



Roj: **STS 1544/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1544**

Id Cendoj: **28079140012019100277**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/03/2019**

Nº de Recurso: **1784/2017**

Nº de Resolución: **232/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1784/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 232/2019**

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

En Madrid, a 20 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Euroelectra, S.L., representada y defendida por la Letrada Sra. Martínez Morata, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de febrero de 2017, en el recurso de suplicación nº 7287/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de julio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona, en los autos nº 1115/2015, seguidos a instancia de D. Juan Enrique contra dicha recurrente, sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Juan Enrique, representado y defendido por la Letrada Sra. Fuentes Narbona.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Con fecha 18 de julio de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimando la demanda interpuesta por D. Juan Enrique frente a la empresa Euroelectra S.L., en reclamación por despido, debo absolver y absuelvo a la demandada de la pretensión planteada frente a ella".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso, al no haber sido modificados por la sentencia de suplicación, son los formulados como tales por la citada sentencia del Juzgado:



1º.- El actor, D. Juan Enrique , con DNI nº NUM000 , venía prestando servicios para la empresa Euroelectra S.L. con una antigüedad de 18-10-04, categoría profesional de Oficial 1ª y salario mensual bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 2.132,68 euros.

2º.- Por carta de fecha 1-12-15 la empresa le comunicó la extinción de su contrato por causas objetivas, con efectos de esa misma fecha, por causas económicas y organizativas, abonándole una indemnización de 15.995,00 euros (documento adjunto a la demanda, docs. 1 y 15 de la parte actora y docs. 3 y 5 de la demandada).

3º.- La empresa es de carácter familiar y se dedica a efectuar instalaciones eléctricas y trabajos de fontanería; actualmente tiene unos 35 trabajadores; en marzo y abril de este año consiguió obras nuevas y contrató a nuevos trabajadores, todos oficiales de primera con contratos para obra o servicio determinado y a algún trabajador autónomo; en los años 2012 y 2013 despidió a tres trabajadores, no renovó contratos de trabajadores temporales, rescindió la contratación de algunos trabajadores autónomos y al ingeniero le redujo su jornada de 40 a 10 horas; durante los años 2015 y 2016 únicamente ha despedido al actor; la empresa lo escogió a él porque era soltero y sin hijos y durante un año y medio estuvo de baja médica durante reiterados períodos y luego cogió las vacaciones. El actor formaba parte de un grupo de entre 4 y 8 trabajadores que realizan trabajos de intervención rápida, atienden a urgencias y realizan pequeñas obras de dos o tres días de duración (interrogatorio de la empresa y docs. 8 a 10 de su ramo de prueba).

4º.- En el año 2013 la empresa declaró un resultado en la cuenta de pérdidas y ganancias de 24.837,52 euros; en el año 2014 de 37.396,16 euros. En la declaración del IVA del primer trimestre del año 2014 declaró un resultado negativo de -27.498,16 euros; en el del mes de abril de -14.064,23 euros; en el de mayo de -23.110,58 euros; en el de junio de -10.932,62 euros; en el de julio de -6.003,43 euros; en el de agosto de -21.836,70 euros; en el de septiembre de -16.068,39 euros, en el de octubre de 3.007,03 euros, en el de noviembre de -10.931,32 euros y en el de diciembre de -7.789,28 euros, con un resultado general de ese año de - 135.227,68 euros. En enero de 2015 de -4.436,24 euros, en febrero de -6.678,24 euros, en marzo de -4.971,86 euros, en abril de 8.444,72 euros, en mayo de 2.555,96 euros, en junio de -3.021,07 euros, en julio de -6.017,72 euros, en agosto de -966,52 euros, en septiembre de -5.791,17 euros, en octubre de -4.744,27 euros, en noviembre de -10.580,02 euros y en diciembre de -8.831,55 euros, con un resultado general de ese año de -50.149,90 euros (docs. 12 a 38 de la demandada).

5º.- El actor no ostentaba ni había ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores.

