



Roj: **STSJ CAT 10139/2013 - ECLI:ES:TSCAT:2013:10139**

Id Cendoj: **08019340012013106717**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2013**

Nº de Recurso: **3854/2013**

Nº de Resolución: **6745/2013**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08121 - 44 - 4 - 2012 - 8030996

EL

ILMO. SR. JACOBO QUINTANS GARCIA

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 18 de octubre de 2013

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 6745/2013

En el recurso de suplicación interpuesto por Daniel frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Mataró de fecha 21 de enero de 2013, dictada en el procedimiento Demandas nº 523/2012 y siendo recurrido/a Teca-Print Iberica, S.A. y Fondo Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de junio de 2012, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 21 de enero de 2013, que contenía el siguiente Fallo:

"DESESTIMAR la demanda interposada pel treballador demandant Don. Daniel, i dirigida contra l'empresa "TECA - PRINT IBÉRICA, SA", DECLARANT PROCEDENT l'acomiadament del treballador amb efectes des del dia 30 de maig de 2012 i amb ABSOLUCIÓ de l'empresa demandada de les reclamacions formulades en la seva contra, sense perjudici del dret del treballador i l'obligació de l'empresa de rebre el primer i satisfer la segona la diferència indemnitzatòria no pagada en el moment de l'acomiadament, 2.278'04 euros.

Respecte el FOGASA, procedeix la seva absolució, sense perjudici de les responsabilitats legals que en el seu cas li puguin correspondre."



SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMER.- El treballador Daniel va iniciar prestació de serveis per compte i sota la dependència de l'empresa "TECA - PRINT IBÉRICA, SA", dedicada a la compra, venda, disseny, fabricació i comerç de maquinària de tampografia i arts gràfiques i amb centre de treball a la localitat de Vilassar de Mar, en data 26 de gener de 1.999, ostentant la categoria d'oficial de 1ª i sense ocupar càrrec de representació. La contractació es va fer inicialment amb l'empresa "XDP 1887, SL" en la posició de la qual es va subrogar l'empresa ara demandada en data 1 de gener de 2000.

SEGON.- El treballador rebia salari monetari per quantia mensual de 1.609'18 euros i salari en espècie referit a un vehicle quantificat des del 2008 en la quantia de 100 euros mensuals en la nòmina del treballador. Per això, l'empresa considera que el salari del treballador, amb inclusió de prorrata de pagues extres, ha de ser de 1.709'18 euros, mentre que el treballador considera que ha de ser de 1.881'31 euros, aplicant un salari en espècie de 272'13 euros, quantia aquesta no discutida subsidiàriament per l'empresa.

TERCER.- Respecte la titularitat del vehicle, un Toyota Aigo matrícula VQC , que es troba a nom del treballador, les parts estan en conflicte, havent interposat l'empresa una querella criminal contra el treballador per suposada apropiació indeguda.

QUART.- En data 30 de maig de 2012 l'empresa entrega al treballador demandant carta d'acomiadament per causes objectives, donant-se el seu contingut totalment per reproduït, sense perjudici de destacar que en ella l'empresa, dedicada a la compra, venda, disseny, fabricació i comerç de maquinària de tampografia i arts gràfiques, explica bàsicament que decideix extingir el contracte de treball del Sr. Daniel per causes econòmiques i productives que concreta en la constant reducció durant els darrers anys de la xifra de facturació amb la conseqüent situació de pèrdues continuades i que no ha pogut ser solucionada a pesar de diverses mesures adoptades en el sí de l'empresa, com ara la reducció dels costos en infraestructures o el tancament de la sucursal de Portugal, de forma que considera procedent afrontar també la necessària reducció de costos de personal, considerant adient amortitzar el lloc de treball del sr. Daniel tenint en compte que les funcions d'oficial de 1ª pràcticament han desaparegut.

CINQUÈ.- En el moment de l'acomiadament, l'empresa entrega al treballador la indemnització de 20 dies de salari per any treballat de 13.007'96 euros.

