76%, pero no con los del 2010 y 2011, tan sólo un 57% y 60% respectivamente. Es importante no olvidar la posición débil que mantienen en los procesos de negociación con los turoperadores internacionales las empresas turísticas canarias, que han tenido que ir ajustando cada año sus precios a la baja por el miedo a que éstas multinacionales derivaran la oferta a otros destinos.

3º. En los meses indicados (sombreados) la demanda está por debajo, en porcentajes de ocupación y en facturación, de la media del año.

4º. Los datos de los ejercicios más recientes, 2009, 2010 y 2011, son preocupantemente más negativos a los más antiguos, precisamente por la ausencia de demanda.

Es decir, que salvo que exista un inesperado aumento de los ingresos de explotación por un cambio de tendencia en la llegada de turistas con destino a alojamientos extrahoteleros, la rentabilidad de este negocio sólo puede obtenerse a través de dos vías, una que no puede ser controlada por el empresario pues depende de la demanda, que implicaría mantener el complejo abierto todo el año, siempre que durante los meses de mayor ocupación se obtengas ingresos suficientes para sobre compensar las pérdidas de explotación del periodo de infrautilización de los recursos, y otra, que necesita consentimiento de la autoridad laboral, que supone mantener abierto el complejo exclusivamente los meses de mayor ocupación, y el resto del año atender exclusivamente a las exigencias mínimas de mantenimiento y seguridad del complejo que permitan volver a ponerlo en explotación con el mínimo coste en la siguiente campaña.

CUADRO IV (Evolución intermensual de la ocupación real y de los porcentajes de



Ocupación del complejo Green Ocean

2007

2008

Mes /Año

Ocupación

máxima

Ocupación

Real

% Ocupación

Ocupación

máxima

Ocupación

Real

% Ocupación

Enero

2.263

1.878

83%

2.263

1.972

87%

Febrero

2.044

1.755

86%

2.117

1.868

88%

Marzo

2.263

2.145

95%

2.263

1.912

84%

Abril

2.190

1.368

62%

2.190

1.287

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ



59%

Mayo

2.263

954

42%

2.263

650

29%

Junio

2.190

1.141

52%

2.190

562

26%

Julio

2.263

1.895

84%

2.263

1.463

65%

Agosto

2.263

2.055

91%

2.263

1.731

76%

Septiembre

2.190

1.664

76%

2.190

835

38%

Octubre

2.263

1.813

80%

2.263

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ



786

35%

Noviembre

2.190

1.966

90%

2.190

1.401

64%

Diciembre

2.263

1.630

72%

2.263

1.464

65%

Anual

26.645

20.264

76%

26.718

15.931

60%

2009

2010

Mes /Año

Ocupación

máxima

Ocupación

Real

% Ocupación

Ocupación

máxima

Ocupación

Real

% Ocupación

Enero

2.263

1.854

82%

2.263



1.932

85%

Febrero

2.044

1.847

90%

2.044

1.884

92%

Marzo

2.263

2.034

90%

2.263

2.024

89%

Abril

2.190

1.149

52%

2.190

745

34%

Mayo

2.263

428

19%

2.263

480

21%

Junio

2.190

259

12%

2.190

511

23%

Julio

2.263

906

40%

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ



2.263

963

43%

Agosto

2.263

1.459

64%

2.263

1.740

77%

Septiembre

2.190

548

25%

2.190

589

27%

Octubre

2.263

671

30%

2.263

915

40%

Noviembre

2.190

1.815

83%

2.190

1.673

76%

Diciembre

2.263

1.705

75%

2.263

1.724

76%

Anual

26.645

14.675

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ



55%
26.645
15.180
57%
2011
2012
Mes /Año
Ocupación
máxima
Ocupación
Real
% Ocupación
Ocupación
máxima
Ocupación
Real
% Ocupación
Enero
2.263
1.969
87%
2.263
1.910
84%
Febrero
2.044
1.922
94%
2.044
1.917
94%
Marzo
2.263
2.002
88%
2.263
1.426
63%
Abril
2.190
1.454