6º.- En fecha 18-1-16 se celebró el preceptivo acto de conciliación previa, con el resultado de sin avenencia".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 20 de febrero de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Juan Enrique , frente a la sentencia nº 250/2016, dictada 18/07/2016 por el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona en los autos seguidos por despido nº 1115/2015 , que revocamos y, en su lugar, estimamos la demanda interpuesta por el mismo frente a EUROELECTRA S.L, declaramos la improcedencia del despido de fecha 01/12/15, condenando a EUROELECTRA S.L a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a razón de 70,11 €/día desde la fecha del despido hasta la de la notificación de esta sentencia o hasta que haya encontrado empleo, si tal colocación es anterior a esta sentencia o, a elección del empresario, a abonar una indemnización en cuantía de 16.012,73 euros. Deberá efectuarse la opción en el plazo de 5 días en la Secretaría de esta Sala Social. En el caso de que no se efectúe, se entenderá hecha tácitamente en favor de la readmisión. Sin costas".

**TERCERO .-** Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Martínez Morata en representación de la empresa Euroelectra, S.L., mediante escrito de 26 de abril de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo con fecha 15 de octubre de 2003 .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 26 de octubre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO .-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 20 de marzo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Se debate sobre la calificación que cuadra a un despido objetivo cuando queda acreditada la causa económica, pero el trabajador ha sido seleccionado por haber estado año y medio de baja.

#### 1. Hechos litigiosos.

Fracasada la revisión solicitada en suplicación, para centrar el problema de fondo conviene destacar los hechos básicos de la crónica judicial ya reproducida.

El demandante es un Oficial 1ª que trabaja para la empresa, dedicada a efectuar instalaciones eléctricas y trabajos de fontanería, desde octubre de 2004. Forma parte de un grupo de entre 4 y 8 trabajadores que realizan tareas de intervención rápida, atienden a urgencias y acometen pequeñas obras de dos o tres días de duración.

Durante los años 2012 y 2013 la empresa (que tiene en torno a 35 empleados) adopta diversas medidas de reestructuración laboral (despidos, no renovación de contratos temporales, rescisión de contratos con autónomos).

El 1 de diciembre de 2015 el trabajador recibe carta de despido objetivo. Es la única persona despedida durante los años 2015 y 2016.

En marzo y abril de 2016 la empresa consigue encargos adicionales e incorpora a su plantilla nuevos oficiales de primera (con contratos para obra o servicio determinado), además de concertar los servicios de algún trabajador autónomo.

Queda acreditado que el trabajador ha sido seleccionado para el despido porque era soltero (sin hijos), durante un año y medio estuvo de baja médica durante reiterados períodos y luego cogió las vacaciones.

#### 2. Sentencia del Juzgado de lo Social.

Mediante su sentencia 250/2016 de 18 de julio el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona dicta sentencia calificando el despido como procedente.

Expone que la situación económica ha quedado acreditada; que las posteriores contrataciones al despido pudieron estar motivadas por el encargo de nuevas obras y que el despido "se ampara" en la regulación aplicable, en particular el artículo 51.1.c) ET .

#### 3. Sentencia recurrida.

La STSJ Cataluña 1329/2017 de 20 febrero (rec. 7287/2016 ) estima el recurso interpuesto por el trabajador y declara la improcedencia del despido.

La sentencia examina el alcance del artículo 51.1 ET tras las reformas de 2012, con cita de jurisprudencia diversa. Concluye que aunque existe causa económica en el caso examinado, quiebra la conexión de funcionalidad pues queda acreditado que el trabajador ha sido escogido para el despido por haber estado durante año y medio de baja por enfermedad.

Examina si estamos ante un despido discriminatorio por razón de enfermedad. Aplicando jurisprudencia constitucional y ordinaria concluye que no es discriminatorio, pero sí ilegal "por lo que la decisión extintiva por aquella causa integra despido improcedente y no nulo".

