



Roj: **STS 2232/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2232**

Id Cendoj: **28079149912016100014**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **20/04/2016**

Nº de Recurso: **105/2015**

Nº de Resolución: **304/2016**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Abril de dos mil dieciséis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Letrado Don José Antonio Serrano Martínez, en nombre y representación de la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE LA UGT-MADRID, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 9 de junio de 2014, en actuaciones nº 228/2014 seguidas en virtud de demanda a instancia de la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE UGT MADRID y FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA (FSC-CCOO) contra TOMPLA SOBRE EXPRES S.L., sobre Despido Colectivo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE UGT MADRID y FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA (FSC-CCOO) se planteó demanda de Despido Colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictara sentencia "declarando NULOS los 117 despidos producidos por incumplimiento de los defectos formales puesto de relieve en el cuerpo de este escrito o subsidiariamente no ajustados a derecho, con las consecuencias previstas legalmente, al no concurrir causa legal habilitante de los despidos practicados dada la desproporción del número de extinciones."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 9 de junio de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos la demanda interpuesta por la representación letrada de la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE UGT-MADRID (FES-MADRID) y la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA (fsc-CC.OO.) contra TOMPLA SOBRE EXPRESS S.L., en materia de DESPIDO COLECTIVO, y declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva de la empresa."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: **1º.-** La empresa TOMPLA SOBRE EXPRES, SL fue constituida ante notario de Torrejón de Ardoz José María Piñar Gutiérrez, el 22 de febrero de 1991, nº de protocolo 711, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, al tomo 900, folio 80, hoja M-18049 inscripción primera con CIF nº B- 79942215(folio 43 y ss del expediente), con domicilio en Alcalá de Henares. Su objeto social es la fabricación de sobres y bolsas de papel por encargo. La sociedad forma parte de un grupo cuya cabecera es Grupo PRINTEOS S.A. y es esta sociedad la que formula cuentas consolidadas anuales (folio 73 del expediente). Cuenta además de con la fábrica sita en Alcalá de Henares, con dos oficinas comerciales en España (Madrid y Barcelona) que son centros de trabajo del equipo de vendedores y del personal administrativo y comercial; dispone asimismo de una red de filiales comerciales en Europa para dar servicio a sus clientes europeos. (Folio 63 expediente adv. /Memoria). Tompla UK (mercado inglés) fue deficitaria , y fue vendida por la dirección de la sociedad a un fabricante local (folio 5 del informe pericial).



2º.- En la actualidad su plantilla está compuesta de 471 empleados, distribuidos en tres centros de trabajo : Alcalá de Henares con 431 personas, Delegación Comercial de Madrid con 20 personas, delegación comercial de Barcelona con 15 personal y 5 personas como representantes comerciales en otras provincias(folio 63 expediente advo/ memoria.). 3º.- Con fecha 10 de enero de 2014 la empresa TOMPLA SOBRE EXPRES, SL (en adelante TOMPLA) comunicó a la representación de los trabajadores, su decisión de iniciar el periodo de consultas para la tramitación de un expediente de despido colectivo que implicaría asimismo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y que iría acompañado asimismo de un ERTE (folios nº 48 a 51 del expediente administrativo), con el objetivo de llevar a cabo la extinción de 132 contratos de trabajo de la plantilla, motivada por causas económicas, productivas y organizativas que contemplarían medidas de suspensión de contratos de trabajo , que afectarían al centro de trabajo de la empresa de Alcalá de Henares (fabrica y oficinas centrales), al amparo del artículo 41.4 , 41.7 y 51.2 del ET , y les emplaza a mantener una reunión de negociación el 20 de enero de 2014 a las 10 horas, en el salón de actos de la empresa. El 17 de enero de 2014 el pleno del comité de empresa constituye la comisión Negociadora como órgano colegiado y su composición, de conformidad con los artículos 41.4 , 47.1.4 y 51.2 del ET .(folio 16 exp). 4º.- Con fecha de registro de entrada de 21 de enero de 2014, Olegario, en calidad de Director de RRHH de la demandada TOMPLA, presentó en la Dirección General de Trabajo - Consejería de Empleo y Mujer solicitud de expediente de regulación de empleo. Junto con la comunicación a la Autoridad Laboral, adjuntó la comunicación del inicio del período de consultas preceptivo, antes de proceder al despido colectivo de ciento treinta y dos trabajadores, copia de la solicitud de emisión de informe a la representación de los trabajadores, el listado nominativo de los trabajadores afectados por el expediente, así como los documentos a que refiere dicha comunicación y que damos por reproducidos (folio 6 del expediente administrativo). 5º.- El 20 de enero de 2014 se comunica formalmente la apertura del periodo de consultas a la representación de los trabajadores, y se constituye la comisión negociadora (folio 8 y 960- 963 del expediente administrativo); en el acta levantada consta el traslado a la interlocución de los trabajadores de la documentación preparada por la demandada. En el acta referida consta la manifestación de la parte social en el sentido que sigue "en principio no les parece adecuada la presentación simultanea del procedimiento de despido colectivo y el ERTE " y asimismo consta que " las partes están de acuerdo en la interrelación entre ambos por lo que la parte social propone posponer a la siguiente reunión el posible consenso sobre la duración y calendario del periodo de consultas en relación al ERTE "(folio 962 del exp). 7º.- En la Memoria justificativa se hace constar que las causas son económicas, organizativas y productivas y fundamentada en cuanto a la causa económica "perdidas actuales ... así como a la disminución persistente en el nivel de ingresos ... que se producen los tres trimestres del año actual en comparación con los mismos trimestres naturales del año actual en comparación con los mismos trimestres del año anterior , como asimismo persiste en los meses de octubre y noviembre ... siendo la evolución de las cifras de ventas en los últimos años la siguiente :