SISÈ.- Entre el germà del demandant, Ruperto , i l'empresa demandada, ja es va seguir litigi en impugnació de l'acomiadament per idèntiques causes del primer, havent-se dictat sentència en el Jutjat Social 1 de Mataró en data 11 d'octubre de 2012, la qual consta com a document 1 de l'empresa. En aquest sentència, no ferma, es declara com a fet provat que l'empresa demandada va veure reduïda la seva xifra de facturació entre el 31 de desembre de 2010 i el 31 de desembre de 2011, passant d'una xifra de 1.529.321'28 euros a una xifra de 1.073.780'07 euros, caient en els dos exercicis en situació de pèrdues econòmiques, amb un resultat negatiu a finals de 2010 de 177.507'02 euros i a finals de 2011 de 162.498'20 euros.

SETÈ.- Les xifres de vendes, 1.529.321'28 euros, i pèrdues, 177.507'02 euros, de l'any 2010 ja van quedar constatades en la resolució de l'ERO de data 23 de setembre de 2011 en la que s'autoritzava a l'empresa a suspendre els contractes de treball de 7 treballadors per un termini de 180 dies.

VUITÈ.- En el tercer trimestre del 2010 l'empresa obté 381.310'97 euros en vendes, mentre que en el tercer trimestre del 2011 la xifra és de 240.836'76 euros; en el quart trimestre del 2010 l'empresa obté 397.922'04 euros en vendes, mentre que en el quart trimestre del 2011 la xifra és de 215.068'24 euros; i en el primer trimestre del 2011 l'empresa obté 291.743'49 euros en vendes, mentre que en el primer trimestre del 2012 la xifra és de 277.432'44 euros.

NOVÈ.- L'any 2011 l'empresa té una xifra de vendes de 1.073.780'07 euros i unes pèrdues de 162.498'20 euros.

DESÈ.- Quan l'empresa acomiada al treballador Daniel , havia esgotat el termini de suspensió dels contractes respecte ell i el seu germà.

ONZÈ.- En data 13 de juliol de 2012 es va celebrar sense avinença la prèvia conciliació entre les parts, havent-se presentat la papereta de conciliació el dia 13 de juny de 2012 i demanda judicial el dia 25 de juny de 2012."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte demandada TECAPRINT IBÉRICA, SA, a la que se dió traslado impugnó , elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora, D. Daniel , interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 19/2013, dictada 21/01/2013 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Mataró en los autos seguidos por despido nº 523/2012 en cuya virtud, se desestima la demanda interpuesta por el trabajador frente a TECA-PRINT IBÉRICA S.A declarando procedente el despido del trabajador con efectos desde 30/05/2012 y absolviendo a la empresa demandada, sin perjuicio del derecho del trabajador y la obligación de a empresa de recibir el primero y satisfacer la segunda la diferencia indemnizatoria no abonada en el momento del despido (2.278,04 euros).

El recurso ha sido impugnado por la representación legal de la parte demandada TECA-PRINT IBÉRICA S.A (en adelante TECA)

SEGUNDO .-En el primer motivo del recurso, al amparo del art .193 b) LRJS , la recurrente solicita **la revisión de los hechos probados segundo, sexto, décimo y la supresión de los hechos probados octavo y noveno.**

Para que prospere la revisión de un hecho probado deben concurrir los siguientes requisitos:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo (STS 4 octubre 2007)

-Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis

-Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.

- El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia -

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación. Valgan por todas las Sentencias de esta Sala números 7.421/93 de 29 de diciembre ; 4.193/94, de 13 de julio y 964/95, de 11 de febrero .

Sentadas tales premisas, entramos en el análisis de cada uno de los motivos revisorios de los hechos.