Puesto que la causa económica es la invocada para el despido y el criterio de selección es la situación familiar y la enfermedad, concluye que se ha roto la necesaria y exigible conexión de funcionalidad, así como la proporcionalidad.

#### 4. Recurso de casación unificadora.

Con fecha 26 de abril de 2017 la Abogada y representante de la empresa formaliza recurso de casación unificadora.

Centra la contradicción doctrinal con la sentencia referencial en lo siguiente: "determinar si cumpliendo la empresa los requisitos del despido objetivo por causas económicas, y cuando en la demanda el trabajador nunca alegó motivo alguno de discriminación, ni vulneración de derechos fundamentales, ni fraude de ley por ser el elegido para proceder a su despido, es facultad o no del empresario el decidir la selección del trabajador afectado por dicho despido".

Insiste en el silencio que observa la demanda respecto de cualquier cuestionamiento sobre la elección subjetiva del despido; considera aplicable la doctrina conforme a la cual corresponde a la potestad de la



empresa seleccionar al despedido, habida cuenta de que al callar la demanda sobre tales extremos ese debate debe quedar al margen del litigio.

### **5. Impugnación del recurso.**

Con fecha 29 de noviembre de 2017 la Abogada y representante del trabajador impugna el recurso. Considera inexistente la contradicción entre las sentencias comparadas.

Sostiene también que el criterio de selección expuesto por la empresa en el acto del juicio debe estar sometido a examen desde la perspectiva de control de funcionalidad.

### **6. Informe del Ministerio Fiscal.**

Con fecha 11 de enero de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe a que alude el artículo 226.3 LRJS . Advierte que en el debate de suplicación sí se ha discutido acerca de la eventual discriminación y considera acertada la doctrina sentada por la sentencia recurrida.

### **SEGUNDO.- Cuestiones previas.**

#### **1. El desajuste entre demanda y sentencia de suplicación.**

La recurrente cifra buena parte de su esfuerzo en resaltar que la demanda de despido nada decía sobre eventual existencia de anomalías derivadas de la concreta selección del trabajador despedido. Achaca a la sentencia recurrida que, pese a ello, aborda la cuestión y basa en ella su decisión.

Si la recurrente quería denunciar que la STSJ Cataluña recurrida aborda una cuestión nueva, en términos procesales, ajena al objeto litigioso concretado en la demanda, debía haber planteado en esa línea uno de sus motivos de recurso y seleccionado una sentencia referencial en la que se abordase tal problema. Al no hacerlo así, el eventual desajuste entre la demanda y la respuesta judicial de suplicación queda al margen de nuestra competencia.

Si la recurrente pretende que la sentencia de suplicación ha vulnerado la tutela judicial efectiva al aceptar el examen de una cuestión ajena a lo debatido en instancia es claro que nos encontramos ante un problema procesal que puede ser objeto del correspondiente recurso de casación unificadora. Pero lo que en modo alguno podemos hacer, so pena de desequilibrar el proceso y contrariar el diseño legal, es abordar esa cuestión prescindiendo de los presupuestos procesales de este recurso extraordinario y excepcional.

#### **2. La enfermedad de larga duración como factor de discriminación.**

Abordemos una segunda cuestión previa, para que nuestra respuesta sea más fácilmente comprensible. Se refiere a la calificación del despido basado en una prolongada enfermedad, como la padecida por el trabajador despedido.

Las SSTS 194/2018 de 22 febrero (rec. 160/2016 ) y 306/2018 de 15 marzo (rec. 2766/2016 ) resumen la evolución jurisprudencial sobre alcance que posean ciertas enfermedades (como las de larga duración) desde la perspectiva de la no discriminación. Partiendo de la STJUE de 11 abril 2013, HK Danmark, C-335/11 y 337-11 (Ring y Werge), en la primera de ellas se expone lo siguiente:

"El TJUE señala que la Decisión 2010/48 de la Unión Europea (UE) aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y que, desde entonces, dicha Convención forma ahora parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE. El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Por consiguiente, la Directiva 2000/78 debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Ello supone que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad "comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración".