Evolución de ventas

2010 2011 2012 2013 PROVISIONAL %2013/2012 PREVISIÓN 2014

% 2014/2013

88168 83.508 71.524 63.348 -11,43 48.353 -23,67%

(...) el resultado de explotación (Folio nº 69 del expediente administrativo). En cuanto a las causas organizativas y productivas se indica en la memoria justificativa (folio 79 exp) que las consecuencias de la crisis económica fundamentalmente sobre el mercado español y europeos ha llevado paulatinamente a la reducción de la producción de sobres en torno a un 18% en los últimos 4 años ; evolucionando las cifra de producción de la Planta de Alcalá indicándose las cifras que siguen (folio 79 exp) :

2010 2011 2012 2013 (PREV) % 13/14

Planta central 1.149.924 1.116.48 949.363 913.891 -20,25%

DAP 3.261.964 3.052.908 3.052.908 2.671.328 -18,11%

Total

PC+dap 4.411.889 4.409.457 4.002.272 3.585.219 -18,73%

SET 473.888 448.295 364.982 319.619 -32,55%

Se revela por la demandada que a consecuencia del desequilibrio entre las capacidades previstas de producción en el año 2014 con las posibilidades reales de venta en ese periodo, la memoria indica (y no se discute) que el ritmo de descenso de la demanda genera una situación de sobrecapacidad de producción que de mantenerse la estructura actual se provocaría a corto plazo el ahogo financiero de la empresa"(folio 80 exp). 8º.- La Inspección de Trabajo emite informe en el expediente de regulación de empleo (extinción