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ



66%

2.190

580

26%

Mayo

2.263

648

29%

2.263

326

14%

Junio

2.190

715

33%

2.190

417

19%

Julio

2.263

958

42%

2.263

516

23%

Agosto

2.263

1.665

74%

2.263

0%

Septiembre

2.190

792

36%

2.190

0%

Octubre

2.263

808

36%



2.263

0%

Noviembre

2.190

1.503

69%

2.190

0%

Diciembre

2.263

1.454

64%

2.263

0%

Anual

26.645

15.890

60%

26.645

7.092

27%

Se evidencia unas pérdidas en los siguientes ejercicios:

-90.811,41

-146.590,56

-139.444,97

-82.029,32

-53.448,43

(hasta Julio)

Dichas pérdidas y las previsibles para el ejercicio 2012 (téngase en cuenta que hasta julio de 2012 existen unas pérdidas de 53.448,43) fundamentan la extinción de su contrato de trabajo.

En cumplimiento de lo ordenado en dicho precepto legal y de acuerdo a la Ley 3/2012 de 6 de Julio de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, la empresa le pone a su disposición en un talón nominativo de la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA con número de serie NUM001 por importe de 8.502,83 con vencimiento el 07 de septiembre de 2012 en concepto de indemnización (12 días por año) recordándole que tiene derecho a percibir 8 días por el Fondo de Garantía Salarial que s.e.u omisión asciende a la cantidad de 5.668,55 .

A su vez y pese a haberle preavisado que se le iba extinguir su contrato de trabajo en el mes de agosto, esta empresa le abona la cantidad de seiscientos veinte y nueve euros con setenta y siete céntimos (629,77) en un talón nominativo de la entidad BANCO VILBAO VIZCAYA ARGENTARIA con número de serie NUM000 con vencimiento el 07 de septiembre de 2012, correspondiente al preaviso de 15 días.

La presente extinción le será notificada al Delegado de Personal de la empresa.

Lo que se le notifica a los efectos oportunos en Las Palmas de Gran Canaria, a 07 de septiembre de 2012.

SÉPTIMO.- Los datos, cifras y circunstancias que se exponen en la carta de cese como justificación del mismo se ajustan a la realidad.



OCTAVO.- El 10/09/12 la empresa consignó judicialmente a favor de la actora la suma 8.502,83 en concepto de indemnización y otros 629,77 en concepto de preaviso. Dichas cantidades fueron entregadas a la demandante en el correspondiente expediente de consignación tramitado por el Juzgado de lo Social nº 9 de esta Ciudad.

NOVENO.- La demandante tiene devengada y no percibida la suma de 395,40 en concepto de diferencia de compensación económica de parte de vacaciones no disfrutadas del año 2012.

DÉCIMO.- La empresa RESTAURANTES TORRE Y CASTILLO, S.L. explota desde el año 2008 el restaurante-buffet del Complejo Green Ocean. Con anterioridad dicho restaurante lo explotaba la Sociedad TORRE Y CASTILLO EXPLOTACIONES TURISTICAS, S.A., empresa matriz de aquella.

UNDECIMO.- La actora no ha sido representante de los trabajadores en el último año.

DUODECIMO.- Se intentó conciliación ante el SEMAC con el resultado de sin avenencia.

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: " Estimar parcialmente la demanda interpuesta por Flor contra Juan Antonio , TORRE Y CASTILLO EXPLOTACIONES TURISTICAS S.A., Marcelina , RESTAURANTE TORRES Y CASTILLO S.L. y FOGASA, desestimándose la acción de despido y declarándose en consecuencia PROCEDENTE la decisión extintiva impugnada, consolidando la actora la indemnización percibida, sin perjuicio de lo cual se estima la acción acumulada de reclamación de cantidad condenándose a D. Juan Antonio a abonar a la actora 395,40 en concepto de diferencia de p.p. de vacaciones no disfrutadas más el 10% de interés anual por mora, absolviéndose a los demás codemandados de todos y cada uno de los pedimentos de la parte actora, debiendo el FOGASA estar y pasar por tales pronunciamientos."