Es ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la STJUE de 11 julio 2006, *Chacón Navas*, C-13/05 , anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.



A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Así lo recuerda en las STJUE de 18 marzo 2014, Z, C-363/12; 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13; de 1 diciembre 2016, Daouidi, C-395/15; y 18 enero 2017, Ruiz Conejero, C-270/16.

Precisamente respetando y asumiendo la doctrina del Asunto "Ring" -en referencia al HK Danmark-, esta Sala IV del Tribunal Supremo ha señalado ya en la STS/4ª de 3 mayo 2016 (rcud. 3348/2014) que era necesario introducir una nueva pauta de definición del concepto de discapacidad.

La STSJ recurrida considera que el despido es improcedente, por basarse la selección del trabajador despedido en su dilatado periodo de enfermedad, rompiéndose toda conexión funcional entre la causa económica y el puesto de trabajo suprimido. El trabajador despedido no cuestiona la calificación de su despido como improcedente, sino que la ha consentido. Es solo la empresa quien accede a este tercer grado y pide que troquemos la improcedencia por la procedencia de la extinción por causas objetivas debatida.

Quiere decir ello que la eventual desestimación del recurso no puede comportar, en ningún caso, el examen sobre la hipotética existencia de discriminación a la que alude el recurso de suplicación. La nulidad del despido, por tanto, no es una opción que esté en juego.

### **TERCERO.- Normas y Jurisprudencia relevantes para el caso.**

#### **1. Preceptos aplicados.**

La recurrente considera infringidos hasta tres preceptos del ET, aunque en realidad todo se circunscribe a precisar el alcance del control judicial sobre la selección del trabajador despedido. Puesto que el despido cuestionado se produce el 1 de diciembre de 2015, el tenor de las disposiciones a examinar es el que sigue.

El artículo 52,c) ET regula el despido por causas objetivas y dispone que "el contrato podrá extinguirse cuando concurra 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".

El remitido artículo 51.1 ET prescribe que se entiende por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que no llegue a los umbrales numéricos allí establecidos y en los dos párrafos que ahora interesa reza así:

"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.

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".

Por su lado, el artículo 53 ET regula la forma y efectos del despido por causas objetivas, incluyendo su calificación.

#### **2. Jurisprudencia constitucional.**

La STC 8/2015 de 22 enero, al examinar la constitucionalidad de los preceptos que la empresa considera vulnerados (bien que en la redacción posterior de la Ley 3/2012, similar a la aplicada en nuestro caso) ha sentado una doctrina frecuentemente tomada en cuenta por nuestras sentencias, como debe suceder en este caso incluso a efectos de determinar si concurre la contradicción. Recordemos su esencia:

La nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, sino que, atendiendo a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión, tanto de cara a su aplicación, como al posterior control, tanto más cuando la norma, en primer lugar, exige que la decisión esté "fundada" en alguna de las causas que delimita (art. 51.1 ET), y, en segundo lugar, impone al empresario un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores en el que debe entregarles no sólo "una memoria explicativa de las causas del despido colectivo", sino también "toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo" (art. 51.2 ET). En suma, en contra de lo mantenido por los recurrentes, la norma impugnada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre, al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización.



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 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 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 ).

### 3. Doctrina de la Sala.

A) El problema que suscita la parte recurrente aconseja recordar nuestra doctrina sobre el alcance del control judicial de los despidos de carácter económico o análogo.