de contratos) el 12 de mayo de 2014, que se tiene por reproducido; en el mismo se indica que se adjunta como anexo informe respecto a la actividad mediadora de la inspección, expresivo de las negociaciones desarrolladas y de las posturas observadas en el curso de las mismas. Dicho anexo no consta firmado por el informante (folio 216 a 226 de las actuaciones). Obra a los folios 227 a 228 de autos informe de la Inspección de Trabajo relativo al expediente colectivo de suspensión de empleo por causas económicas, organizativas y de producción nº 49/2014, que afectaba a 431 trabajadores teniéndose por reproducido y del que debemos destacar la declaración efectuada de caducidad por las causas que en el mismo se indican. 9º.- El periodo de consultas se desarrolla con un total de 7 reuniones celebradas los días 29 de enero, 5, 11, 18 de febrero, 19, 20 y 21 de febrero (folios 960 y ss del expediente administrativo). Reunión de 5 de febrero de 2014 la empresa propone establecer las condiciones indemnizatorias de 23 días por año con un tope de 13 mensualidades (folios nº 976 a 979 del expediente administrativo, que se dan por reproducidos). Reunión de 11 de febrero de 2014 la sección sindical de CTI-CSI propuso a la empresa que ampliase la duración del plan de recolocación externa a 12 meses, propuesta apoyada por UGT y CC.OO., afirmando la empresa que se ampliaría el plan de recolocación externa a 9 meses y que estaba dispuesta a valorar la ampliación a 12 meses (folios nº 976 a 985 del expediente administrativo, que se dan por reproducido). Reunión del 18 de febrero de 2014, UGT y CC.OO. solicitan a la empresa que retire el ERTE, insistiendo en su voluntad de negociación de las medidas suspensivas en el seno del expediente de extinción (folios nº 987 a 993 del expediente administrativo, que se dan por reproducidos). Reunión del 19 de febrero de 2014, a las 19:30 horas, la propuesta de la empresa es amortizar 128 trabajadores, indemnización de 26 días por año con un tope de 14 mensualidades y otras propuestas que constan en el folio nº 148 del expediente administrativo que se da por reproducido. En la reunión que tiene lugar a las 15:30 horas, la empresa propone 117 despidos, 30 jornadas de suspensión como máximo por persona y 28 días de indemnización, con un tope de 16 mensualidades (folios nº 1005 a 1009, del expediente administrativo que se dan por reproducidos). Reunión del 20 de febrero 2014, a las 00:45 horas la propuesta de la empresa pasaba por amortizar 124 trabajadores, indemnización de 27 días por año con un tope de 14 mensualidades y otras propuestas que constan en el folio nº 149 del expediente administrativo, que se da por reproducido). Ese mismo día a las 06:08 horas expresa como última propuesta 117 despidos, 30 jornadas de suspensión como máximo por persona y 28 días de indemnización con un tope de 16 mensualidades (folios nº 1002 y 1003, del expediente administrativo que se dan por reproducidos). El 21 de febrero de 2014 se levanta acta de no acuerdo en relación con el fin del período de consultas del procedimiento de despido colectivo con modificación sustancial de las condiciones de trabajo y en el que se recoge la comunicación de la última propuesta de la empresa a la parte social en los siguientes términos: "*Proponer dejar el nº de despidos en 109.*

-Plan de recolocación externa de 12 meses de duración.

-25 jornadas de suspensión como máximo por persona con compensaciones económicas similares a las ofrecidas en 2013.

-Condiciones indemnizatorias de 30 días con un tope de 17 mensualidades. Se añadiría un mes a las personas con más de 50 años y dos meses para las personas mayores de 55 años.

Dicha propuesta es votada por la Comisión Negociadora con el resultado de 9 votos en contra y 4 a favor." (folios nº 143 a 146 del expediente administrativo, que se dan por reproducido). 10º.- Las unidades de sobres producidas durante los trimestres de los ejercicios 2012 y 2013 han sido las siguientes:

Concepto 1T 2012 1T 2013 2T 2012 2T 2013 3T 2012 3T 2013 4T 2012 4T 2013

Total

Producción 999.109 951.153 1.000.624 952.346 1.007.731 858.273 999.209 837.456

Templa

Los ingresos trimestrales obtenidos por la empresa durante los ejercicios 2012 y 2013 han sido: Concepto IT 2012 IT 2013 2T 2012 2T 2013 3T 2012 3T 2013

INCN 18.221.232 16.792.206 17.488.813 16.932.737 17.555.195 14.366.507

Concepto 4T 2012 4T 2013

INCN 18.258.426 15.289.041

El importe neto de la cifra de negocios trimestral de TOMPLA ha sufrido un descenso continuado en el año 2013 respecto de los trimestres equivalentes del año 2012 ; el descenso de ventas fue de un 7,84% , de un 3,18% y de un 18,16% en el primero, segundo y tercer trimestre de 2013, respectivamente, en comparación con los trimestres equivalentes del año 2012, ascendiendo la caída al 16,26% en el cuarto trimestre del 2013. La evolución de los volúmenes de producción trimestral de TOMPLA ha seguido una tendencia similar al INCN



habiendo tenido un descenso continuado y progresivo en 2013 respecto de 2012. Debe destacarse que una parte importante del INCN y de la producción del año 2013 de TOMPLA correspondían a pedidos de TOMPLA UK(mercado inglés) , actividad que ha sido discontinuada en enero de 2014; las ventas de TOMPLA UK en 2013 supusieron un 18% del INCN y un 28% de la producción de TOMPLA en 2013. La evolución del INCN y de la producción de TOMPLA ha resultado negativa en el primer trimestre del ejercicio 2014 respecto de al trimestre equivalente del ejercicio anterior (-21,20% y -14,84% respectivamente (folio 7 a 10 del informe pericial).".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVIOS DE UGT-MADRID (FES-UGT). El Letrado D. Ivan López García de la Riva en nombre de la parte recurrida TOMPLA SOBRE EXPRES, S.L. formuló impugnación a dicho recurso.