CUARTO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la Dña. Flor , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente, señalándose para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia que, estimando parcialmente la demanda, declaró procedente la decisión extintiva del contrato de trabajo existente entre las partes, con las consecuencias legalmente previstas, condenando además a D. Juan Antonio a abonar a la actora, la cantidad de 395, 40 en concepto de diferencias salariales, más el 10% de intereses por mora; se alza la trabajadora en suplicación alegando un único motivo de censura jurídica al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por infracción de los artículos 52c) en relación con los artículos 51.1 y 53 y 55.4 y 56.1 todos del Estatuto de los Trabajadores . Sostiene en esencia que conformando los demandados un grupo empresarial, para la verificación de la situación económica negativa que dio lugar al cese, deben contemplarse las cuentas consolidadas del grupo, existiendo fraude porque con efectos de 1-8-2012 los trabajadores habían suscrito con la empresa a través de su representación, la conversión de sus contratos a fijos discontinuos.

A) En nuestro ordenamiento jurídico la regulación del despido objetivo por causas vinculadas con el funcionamiento de la empresa se ha visto afectada por diversas modificaciones normativas, caracterizadas todas ellas por una progresiva tendencia hacia la flexibilización de las relaciones laborales, determinante de que las sucesivas reformas legales hayan ido debilitando y atenuando cada vez más el rigor de la causalidad de dicha modalidad de extinción contractual, tanto desde la perspectiva de la intensidad o entidad de las causas que la justifican, como desde la óptica de su configuración como una medida de reducción de empleo de carácter y naturaleza finalista.

La reforma operada por la Ley 11/94, que constituye el primer hito en la senda de la flexibilización de la extinción contractual por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción, da una nueva redacción al apartado c del Art. 52.c ET , autorizando la extinción contractual por tales motivos "cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo", de modo que el legislador, mediante la técnica de la remisión, emplea un concepto unitario de las causas justificativas de la medida extintiva con independencia de su dimensión individual o colectiva, entendiendo que concurren "...cuando, la adopción de las medidas propuestas contribuyan, si las causas son económicas, a superar una situación negativa de le empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos".

Avanzando en ese camino, primero el RD Ley 8/97 y posteriormente la Ley 63/97, a la vez que introdujeron como novedad el establecimiento de una diferenciación entre el concepto de causas que justifican la amortización de puestos de trabajo según dichas decisiones fueran individuales o colectivas, suaviza las exigencias de la causalidad en las esferas técnicas, organizativas y de producción, bastando en estos casos con que la



extinción contractual coadyuvase a superar las dificultades de la empresa ya sea por su posición competitiva en el mercado o por las exigencias de la demanda a través de una mejor organización de sus recursos.

Un tercer paso en dicha evolución viene de la mano de la reforma legal del año 2010, que, tal y como se indica en el Preámbulo del Real Decreto- ley 10/2010 de 16 de junio y de la ley 35/2010, da una nueva redacción a estas causas de extinción con la finalidad de proporcionar una mayor certeza, tanto a trabajadores y empresarios, como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial, manteniendo intacto el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva en esta materia integrando en la ley los criterios emanados de la jurisprudencia sobre las causas del despido objetivo, con el confesado propósito de "reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación", estableciendo la nueva redacción del art. 52.c) que el contrato podrá extinguirse, cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo", de manera que se vuelve a unificar la definición de las causas objetivas para los despidos individuales y colectivos, señalando que "Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. . A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado; organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal, 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. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas 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 la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda"

B) Constituye elemento común de todas las mencionadas regulaciones legales la expresa exigencia en la norma estatutaria de la justificación finalística de la decisión extintiva cuya procedencia desde la perspectiva material o sustantiva solo queda justificada cuando la amortización del puesto de trabajo constituya una medida razonable para la consecución del objetivo establecido por la norma, de modo que, en los citados marcos normativos, es clara la letra de la ley en el sentido de que solo concurre motivo suficiente y justo para validar el despido objetivo si las causas que le sirven de soporte justificativo tienen incidencia negativa en el funcionamiento de la empresa originando problemas de eficiencia o rentabilidad y la medida extintiva es un medio proporcionado y razonable para superar esas disfunciones.