Pese a las rotundas afirmaciones de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley (y de la posterior Ley) 3/2012, no puede dudarse de la persistencia de un ámbito de control judicial más allá del de la búsqueda de la concurrencia de la causa como hecho, y ello, "no sólo por la concurrencia de los intereses constitucionales [el derecho al trabajo; principio general de la limitación legal del despido; interpretación acorde a la Constitución] y compromisos internacionales que están en juego [arts. 4 y 9 Convenio 158 OIT], sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos [exigencia de buena fe e interdicción del abuso del derecho o su ejercicio antisocial], que en su conjunto nos obliga a excluir como admisible interpretación que el Preámbulo de la Ley 3/2012 consagra una facultad empresarial, la de extinción de contratos de trabajo mediando determinada causa legal, que se declara exenta de los límites propios de cualquier otro derecho, constitucional y ordinario, y que puede ser ejercido extramuros de la buena fe, de forma abusiva o antisocial; tal interpretación no solamente sería rechazable por contraria a los valores constitucionales citados y a alguno más, sino que resulta inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho [ art. 1 CE ], resultando más acomodado a la Constitución entender -porque la literalidad del texto lo permite- que la referida Ley 3/2012 únicamente prohíbe los "juicios de oportunidad" que censura y que -por supuesto- sujeta el derecho de extinción contractual al condicionamiento de que su ejercicio sea ejercido ... en forma ajustada a los principios generales del Derecho" ( STS/4ª/Pleno de 17 julio 2014 -rec. 32/14 - y 20 octubre 2015 -rec. 172/2014 -).

B) También hemos precisado que, si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa "idoneidad" de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su "oportunidad" en términos de gestión empresarial ( STS/4ª de 27 enero 2014 -rec. 100/2013 - y STS/4ª/Pleno de 15 abril 2014 -rec. 136/2013 -, 23 septiembre 2014 -rec. 231/2013 -, 20 abril 2016 - rec. 105/2015 - y 20 julio 2016 -rec. 303/2014 -, así como la STS/4ª de 12 mayo 2016 -rcud. 3222/2014 -), sí de excluirse en todo caso, como carentes de "razonabilidad" y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores ( STS/4ª/Pleno de 26 marzo 2014 -rec. 158/2013 -).

C) En SSTs 24 noviembre 2015 (rec. 1681/2014, Pleno; *King Regal, SA* ) o 422/2016 de 12 mayo ( rec. 3222/2014; *Eurest Colectividades, S.L.* ) y 1016/2016 de 30 noviembre ( rec. 868/2015 ; *Hearst Magazines, SL*) añadimos lo siguiente:

Queda normativamente reconocida la discrecionalidad -que no arbitrariedad- del empresario en la gestión de las medidas frente a la situación de crisis. Ahora bien, eso no significa que el poder del empresario sea absoluto e ilimitado. Una cosa es que se le permita, de manera amplia, gestionar las crisis, adoptando al efecto las decisiones que estime más oportunas y adecuadas para sus necesidades, decidiendo qué tipo de intervención realiza y con qué alcance; y, otra bien distinta, es que ello le confiera un poder absoluto de intervención en las condiciones de los trabajadores y en la propia subsistencia de los vínculos contractuales. Con carácter general, hemos señalado ya que no sólo cabe un control sobre la concurrencia de la causa alegada, es necesario, además, un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva comprobando si las causas alegadas y acreditadas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, también, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial.

Habrà que atender al sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo; limitándose el ulterior control judicial a la valoración de la adecuación del volumen de empleo a la situación resultante de la causa acreditada, de suerte que la causa económica, técnica, organizativa o productiva actúe sobre la plantilla creando la necesidad de reducir puestos de trabajo.



En el ámbito circunscrito por el presente recurso, esto es, respecto de la conexión entre la causa acreditada y la concreta elección del trabajador despedido, la decisión empresarial queda sujeta en primer lugar, al respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y al principio de no discriminación. En segundo lugar, entrarán en juego los límites genéricos de la buena fe contractual (entendida como actuación ajustada a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes) y, especialmente, los relativos al abuso de derecho y el fraude de ley

En tercer lugar, habrá que atender al sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo; limitándose el ulterior control judicial a la valoración de la adecuación del volumen de empleo a la situación resultante de la causa acreditada, de suerte que la causa económica, técnica, organizativa o productiva actúe sobre la plantilla creando la necesidad de reducir puestos de trabajo ( *STS de 17 de julio de 2014, Rec. 32/2014* ).