SEXTO.- Admitido el recurso de casación por esta Sala, se dió traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 13 de abril de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación ordinaria el despido colectivo por causas económicas, productivas y organizativas de 117 trabajadores que, sin haber existido acuerdo previo, decidió la empresa demandada, el 21 de febrero de 2014, tras el oportuno periodo de consultas que simultaneó con un ERTE que afectaría a toda la plantilla cuyos contratos se suspenderían durante treinta días. Contra esa decisión empresarial que se limitó a la extinción de los 117 contratos, se presentó por UGT y CC.OO. la demanda que ha desestimado la sentencia del T.S.J. de Madrid que es objeto del presente recurso, interpuesto solo por UGT, que se articula en seis motivos de los que los cinco primeros pretenden, al amparo del artículo 207-d) de la L.R.J.S ., la revisión de los hechos declarados probados y el otro el examen de la infracción de las normas jurídicas que denuncia.

SEGUNDO.- Examen de las revisiones fácticas que se interesan.

1. En primer lugar se interesa que al relato de hechos probados se le adicione un nuevo ordinal, el décimo primero, donde se diga que la empresa el 7 de marzo de 2014 publicó un escrito ofertando puestos de trabajo en una empresa con vinculaciones con ella, concretamente en el Club Internacional del Libro.

El motivo no puede prosperar porque el documento en que se funda ni prueba cuantos trabajadores se vieron afectados por esa oferta y la aceptaron, ni lo que es más importante que tipo de vinculación existe entre la demandada y el Club Internacional del Libro que parece ser, simplemente, comercial, cual parece entender, incluso, la parte recurrente que usa ese dato como revelador de la necesidad de minorar el número de extinciones contractuales, cuando, más bien, pudiera ser indicativo de las gestiones que realizó la demandada para facilitar la recolocación de los empleados afectados por las extinciones contractuales. Por la falta de prueba de los datos cuya realidad se insinúa y de trascendencia para el fallo de los que si acredita el documento examinado, la oferta de recolocación, se desestima la revisión fáctica examinada.

2. En segundo lugar se pretende la adición, al relato de hechos probados, de un nuevo ordinal, décimo segundo, diciendo, sustancialmente, que, como medidas para disminuir la sobrecapacidad de producción, en la Memoria Justificativa la empresa propuso: a) suprimir el sistema de trabajo denominado 4x3 y b) el cierre de máquinas.

No puede accederse a la modificación interesada por fundarse en un documento extenso que ya ha valorado el Tribunal de instancia, sin que la recurrente cite los pasajes concretos del mismo que evidencian el error de valoración en que incurre la sentencia recurrida. Además, la recurrente se contradice porque el exceso de producción al que no se encuentra comprador se reduce suprimiendo turnos de trabajo y paralizando el funcionamiento de máquinas, medida con la que se mejora la eficiencia económica del trabajo realizado, al no generarse el exceso de stoks que provoca el sobredimensionamiento de la actividad productiva. Por lo expuesto y por su irrelevancia para el sentido del fallo se desestima la adición fáctica analizada, con la que sólo se quiere evidenciar supuestos errores en los juicios de valor que en su fundamentación hace la sentencia.

3. En tercer lugar se interesa que al relato de hechos probados se le adicione un nuevo ordinal, en el que, sustancialmente, se diga que, el 24 de marzo de 2014, la empresa y la representación social llegaron a un acuerdo para la suspensión de los contratos, durante dieciocho días como máximo, de toda la plantilla en el periodo de 1 de abril de 2014 a fin de año.

El motivo debe prosperar por tratarse de un hecho pacífico ente las partes, sin que proceda añadir las valoraciones subjetivas que de ese dato hacen cada una de las partes, pues los juicios de valor no pueden figurar en el relato de hechos probados, sino en la fundamentación jurídica de la sentencia. Debe añadirse



no obstante, cual interesa la empresa, vía art. 211-1 de la L.J .S., que en acto de conciliación, celebrado en el I.M.L.C.M. el día 19 de febrero de 2014, la empresa se comprometió a no seguir el ERTE puesto en marcha y la representación social a suspender la huelga convocada para el día siguiente, dato que facilita la comprensión de la evolución de los hechos.