En consonancia con ello, la jurisprudencia desde el año 1994, a partir de la emblemática Sentencia de 14/06/96 (Rec. 3099/05), se ha pronunciado sin fisuras estableciendo los siguientes criterios, respecto a los elementos materiales que han de darse para justificar la procedencia de las extinciones empresariales por causas objetivas, los cuales han sido aplicados por el Alto Tribunal al enjuiciar despidos producidos incluso tras la entrada en vigor del RD Ley 10/10 (SSTS 31/01/13, Rec. 709/12 ; 21/12/12, Rec. 199/12) y de la Ley 35/10 (STS 12/06/12, Rec. 3638/12):

1.- El puesto de trabajo del trabajador afectado por la medida tiene que haber sido amortizado de manera real y efectiva, lo que tiene lugar cuando se produce una disminución de los efectivos de la empresa por extinción de contratos de trabajo acordada por el empresario, aunque las funciones o cometidos laborales desempeñados antes por los trabajadores despedidos se asignen a otros trabajadores de la empresa o sean asumidos por el propio empresario, refiriéndose pues el Art. 52.c ET a una amortización orgánica propiamente dicha, relativa a un puesto de trabajo de la plantilla u organigrama de la empresa, y no a una amortización funcional o virtual, concerniente a las concretas tareas o trabajos que se desarrollan en la misma.

2.- Las causas objetivas que justifican la extinción contractual por circunstancias relacionadas con el funcionamiento de la empresa, pueden ser de una cuádruple naturaleza, si bien es posible la concurrencia conjuntamente de varias de ellas: a) económicas, que afectan a los resultados de la explotación; b) técnicas, que se manifiestan en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; c) organizativas, relacionadas con los sistemas y métodos de trabajo del personal; o d) de producción, vinculadas a la esfera de los productos que la empresa pretende colocar en el mercado.

Todo ello, en el bien entendido de que la concurrencia de la causa hace referencia a la aparición o irrupción en la vida empresarial de elementos que originen problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u varias de esas cuatro áreas en que despliega su actividad, y en el momento del despido sean objetivables y no meramente hipotéticos.



2.- En el plano probatorio, es al empresario a quien corresponde acreditar la realidad de las causas que influyen desfavorablemente en su funcionamiento, lo que requiere, no solo identificar de un modo preciso tales factores, sino también especificar y concretar el alcance de su repercusión en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador.

3.- La presencia de las causas económicas ha de ser valoradas en relación a la empresa o la unidad económica de producción, por lo que, en los casos de grupos de empresas a efectos laborales, no basta con la acreditación de su concurrencia en la empresa a cuya plantilla esté adscrito el trabajador, sino que ha de probarse también su presencia en las entidades empresariales que lo conforman, habida cuenta que en estos casos las empresas o sociedades agrupadas asumen la posición de único empleador y existe una titularidad conjunta de las relaciones de trabajo.

Por el contrario, el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción, es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento, siendo suficiente con que se acrediten en el ámbito en que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo, si bien la exigencia de la racionalidad de la medida extintiva puede comportar que se tomen en consideración las circunstancias de los restantes centros de trabajo de la empresa.

4.- La medida extintiva tiene que resultar razonable y proporcionada, y no constituir un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial, y además debe guardar una adecuada conexión de funcionalidad o instrumentalidad con el fin que justifica su adopción.

5.- El control judicial previsto en la ley para determinar si las extinciones contractuales decididas por la empresa resultan proporcionadas y razonables para lograr el fin establecido por la norma, se ha de limitar en este punto a comprobar si tales medidas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajustan o no al estándar de conducta del «buen comerciante»

C) La última modificación legislativa del régimen jurídico del despido objetivo se produjo con el RD Ley 3/12, ulteriormente convalidado por la Ley 3/12, que resulta aplicable a las extinciones contractuales producidas a partir del 14 de Febrero de 2012.