#### **CUARTO.- Análisis de la contradicción.**

Tanto por constituir un presupuesto procesal de orden público, cuya concurrencia debemos controlar de oficio, cuanto por haberse cuestionado por la impugnación al recurso, debemos comenzar analizando la concurrencia del requisito pedido por el artículo 219. LRJS .

##### **1. Alcance de la exigencia legal.**

A) El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

B) Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

C) El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Pero si bien esta labor "normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata. En ese sentido, por ejemplo, SSTS 09 diciembre 2010 (rec. 831/2010 ); 30 enero 2012 (rec. 2720/2010 ) y 19 marzo 2013 (rec. 2334/2012 ).

Esta es la razón, precisamente, por la que hemos dedicado el Fundamento anterior a recordar el escenario en que debemos afrontar el debate.

##### **2. Sentencia referencial.**

La STS de 15 de octubre de 2003 (rcud. 1205/2003 ) examina el despido objetivo por causa económica decidido por la empresa (Deutz Iberia S.A.), el 21 de febrero de 2002, y estudia si dicha causa concurre efectivamente.

La sentencia parte de que la situación económica negativa ha resultado sobradamente acreditada, pues la empresa atraviesa una situación crítica, con pérdidas elevadas y arrastradas durante los tres últimos ejercicios, sin que a ello obste que unos días antes del despido la empresa transformara en indefinidos dos contratos temporales, porque esa es una decisión de gestión de personal que compete a la libertad del empresario, y que no resulta contradictoria con el despido.

La sentencia declara que la selección de los trabajadores afectados por los despidos objetivos del art. 52.c. ET corresponde en principio al empresario y su decisión sólo 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.



### 3. Similitudes concurrentes.

El examen inicial de las sentencias enfrentadas ofrece cierta similitud en el problema que abordan: un despido por causas objetivas de corte económico que consideran concurrente.

La sentencia recurrida declara que el hecho de haber estado durante un año y medio de baja por enfermedad no responde a un criterio válido de selección de un trabajador afectado declarando asimismo de forma expresa que no es válido porque se entienda que es discriminatorio, sino porque simple y llanamente no se recoge en la ley como un criterio de selección válido.

La sentencia referencial argumenta, por el contrario, que la selección de los trabajadores afectados por los despidos objetivos del art. 52.c. ET corresponde en principio al empresario y su decisión sólo 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, circunstancias cuya concurrencia no se aprecia en la sentencia recurrida.

La recurrente considera que los pronunciamientos son diversos ya que la recurrida declara la improcedencia del despido y la referencial declara la procedencia de la decisión extintiva.

### 4. Divergencias entre los asuntos.

A) Pese a las apariencias de similitud, concurren suficientes datos heterogéneos como para que prevalezca la idea de que no estamos ante sentencias suficientemente homogéneas.

Debemos comenzar poniendo de relieve la diferente redacción de los preceptos aplicables a despido acaecidos en épocas muy distintas. De ahí que nuestra propia doctrina haya debido evolucionar respecto del alcance del control judicial. ello no obstante, como el debate se ha centrado en la selección del trabajador despedido y ahí las diversas redacciones de las normas aplicables no aportan cambios sustanciales, puede aceptarse la comparación, no sin cautela..

B) Lo que no cabe sostener, sin embargo, es la similitud en los hechos que delimitan el debate abordado.

En la sentencia referencial la trabajadora es despedida al mismo tiempo que otras ocho personas; en la sentencia recurrida el trabajador es el único despedido durante dos años. Se trata de un dato relevante a la hora de valorar la conexión de funcionalidad y la selección de afectados.No es lo mismo abordar la inclusión de una persona en un grupo de nueve que examinar la elección de una única persona.