En cuanto a la revisión del hecho probado segundo, la misma se funda en los documentos obrantes a los folios 52,55-58,59-61,64 y el documento obrante al folio 496. En el miso se quiere añadir que a parte dl salario en especie referido a un vehículo que recibía en nómina mensualmente por el importe de 100€, le correspondían 172,13 euros al mes que no constan en nómina, cuantía ésta que no discutiría la empresa. **El motivo ha de ser rechazado** , puesto que en el fundamento de derecho sexto se ventila la cuestión sobre la diferencia de la cuantía que en salario en especie que recibía el trabajador: 100 euros conforme afirma la empresa y consta en nómina, frente a 272,13 euros como sostiene la demandante, no constando los 172,13 euros de diferencia en la nómina. La sentencia, valorando el documento nº 7 el trabajador (cálculos del importe del salario en especie), junto con el interrogatorio del representante de la empresa, concluye que el salario está bien calculado y se corresponde con 100 euros mensuales, conclusión que la Sala no puede sino compartir, dado que no se advierte error alguno en la valoración de los documentos que cita la recurrente, sino una valoración jurídica diversa basada, de añadido, en pruebas documentales e interrogatorio de parte, prueba esta última cuya valoración no tiene acceso al recurso de suplicación por la vía de la revisión de hechos del art. 193b) LRJS , razones todas ellas que abonan la desestimación del motivo de recurso.

En cuanto a la revisión del hecho probado sexto , la redacción alternativa que propone ya consta en el hecho probado y no se cita ninguna razón que abone la supresión del resto del hecho probado, por lo que el motivo ha de ser rechazado.

En lo que atañe al hecho probado décimo , en que se pretende que conste que cuando se agotó el período de suspensión de contrato del trabajador, aún estaba vigente la suspensión de otros trabajadores, la adición propuesta es totalmente anodina, toda vez que la misma ya consta, con valor de hecho probado en el segundo párrafo del fundamento de derecho quinto de la resolución recurrida.



En fin, hay que rechazar la supresión de los hechos probados octavo y noveno, puesto que el recurrente se limita a afirmar que su contenido de tales hechos no ha quedado probado ni por la documental, ni por la testifical ni por la pericial; olvidando así que éste no es un recurso de apelación sino un recurso extraordinario en que la revisión fáctica sólo procede en los casos tasados por el art.193b) LRJS, sin que la Sala pueda entrar a valorar ex novo la prueba testifical, pericial y documental que con carácter genérico cita el recurrente.

TERCERO- El recurrente, al amparo del art.193 c) LRJS), aduce la infracción de las siguientes normas sustantivas: art.52.1 , 52.c) y 53 ET . Desglosa su pretensión en 3 motivos:

- 1) Error inexcusable en el cálculo de la indemnización
- 2) Falta de prueba de las causas económicas
- 3) La empresa, aunque fuera cierto que continúa con pérdidas, son decrecientes y de menor cuantía y con un ERO de suspensión vigente, no podría estimarse procedente el despido.

La impugnante se opone a los tres motivos, proponiendo la confirmación de la resolución recurrida.

1) Error inexcusable en el cálculo de la indemnización : la empresa pone a disposición del trabajador 13.007,96 euros, reconociéndose por la resolución recurrida una indemnización de 2.278,04 €, que se debe, según reconoce la propia empresa a un error de cálculo al haber tenido en cuenta una antigüedad del trabajador inferior en 2 años a la que correspondía. En cuanto a la diferencia debida al supuesto mal cálculo del salario en especie, la misma no puede entrar a valorarse pues ha sido desestimada en la instancia y en sede de recurso la Sala no ha admitido la revisión fáctica sobre el particular, de forma que el Salario en especie fue bien calculado.

En tal tesitura, hay que traer a colación la doctrina de la Sala IV sobre el particular, en concreto, la STS de 17 diciembre 2009 RJ 2010\2142, que se refiere al art.56.2 ET , pero que es aplicable a la noción de "excusable" que contiene el art.53.4 ET .