La nueva definición unificada de las causas que autorizan el despido objetivo contenida en el vigente Art. 51.1 ET, al que reenvía el Art. 52.c, es del siguiente tenor:

"Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas 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"

Con la vigente redacción de la norma reformada, se han introducido tres cambios respecto al texto anterior:

a) La definición de la causa económica omite la mención a la necesidad de que la situación negativa pueda afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo; b) Se ha eliminado igualmente la referencia a la exigencia legal de que la empresa acredite las causas; y c) Se suprime también el requisito de que empresarialmente se justifique que la medida extintiva contribuya razonablemente a preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado, cuando la causa del despido es económica, y a prevenir una evolución negativa o a mejorar su situación, mediante una más adecuada organización de sus recursos que favoreciera su posición competitiva en el mercado, o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, cuando se invocan causas técnicas, organizativas o de producción.

Tal y como se expresa en la Exposición de Motivos de las dos normas legales reformistas, su objetivo general es la flexiseguridad, avanzando en el propósito al que ya respondió la anterior reforma del año 2010, de eliminar la dualidad laboral y lograr un adecuado equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa incentivando la primera como medida alternativa a la destrucción de empleo mediante la potenciación de los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias que atraviesa la empresa, enmarcándose la modificación de la regulación del despido objetivo específicamente en la primera de las finalidades mencionadas.



Más singularmente, en lo que se refiere a las causas que han motivado dicho cambio normativo en el citado Preámbulo, se indica que existía en relación a los despidos objetivos una jurisprudencia y doctrina judicial en la que prevalecía su concepción meramente defensiva como mecanismo para afrontar graves problemas económicos, soslayando la función que está destinado a cumplir como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas.

Y, en cuanto al alcance que el legislador pretendió dar a la reforma en esa concreta materia, se dice que, se introducen innovaciones en el terreno de la justificación de estos despidos, cifándose la norma a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que los justifican, suprimiendo las anteriores referencias normativas que introducían elementos de incertidumbre al incorporar proyecciones de futuro de imposible prueba, y una valoración finalista, que había dado lugar a que judicialmente se realizasen juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa, señalando expresamente que "Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores "

D) Aunque atendiendo a la literalidad del nuevo Art. 51.1 ET , y a la rotundidad de los términos empleados en la exposición de motivos de la norma que introduce la reforma que acabamos de resaltar y subrayar, pudiera interpretarse que se han erradicado como requisitos para la legalidad de las extinciones contractuales por causas objetivas tanto la exigencia de su justificación finalista como de su razonabilidad, y que el ámbito del control judicial queda restringido a la verificación de la concurrencia de los factores o elementos de hecho que integran el concepto de las diversas causas objetivas establecido en la norma, concurren poderosas razones, que nos llevan a excluir que, tomando como guía hermenéutica los criterios establecidos en los Arts. 3.1 CC y 5.1 LOPJ , tal sea la correcta exégesis del precepto en su versión actual.

1) En cuanto a la justificación finalista y la razonabilidad de la medida extintiva, el derecho a la continuidad en el empleo y a no ser despedido sin justa causa, tiene dimensión constitucional, pues constituye una manifestación de la vertiente individual del derecho al trabajo ex Art. 35.1 CE , y, por tanto, debe rechazarse la interpretación apegada exclusivamente a la letra de la ley, que conllevaría una aplicación ampliatoria de derecho empresarial a amortizar puestos de trabajo contraria a los principios y valores constitucionales que se integran en el Estado social y democrático de derecho y abogan por el mantenimiento y estabilidad de la relación laboral (STS 29/11/10, Rec. 3876/09), y, respecto al alcance del control judicial de la procedencia del despido, su restricción legal a la fiscalización de la concurrencia de los hechos que conforman la causa objetiva, no solo atentaría a la propia esencia de la función jurisdiccional tal y como está configurada por el Art. 117.3 CE , reduciendo las facultades judiciales a la hora de calificar el despido a la realización de una actividad puramente mecánica de constatación de hechos, despojando a los órganos judiciales de su genuina función de resolver las controversias que se sometan a su conocimiento aplicando el derecho positivo al caso concreto, sino que pondría en juego el derecho fundamental del trabajador a la tutela judicial efectiva reconocido en el Art. 24 de la Norma Fundamental, dejándole inerte frente a decisiones patronales extintivas que pudieran incurrir en abuso de derecho o arbitrariedad no susceptibles de ser depuradas a través del correspondiente control jurisdiccional.