En la sentencia referencial, tras los despidos no aparecen nuevas contrataciones, aunque coetáneamente se transforman dos contratos en fijos. En el presente caso hay incorporación de nuevos Oficiales 1ª pocos meses después del despido, "pudiendo haber resultado motivada por el encargo de nuevas obras, tal y como alegó el empresario al ser interrogado en el acto de juicio", según concluye la sentencia de instancia.

La sentencia referencial no analiza queja alguna de la trabajadora despedida acerca de circunstancias personales que la empresa haya tomado en cuenta para elegirla. La sentencia recurrida tiene como eje de su decisión los motivos personales por los que la empresa selecciona al trabajador. Lo que constituye motivo central del problema abordado por la sentencia en nuestro caso, es totalmente ajeno al supuesto de comparación.

C) El debate habido tampoco es el mismo, como se desprende de lo anterior. La sentencia referencial considera que estamos ante un despido en el que concurre causa económica de enorme magnitud y se centra en la selección de la demandante, habiéndose producido varios despidos por la misma causa.

La sentencia recurrida examina un despido individual, con causa económica concurrente pero de entidad bien diversa, y centra su análisis en el motivo por el que el empresario manifiesta haber elegido al demandante: su dilatado periodo de baja por enfermedad y ulterior disfrute de vacaciones. Nada de esto aparece en la de contraste, de modo que resulta imposible que exista contradicción de doctrinas.

La STS 15 octubre 2003 (rec. 1205/2003 ) es por completo ajena al cuestionamiento de la conexión de funcionalidad entre problemas económicos y despido de un solo trabajador, acreditándose que ha sido seleccionado por haber estado año y medio de baja por enfermedad, disfrutando de vacaciones acto seguido. Tampoco aparece en ella reflexión alguna sobre cómo debe calificarse un despido basado en la enfermedad del trabajador y que no se ampara en la causa específica de ello (absentismo) sino en la objetiva de pérdidas económicas.

D) En suma: la razón de decidir de la STSJ recurrida estriba en las características concurrentes en el trabajador despedido, lo que hace romper "la conexión de funcionalidad y la proporcionalidad de la medida". Considera que la enfermedad podría haber sido causa de despido objetivo si concurrieran los requisitos del artículo 52.d ET , pero no puede servir para enlazar problemas económicos con la decisión de prescindir del trabajador. Y



descarta la nulidad porque entiende que así deriva de la jurisprudencia ("cuestión ésta polémica pero hartamente resuelta"). Sin embargo, la STS referencial no ha debido pronunciarse sobre la ruptura de la conexión funcional entre la causa de despido y la elección de un trabajador con circunstancias personales como las descritas.

#### **5. Ausencia de contradicción.**

A la vista de cuanto antecede no consideramos que pueda hablarse de doctrinas contradictorias entre las sentencias comparadas. De hecho, la ahora recurrida cita diversos criterios de esta Sala Cuarta con los que quiere alinear su decisión. No hay doctrinas opuestas sino solución de problemas distintos, por más que en algunos pasajes pudiera pensarse que aparecen afirmaciones contradictorias, como el propio Ministerio Fiscal ha entendido.

Recordemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTS 1036/2016 de 2 diciembre ; 107/2017 de 8 febrero ; 123/2017 de 14 febrero ; 346/2017, de 25 abril ; 434/2017 de 16 mayo ).

Por otro lado, dada la condición subjetiva de la recurrente, al haber sido vencida, procede imponerle las costas ( art. 235.1 LRJS ). De igual modo, el art. 228.3 LRJS dispone que la sentencia desestimatoria "acarreará la pérdida del depósito para recurrir".

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Euroelectra, S.L., representada y defendida por la Letrada Sra. Martínez Morata.
- 2) Declarar la firmeza de la sentencia 1329/2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de febrero de 2017, en el recurso de suplicación nº 7287/2016 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de julio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona , en los autos nº 1115/2015, seguidos a instancia de D. Juan Enrique contra dicha recurrente, sobre despido.
- 3) Imponer las costas causadas a la referida mercantil.
- 4) Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.