"La doctrina de la Sala, respecto a los efectos que produce la realización del depósito previsto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores , cuando la cantidad depositada es inferior a la que se debió depositar, puede resumirse de la siguiente manera:

a) No todas las diferencias cuantitativas permiten llegar a la conclusión de que la consignación esté mal hecha, pues admitido en su estricta literalidad conduciría a hacer ineficaz el precepto (STS 15-4-98).

b) En su consecuencia debe aceptarse cumplido el mismo cuando se produce algún error de cuantía, pero distinguiendo, según se trate de un error excusable , en cuyo caso la diferencia no impide entender cumplido el precepto, y un error inexcusable o injustificado, en cuyo supuesto debe estimarse incumplido el precepto en cuestión (STS 24-4-00 (RJ 2000, 4795)).

c) Los datos que permiten calificar un error como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro y habrán de ser ponderados en cada caso, en el decir textual de la STS de 19-6-05 (sic) (RJ 2003, 5408) , que señala que un indicio de error excusable es la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar, diferencia achacable en ocasiones a error de cuenta, cuya probabilidad se acrecienta por la complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas. Otro indicio de error excusable es la coincidencia del cálculo de la empresa en la cantidad a consignar con el efectuado por el Juez de lo Social en la sentencia de instancia; otra causa de error de consignación insuficiente excusable es la dificultad "jurídica" del cálculo de las indemnizaciones, en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una "discrepancia razonable". En tal caso el error no invalidará el efecto interruptivo de los salarios de tramitación, pero deberá ser corregido mediante el abono de la diferencia realmente resultante.

Pues bien, **en el caso de autos** el error es de 2.278,04 euros, sobre un total 15.286 euros, lo cuál no alcanza el 15 % del total; se debe al error en el cómputo de la antigüedad de 11 años y 5 meses en lugar de 13 años y cinco meses, pero no por un mero error de cálculo y no por dejar de computar algún contrato o período computable.

El trabajador denuncia el error por equivocación en el salario, que no incluiría la totalidad del salario en especie por utilización del vehículo y error en la antigüedad . Si, como pretende la recurrente, el error se debiera a las diferencias en la cuantía del salario en especie , consistentes en el valor de utilización del vehículo, dicho error habría de considerarse excusable (STS 07/02/06); pero, como hemos visto, no existe error alguno, pues el salario en especie está bien valorado por la resolución recurrida, sin que se haya alterado en esta alzada.

En cuanto a la diferencia en la antigüedad, la misma es un error aritmético, como se evidencia que la empresa reconoce en las nóminas la antigüedad de 26/01/99, anterior a la subrogación de la empresa el 01/01/00, y no obedece, por tanto, a un ánimo defraudatorio, de forma y manera que de ser ello así la diferencia sería de apenas un año (desde 26/01/99 en que se le contrata a 01/01/00, en que se subroga) y no de dos años. Por tanto, dada la escasa cuantía del error y la inexistencia de una falta de diligencia inexcusable, procediendo el error de una



equivocación en el cálculo, es obvio que el motivo ha de ser rechazado, confirmando la resolución recurrida, pues la eventualidad de sufrir un error aritmético en el cálculo de las indemnizaciones no es descartable incluso cuando se ha aplicado la diligencia debida, y una interpretación excesivamente rigorista de la que resulte que la indemnización que el empresario ha de poner a disposición del trabajador ha de ser siempre y en todo caso exacta, debe ser descartada, optando por el criterio de buena fe, que ha de regir las relaciones laborales (Vid SSTs 19/06/03, RJ 5408/04 ; 07/02/06, RJ 4385 ; 10/06/07 , RJ 107/08), que nos lleva a concluir que en este caso el error, que existe, fue excusable.

2) Falta de prueba de las causas económicas: el recurrente considera que no han quedado acreditadas las causas económicas, sin embargo las mismas constan en los hechos probados sexto a noveno, que han resultado inalterados en esta alzada, por lo que **el motivo ha de ser rechazado.**

En efecto, el despido se produce el 30/05/2012 y consta:

1) una reducción persistente del nivel de ventas en tres trimestres consecutivos anteriores al despido (vid hecho probado octavo).