4. El cuarto motivo del recurso interesa la adición al relato impugnado de un nuevo ordinal, donde se diga que la plantilla de la empresa era de 628 trabajadores a finales del año 2010 y de 471 a finales de 2013, así como, que de todos los años de ese periodo se suscribieron de mutuo acuerdo expedientes de suspensión temporal, salvo en 2013 en que esa suspensión temporal de contratos fue impuesta por la empresa.

Debe accederse a lo interesado porque así consta en los documentos que cita el recurso, sin que, cual se dijo antes, sean de tener en cuenta la valoraciones que hacen las partes de esos hechos.

5. Finalmente, se interesa la adición de un nuevo ordinal al relato de hechos probados. Resumidamente, se pretende que se haga constar en él la producción del año 2013 y la presupuestada para 2014 en dos plantas de producción, así como la plantilla ocupada en cada sector en 2013 junto con su carga de trabajo y la que se debería ocupar en 2014, según la empresa y según la central sindical recurrente que hace el cálculo manteniendo la misma carga de trabajo que en 2013, lo que la lleva a concluir que hacen falta para la producción que contempla 130 empleados en lugar de los 113 que dice la empresa.

El motivo no puede prosperar porque se funda, principalmente, en un documento elaborado por la recurrente que no fue reconocido por la contraparte, sin que los datos en que se funda vengan contrastados o avalados por documentos concretos, sin que al efecto sea suficiente la remisión genérica a la documental de la otra parte sin mayor especificación y sin dar datos objetivos que expliquen el porque la plantilla debe ser un diez por ciento superior a lo que dice la empresa, juicio de valor que escapa a la objetiva valoración de los hechos. Y que, por ende, no puede efectuarse en el relato de hechos probados.

Tampoco procede añadir, al ordinal séptimo del relato impugnado, los datos sobre los resultados de explotación que, al amparo del art. 211-1 de la L.J .S. interesa la parte recurrida, por cuanto tal adición no es necesario para resolver sobre el fondo del asunto, lo que la hace improcedente. En efecto, ese dato ya consta porque la sentencia se remite al efecto al folio del expediente en el que obra, aparte que la existencia de pérdidas y los resultados económicos negativos de la empresa son reconocidos por la propia recurrente.

TERCERO.- Examen de las infracciones jurídicas que denuncia el recurso.

1. El motivo del recurso dedicado al examen del derecho aplicado alega la infracción del artículo 51 del E.T . y, aunque inicialmente recuerda sus iniciales alegaciones de nulidad de la decisión por falta de buena fe negocial y por haberse acumulado la negociación sobre el despido colectivo y la relativa a una suspensión temporal de empleo (ERTE), acaba, paladinamente, reconociendo que esa negociación simultánea no era constitutiva de acto de mala fé en la negociación, que acepta como ciertas las causas económicas y demás alegadas por la empresa y que su oposición, realmente, venía motivada, desde el principio, en la desproporción existente entre las causas alegadas y las extinciones acordadas que debían ajustarse a las derivadas de la pérdida del negocio en Inglaterra y de la disminución de ventas en España, razón por la que era más ajustado el cese de los 100 trabajadores que propuso la parte social en lugar de la extinción de 117 empleos que finalmente decidió la empresa.

2. Para resolver la cuestión planteada conviene recordar los datos fácticos relevantes a efectos de la misma. En tal sentido conviene destacar los siguientes hechos: A) Que la parte social en su día y la hoy recurrente reconocen la concurrencia de causas económicas que justificarían la extinción de 100 contratos y no de los 117 que decidió la empresa (Fundamento de Derecho Séptimo e informe de la inspección de trabajo entre otros documentos a los que se remite). B) Que la disminución de pedidos por parte de la delegación en Inglaterra y las pérdidas que ocasionaba TOMPLA U.K. llevaron a la venta de esta empresa subsidiaria a la competencia, lo que supuso la pérdida del mercado inglés y, consecuentemente, una bajada en la producción del 28% que se unió a la bajada del 10% que se produjo en el mercado español con las consiguientes pérdidas que se reflejan en el ordinal décimo de los hechos declarados probados y en el Fundamento de Derecho Séptimo. C) Que pocas fechas después de producirse el despido colectivo el 21 de febrero de 2014 se abrió un nuevo periodo de consultas para la suspensión de contratos que terminó por Acuerdo del 24 de marzo de 2014, en el que se convino la suspensión de los contratos de todo el personal que seguía al servicio de la empresa durante, al menos, dieciocho días en el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2014 y el 31 de diciembre de ese año.