2) Desde la óptica de las normas internacionales, para la validez de la extinción del contrato de trabajo por necesidades de funcionamiento de la empresa, en la que se integra el despido por causas objetivas de tipo económico, técnico, organizativo o de producción, el Convenio 158 de la OIT, a cuyas disposiciones debe dar efecto nuestra legislación interna, no solo requiere la concurrencia de la causa, sino que además exige que esa causa sea justificada, (Art. 4), y, tal y como dispone el Art. 9 en sus apartados 1. y 3, el control judicial debe comprender el examen de las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y de todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y el correspondiente pronunciamiento sobre si la medida extintiva es justificada, lo que impide que la nueva normativa pueda prescindir del elemento de la justificación, proporcionalidad y suficiencia de la causa y reducir el ámbito del control judicial a la constatación de los hechos que la configuran.

3) No obstante el indudable valor del preámbulo de las normas, como elemento a tener en cuenta en su interpretación (STS 17/12/11, Rec. 38/12 ; STC 90/09), el mismo no tiene valor normativo alguno, y una lectura no parcial y sesgada, sino armónica e integradora de sus diversos apartados, nos lleva a entender que su nueva redacción tiene como finalidad esencial la de obviar en su texto la mención a factores y elementos susceptibles de generar incertidumbre jurídica por su dificultad probatoria, y evitar que la justificación del despido pueda hacerse depender de juicios de oportunidad, como en la misma se explicita de modo expreso.

El desmedido afán de la Exposición de Motivos por enfatizar la voluntad legislativa de desterrar las interpretaciones judiciales, que abiertamente critica, tildándolas de defensivas y basadas en criterios de valoración que iban más allá de la ponderación de la razonabilidad, adentrándose en el campo de la evaluación



de la propia gestión empresarial, ha comportado que, con una técnica legislativa manifiestamente deficiente, se dé un concepto absolutamente amplio, difuso e indefinido de las causas objetivas, que omite no solo la referencia al requisito finalista como elemento integrante de la justificación del despido, sino incluso la mención a la exigencia de prueba empresarial de las causas, de modo que, lo que se ha producido es el indeseado efecto perverso de incrementar la inseguridad jurídica, y crear más lagunas legales, lo que hace que con la legislación vigente el recurso a su integración a través de los criterios de la jurisprudencia y la doctrina judicial haya devenido mucho más necesario que con la normativa precedente.

4) Desde un punto de vista teleológico, no podemos perder de vista que, de una parte, el objetivo fundamental de la nueva regulación es el de potenciar las medidas de flexibilidad interna como instrumentos para adaptar las condiciones de trabajo a las concretas circunstancias de competitividad y productividad por las que atraviesa la empresa, de aplicación prevalente frente a las extinciones contractuales, y, de otra, que el despido objetivo continúa configurándose como una herramienta dirigida a equilibrar y corregir los excedentes de mano de obra provocados por situaciones sobrevenidas que afecten a la rentabilidad de la explotación empresarial o a la eficiencia de su estructura organizativa o de su proceso productivo, lo que nos lleva a concluir que resulta contrario al espíritu y finalidad que ha inspirado la reforma, entender que el despido objetivo haya perdido su función quedando desprovisto de justificación finalista, y, como corolario de ello el enjuiciamiento de su legalidad pueda realizarse sin someterlo a la superación del test de la razonabilidad de la medida extintiva para alcanzar el objetivo que está destinado a cumplir.

5) A idéntica solución se llega recurriendo a los cánones lógico y racional, pues no resulta acorde ni coherente con criterios de razonabilidad, que la extinción de la relación laboral por causas objetivas opere de manera automática, por la simple presencia de cualquier alteración en el proceso productivo, la estructura organizativa, la posición empresarial en el mercado respecto a sus competidores, el volumen de actividad y el nivel de ingresos, sin ponderar ni tener en cuenta la relevancia y trascendencia de los efectos que esos cambios hayan tenido en el funcionamiento normal de la empresa, ya que ello conduciría a la absurda conclusión de que cualquier variación menor en tales ámbitos legitimaría para amortizar puestos de trabajo, convirtiendo a dicho mecanismo, cuya finalidad es contribuir a superar dificultades ya actualizadas o prevenir el riesgo de que las mismas se materialicen, en una cuasiomnimoda facultad unilateral de la empresa para rescindir contratos de trabajo en detrimento de la estabilidad y el mantenimiento del empleo.