3T 2010: 381.310,97 euros

3T 2011: 249,836,76 euros

4T 2010: 397.922,04 euros

4T 2011: 215,068,24 euros

1T 2011: 291,743,49 euros

1T 2012: 277,432,44 euros

2) Pérdidas persistentes:

Pérdidas 2010: 177.507,02 euros

Pérdidas 2011: 162.498,20 euros

Por tanto, **la causa queda cumplidamente acreditada** con la documental y pericial aportada por la empresa, sin que el recurrente pueda cuestionar, en sede de censura jurídica, la aptitud y suficiencia de dichas pruebas para acreditar las cifras antes expuestas. Así, el carácter no oficial del documento y la existencia de unos supuestos desfases entre lo peritado y lo documentado, no pueden ser hechos valer en esta sede, donde el recurrente ha de partir del hecho probado para discutir si se ha producido o no la infracción jurídica que denuncia, motivos por los cuales el recurso ha de ser desestimado.

3) Falta de proporcionalidad de la medida extintiva.

El recurrente considera que la medida extintiva es desproporcionada por dos razones: la primera es que, aún reconociendo la existencia de pérdidas, las mismas son menores y de tendencia decreciente; y la segunda, la vigencia de un ERO de suspensión de contratos vigente respecto de otros trabajadores, que haría innecesario el despido.

Una vez fijado el objeto de gravamen, hay que partir de que **el despido se produce el 30 de mayo de 2012**, por tanto, bajo la **vigencia del Real Decreto-ley 3/2012** , de 10 de febrero, que se inicia el 7 de febrero de 2012 y termina el 7 de julio de 2012.

En este sentido, el art.51.1 ET , en la redacción dada por dicha norma, dispone: *"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 o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos"*

El art.53.4 ET , dispone que «La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente.»

Veamos pues la comparación del antes y el después en la justificación del despido colectivo:

Antes del RD-ley 3/12 la justificación del despido pasaba por tres elementos :

a) **El supuesto de hecho** que determina el despido: la situación económica negativa, los cambios productivos, técnicos u organizativos. "En todo caso es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa, lo que supone -de un lado- la identificación precisa de dichos factores, y - de otro- la concreción de su incidencia en las esferas



o ámbitos de afectación señalados por el legislador (en este sentido, la STS 14/06/96 -rcud 3099/95-) (STS 29-11-10 -rcud 3876/09).

b) **La finalidad** que se asigna a la medida extintiva adoptada: atender a la necesidad de amortizar puestos de trabajo con el fin de afrontar la situación económica negativa o los cambios técnicos, organizativos o productivos.

c) **La conexión de funcionalidad** o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna. Según ha dicho el Tribunal Supremo refiriéndose a la causa económica, no se puede presumir "que la empresa, por el solo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados, pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores". (...) Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación [económica negativa] y la medida de despido" (SSTS 29/09/08 -rcud 1659/07 -; 27-4-10 -rcud 1234/09 -).

Tras el RD-Ley 3/2012 no se trata de lograr objetivos futuros, sino de adecuar la plantilla a la situación de la empresa, por lo que la justificación del despido ahora es actual.- El cómo afecten las extinciones al devenir de la organización productiva a partir de las mismas es una cuestión de estrategia empresarial que exigiría un juicio de oportunidad relativo a la gestión de la empresa que el legislador expresamente desea erradicar de la labor de supervisión judicial (vid. Exposición de motivos del RD-ley 3/12).

La nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o 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. - Por el contrario, deberá acreditarse que el despido es procedente para corregir desajustes en la plantilla, **lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva.**

La prueba, exigida al empresario, requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios.

Así pues, la justificación del despido exigirá la superación de tres fases por las empresas:

a. - **Acreditar la causa** : la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado, o bien causas organizativas o técnicas. (causas ETOP)

b. - **Determinar la conexión de funcionalidad**, es decir, en qué modo las causas ETOP inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir. Lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva. En dicha conexión tienen un peso específico decisivo los criterios de selección de los trabajadores afectados. Ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 de la OIT.. La necesidad de adecuar las causas y sus efectos sobre los trabajadores afectados, se refuerza por la regulación, contenida en los arts. 22.3 y 24.4 RD 1362/2012, de 27-09, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos.