3. La doctrina de la Sala sobre la proporcionalidad en materia de extinciones y suspensiones contractuales por causas económicas se inició con nuestra sentencia de 27 de enero de 2014 (RO 100/2013) y ha continuado en reiteradas sentencias posteriores, como las de 15 de abril de 2014 (R. 136/2013) y 25 de febrero de 2015 (R. 74/2014) entre otras. En la segunda de las citadas señalamos que: "el principio de proporcionalidad, convertido



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

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

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

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

Esta doctrina de la Sala la corrobora la sentencia del TC 8/2015, de 22 de enero , en la que se afirma que no es cierto que la nueva regulación del despido colectivo "impida un control judicial pleno y efectivo sobre la medida adoptada por el empresario, pues dicho control se extiende tanto sobre la concurrencia de la causa (cuya prueba corresponde al empresario que adopta la medida), como de la razonabilidad de la decisión extintiva adoptada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada".



"A lo anterior hay que añadir, además, que en nuestro ordenamiento, por estar en juego el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), "rige el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma" (STC 192/2003, de 27 de octubre , FJ 4), lo que supone que "[l]a aplicación judicial del Derecho es, como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquélla se orienta", debiendo acomodarse la interpretación y aplicación de la legalidad por parte de los órganos judiciales a los principios y valores que la Constitución, como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, consagra (STC 192/2003, de 27 de octubre , FJ 4). Es, pues, al juez, a quien corresponde apreciar la concurrencia de una causa real y verosímil, que por ser justa, esto es, por ajustada a la razón, legitima la decisión empresarial extintiva de la relación laboral, dentro de los parámetros normativos que le ha otorgado el legislador, en el ejercicio de las competencias que la Constitución le ha atribuido (art 35.2 CE)".

4. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga a desestimar el recurso, cual ha informado el Ministerio Fiscal.

En efecto, si la producción que se vendía en Inglaterra equivalía al 28 por 100 y las ventas en España han bajado otro 10 por ciento resulta que la producción debe minorarse en un 35 por 100, al menos, para ajustarla a los pedidos, dato que hace que sea razonable minorar la plantilla en un 25 por ciento, esto es reducir en 117 empleados la plantilla total de 471 trabajadores que tenía a final de 2013 la empresa, según el ordinal segundo de los hechos declarados probados. La necesidad y proporcionalidad de la medida fue reconocida por los dos sindicatos demandantes, implícitamente, que a renglón seguido negociaron la suspensión de los contratos de toda la plantilla durante dieciocho días y suscribieron un acuerdo al respecto cuya impugnación no consta. La negociación del ERTE y su terminación por acuerdo revela que los sindicatos firmantes del mismo reconocían su necesidad, máxime cuando el mes anterior habían abortado otro acuerdo suspensivo mediante el uso del derecho de huelga. Dejando a un lado el hecho de que en un despido colectivo cabe negociar la sustitución de parte de las extinciones contractuales por suspensiones y la dificultad que existe para iniciar un despido colectivo estando vigente un ERTE y viceversa (SS.TS. 18-03-2014 (R. 15/2013), 17-07-2014 (R. 32/2014) y 16-06-2015 (R. 273/2014), resulta que este pacto equivale a admitir que los problemas económicos subsistían y que el despido colectivo producido no había bastado para resolverlos, lo que obligaba a optar por suspender los contratos de los otros 354 trabajadores durante dieciocho días. Consecuentemente debe considerarse que el número de despidos acordados era razonable y proporcionado a las exigencias económicas y organizativas que lo motivaban.

Por todo ello, procede desestimar el recurso. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Letrado Don José Antonio Serrano Martínez, en nombre y representación de la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE LA UGT-MADRID, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 9 de junio de 2014, en actuaciones nº 228/2014 seguidas en virtud de demanda a instancia de la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE UGT MADRID y FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA (FSC-CCOO) contra TOMPLA SOBRE EXPRES S.L.. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesus Gullon Rodriguez Fernando Salinas Molina Maria Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol Antonio V. Sempere Navarro Angel Blasco Pellicer Sebastian Moralo Gallego Jesus Souto Prieto Jordi Agusti Julia

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.