E) Por tanto, a pesar de que indudablemente el nuevo marco normativo ha introducido una devaluación causal del despido objetivo, que comporta tanto una flexibilización en el concepto de las causas que autorizan la adopción de las medidas de tal naturaleza, como una atenuación y suavización del requisito de la conexión de funcionalidad de la medida extintiva con el objetivo al que la misma se endereza, a nuestro juicio, ello no lleva aparejado que se haya eliminado la exigencia de que la medida extintiva resulte razonable para cumplir la función para la que legalmente está concebida sino que, dicho requisito se mantiene, si bien con menos rigurosidad, y su concurrencia debe ser objeto del correspondiente control judicial que ha de ceñirse a valorar si la extinción del contrato constituye un medio proporcionado y adecuado para hacer frente a los problemas de eficiencia y rentabilidad empresarial que con tal medida se tratan de corregir o mejorar.

Como consecuencia de ello, entendemos que ninguno de los criterios jurisprudenciales que hemos relacionado en el apartado B han perdido su vigencia sino que continúan siendo de plena aplicación en la actualidad.

En este caso, del inalterado relato fáctico se desprende que los codemandados conforman un grupo de empresas, habiendo sido D. Juan Antonio quien desde un principio ha venido explotando el complejo de Apartamentos Green Ocean, donde la actora y sus compañeros han venido prestando sus servicios.

Restaurantes Torre y Castillo S.L. explota desde 2008 el restaurante- buffet del complejo. Con anterioridad lo explotaba Torre y Castillo Explotaciones Turísticas S.A., empresa matriz de aquella. D. Juan Antonio y Dña. Marcelina son sus administradores.

En coherencia con la naturaleza de la explotación hotelera, la carta de cese incluye el análisis pormenorizado de la situación económica de la totalidad de dicha explotación realizada por el empresario D. Juan Antonio (hecho probado 6º), así como las específicas del Complejo Green Ocean. En consecuencia ha de entenderse que la información incluida en la referida comunicación resulta completa y exhaustiva a los fines pretendidos, sin necesidad de unas cuentas consolidadas cuya existencia y presentación habría de tener lugar en las circunstancias previstas en los artículos 42 y siguientes del Código de Comercio .

Y como razona el Magistrado a quo, ha quedado acreditada aquí la existencia de pérdidas tanto actuales como previstas en la explotación empresarial, puesto que durante el periodo 2008 a 2011 las pérdidas anuales fueron de -90.811, 41; -146.590, 56 ; -139.444, 97, y -82.029, 32 , respectivamente, habiendo ascendido hasta julio de 2012 a -53.448, 43 , lo que evidencia un importe superior a la finalización de dicho ejercicio. Por otro lado, los



porcentajes de ocupación han pasado de un 76% en 2007 a un 60% en 2011, lo que implica una disminución persistente en su nivel de ingresos justificativa de aquellas pérdidas.

Constatada así la negativa situación económica de la empresa, no cabe apreciar el fraude denunciado, amparado en el hecho de haberse pactado con efectos de 1-8-2012 la conversión de los contratos de fijos a fijos discontinuos, pues como igualmente razona el Magistrado a quo constituyó una medida complementaria para coadyuvar a la recuperación económica de la empresa.

Por todo ello, ha de concluirse que el cese de la trabajadora resultó conforme a Derecho (artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores) con las consecuencias previstas en el artículo 53.5 del Estatuto de los Trabajadores Y habiéndolo entendido así la sentencia impugnada ha de ser confirmada con desestimación del recurso interpuesto.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Flor contra la Sentencia dictada el día 18 de enero de 2013 por el Juzgado de lo Social número 10 de Las Palmas de Gran Canaria , debemos confirmar como confirmamos dicha Sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230 , presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en la entidad de crédito de BANESTO c/c nº 3537/0000/37/0471/13 , pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

0030-1846-42-0005001274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

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