Así, la STSJ Andalucía 29/11/2012; Nº Recurso 8/2012, afirma que antes de la reforma de la Ley 3/12, conforme el TS en Sentencia 19.1.1998, correspondía en principio al empresario la selección de los trabajadores que deben verse afectados por la extinción y su decisión, solo será revisable por los órganos judiciales, cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios.

Después de la Ley 3/12 la razonabilidad de la medida debe ser acreditada más si la misma ha sido cuestionada en el escrito de demanda, resultando en consecuencia necesario, la identificación o designación por parte de la empleadora de los criterios de selección del trabajador o trabajadores (en caso de despido plural) que han de verse afectados por la medida, como presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación del despido, puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva como considera igualmente SAN 15.10.2012 que acaba concluyendo por ello, que la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo que justifican su extinción, y aquí es donde cobran especial protagonismo, los



criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido, puesto que su identificación tiene que estar relacionada con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada.

c. - **Proporcionalidad:** consiste en la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad. Hay que razonar la medida de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios

En este sentido: SAN 28/09/10 núm. 106/2012 AS 2012\2515; SAN de 15/10/2012, N° de Recurso 162/2012 SAN 18/12/10 núm. 166/2012 JUR 2013\18776, 04/04/2013, N° de Recurso 66/2013; y que ha sido seguida por diversos TSJ: STSJ Galicia 29/10/2012, N° de Recurso 14/2012 ; , STSJ Castilla La Mancha 16/04/2013. N° Recurso 16/04/2013 , STSJ Canarias 26/02/2013, N° Recurso 18/2012, STSJ Madrid 11/07/2012, N° Recurso. 32/2012 , STSJ Madrid 09/04/2013, N° Recurso 18/2013

Pues bien, partiendo de esta última línea doctrinal, **en el caso de autos** la situación económica negativa resulta indiscutible y consta en los hechos probados sexto a noveno. La conexión de funcionalidad no se ha discutido por el ahora recurrente y la proporcionalidad, requiere poner en conexión la entidad de la causa y la medida extintiva. Así, si bien es cierto que existe un ERE suspensivo de 7 contratos por un período de 180 días, no es menos cierto que dicha medida de flexibilidad externa y menos gravosa que el despido, ha sido insuficiente para situar a la empresa fuera de la zona de pérdidas, reduciendo las mismas, pero en escasa cuantía. Por otro lado, la medida extintiva se produce respecto del recurrente, cuya suspensión del contrato había finalizado y, por tanto, respecto del mismo, se habían intentado medidas menos gravosas para evitar el despido, sin que las mismas hayan sido suficientes para sacar a la empresa de la situación de pérdidas, por lo que el contrato de trabajo ha devenido superfluo en términos económicos (Vid SAN 04/04/2013, N° Rec. 66/2013).

Además, consta que la situación económica de la empresa desde la adopción de las medidas de suspensión de contratos no ha mejorado desde 2010 a 2011, puesto que se han reducido las ventas, y las pérdidas se han reducido, pero en escasa cuantía.

ventas: 1.529.321,28 euros

pérdidas : 177.507,02 euros

En 2011 pasan a ser de:

ventas. 1.073.780,07 euros

pérdidas: 162,498,20 euros

Por ello, a fecha de despido, dada la tendencia decreciente de las pérdidas, que persisten, es proporcionado y razonable entender que la extinción del contrato de trabajo, que tendrá el mismo efecto que la suspensión, aunque de forma definitiva para la empresa, es una medida adecuada a la situación económica y productiva de la empresa, que no tiene perspectivas de mejorar a corto o medio plazo y que intentando medidas de flexibilidad externa menos gravosas, las mismas son palmariamente insuficientes para mantener la rentabilidad económica del contrato.

Por todo lo expuesto, procede la íntegra desestimación del recurso; sin costas conforme al art.235 LRJS

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D. Daniel frente a la sentencia nº 19/2013, dictada 21/01/2013 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Mataró en los autos seguidos por despido nº 523/2012 que confirmamos en su totalidad.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .



Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDO