



Roj: **STSJ AR 75/2021 - ECLI:ES:TSJAR:2021:75**

Id Cendoj: **50297340012021100065**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2021**

Nº de Recurso: **38/2021**

Nº de Resolución: **77/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sentencia número 000077/2021

Rollo número 38/2021

MAGISTRADOS/A ILMOS/A. Sres/a:

D^a MARÍA-JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

D. JOSÉ-ENRIQUE MORA MATEO

D. CÉSAR DE TOMÁS FANJUL

En Zaragoza, a quince de febrero de dos mil veintiuno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres/a. indicados al margen y presidida por la primera de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación núm. 38 de 2021 (Autos núm. 397/2020), interpuesto por la parte demandante D. Luis Enrique contra la sentencia dictada por el Juzgado de Huesca de fecha 25 de septiembre de 2020, siendo demandado "TECMOLDE S.L." en materia de despido. Ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a. MARÍA-JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Luis Enrique, contra "Tecmolde S.L.", en materia de despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de Huesca de fecha 25 de septiembre de 2020, siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que DESESTIMO la demanda de despido interpuesta por D. Luis Enrique, contra la empresa "TECMOLDE S.L.", declarando el despido procedente, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos de la demanda."

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal siguiente:

"PRIMERO.- El actor D. Luis Enrique ha prestado servicios laborales para la empresa "TECMOLDE S.L." con CIF B-22316012, desde el 17/11/2008 hasta el 22/05/2020, con la categoría profesional de Grupo 2, con salario mensual de 1.685,10 euros (56,17 diario), incluida parte proporcional de pagas extras (hecho no controvertido).

La actividad de la empresa está orientada al sector ocio, consistente principalmente en parques de atracciones, acuáticos, cine, ...

SEGUNDO.- Mediante carta de fecha 08/05/2020 la empresa comunicó al actor el despido, con efectos de 22/05/2020, alegando lo establecido en el art. 52.c), por concurrir causas objetivas y motivos de tipo organizativo, productivo y económico, con remisión en cuanto a su íntegro contenido a la carta obrante en autos. (La carta de despido consta como documento nº 1 de los aportados en el acto de la vista por la parte actora y se da íntegramente por reproducida).



TERCERO.- La misma carta indica que pone a disposición del trabajador una indemnización de 13.387,18 euros, así como el importe de la liquidación. Consta abonado (hecho no controvertido).

CUARTO.- La empresa tiene menos de 25 trabajadores.

El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal de los trabajadores, ni cargo sindical.

QUINTO.- En los tres últimos trimestres previos a la fecha del despido se producen los siguientes resultados en la cuenta de pérdidas y ganancias:

- Tercer trimestre del año 2019: cifra de negocio: 323.666,68 euros; resultado explotación - 48.931,71 euros.
- Cuarto trimestre del año 2019: cifra de negocio 499.376,21 euros; resultado explotación - 34.069,46 euros.
- Primer trimestre del año 2020: cifra de negocio: 487.312,32 euros; resultado explotación - 33.733,24 euros.

La comparativa se realiza con los siguientes trimestres:

- Tercer trimestre del año 2018: cifra de negocio: 474.209,95 euros; resultado explotación + 3.135,45 euros.
- Cuarto trimestre del año 2018: cifra de negocio 649.354,45 euros; resultado explotación + 11.607,93 euros.
- Primer trimestre del año 2019: cifra de negocio: 646.071,48 euros; resultado explotación + 14.858,60 euros.

SEXTO.- En el año 2019 existe un resultado final de pérdidas de 94.491,67 euros.

SÉPTIMO.- En el año 2020 se han contratado a cuatro trabajadores mediante contratos de carácter temporal. El 29/06/2020 y el 17/08/2020 se contrató a dos operarios de taller grupo profesional 1 para la realización de la obra o servicio muro y pantallas tematización Puy du Fou. El 02/06/2020 se contrató a dos operarios taller grupo profesional 1 para la realización de obra consistente en dispensadores de gel hidroalcohólico.

A principios de 2020 se contrató a un economista (hecho acreditado por la declaración testifical e interrogatorio apreciándose en los afiliados de la empresa una contratación el 03/02/2020).

OCTAVO.- El volumen de facturación de los cinco principales clientes en el año 2018 fue de 1.948.977 euros; en el año 2019 se redujo a 1.511.831 euros.

NOVENO.- Se solicitó un ERTE el 25/03/2020, del cual se desistió el 31/03/2020 por cuanto se declaró mediante certificado de fecha 30/03/2020 que la actividad de fabricación de pantallas 3D constituía servicios esenciales. A raíz de esta declaración, la empresa estuvo produciendo estas pantallas que se distribuyeron para protección de sanitarios y otras personas y colectivos de riesgo.

En la actualidad sigue produciendo gel hidroalcohólico. Esta actividad no se ha acreditado que haya supuesto una mejora en los resultados económicos de la empresa.

DÉCIMO.- Se celebró el preceptivo Acto de Conciliación, en el SAMA resultando el mismo sin avenencia entre las partes. Conciliación previa a juicio intentada sin efecto."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Sr. Luis Enrique prestó servicios como trabajador "Grupo 2" para "Tecmolde SL" entre 17/11/08 y 22/5/20. La relación laboral se extinguió el 22/5/20, por despido objetivo regulado en el art. 52 c) ET, basado en la concurrencia de causas organizativas, productivas y económicas. El trabajador impugnó esa decisión ante el juzgado de lo Social de Huesca, solicitando se calificara como despido improcedente.

Habiendo recaído sentencia desestimatoria de fecha 25/9/20, el actor ha recurrido con amparo en los apdos b) y c) del art. 193 LRJS.

SEGUNDO .- Se pide a la Sala como revisión fáctica:

1º) Ampliar el contenido del sexto hecho declarado probado en estos términos:

" En el ejercicio de 2017 el importe neto de la cifra de negocios fue de 2.007.000 euros, y la media del personal fijo fue 14,32 y de no fijo 7,65. Las reservas 452.152,88 euros y los beneficios fueron de 7.803,62 euros. En el año 2018 el importe neto de la cifra de negocios fue 2.325.862 euros, y el número medio de empleados fijos fue de 18,67 y de no fijos de 8,11. Los beneficios ascendieron a 19.716 euros y las reservas de 452.152,88 euros. En el ejercicio de 2019 el importe neto de la cifra de negocios es 1.818.892,85 euros, y la media de personal



contratado fijo fue de 16,66 y de personal no fijo 12,19. Las reservas 452.152,88 euros. En el año 2019 existe un resultado final de pérdidas de 94.491,67 euros

En los tres ejercicios (año 2017, 2018 y 2019) las reservas de la empresa son de 452.152,88 euros)"

No se admite la revisión. Los datos que quieren introducirse respecto al ejercicio económico de 2017 y 2018 son irrelevantes, pues quedan fuera del periodo que hemos de considerar a efectos de apreciar si concurre causa económica de despido objetivo. Lo mismo cabe decir de los datos del año 2019 que exceden del periodo comprendido entre 1 de julio y 31 de diciembre. Por lo demás, es claro que el propio escrito de suplicación admite que el importe neto de la cifra de negocios de 2018 (2.325.862 euros) fue muy superior al de esa misma magnitud en el año 2019 (1.818.892 euros)

2º) Añadir nuevos párrafos al segundo hecho declarado probado:

"Con fecha de efectos de 23/05/2020, se llevó cabo igualmente el despido objetivo de otros dos trabajadores: D. Armando que trabajo para la empresa desde 11/03/2013 a 23/05/2020 y D. Augusto que trabajo en la empresa desde 22/02/2016 a 23/05/2020. Con fecha de 3 de agosto de 2020 se llevó a cabo el despido objetivo del trabajador D. Baltasar que trabajaba para la empresa desde 03/10/2011.

Que desde el 30 de abril de 2020 la empresa procedió a cursar la baja cinco trabajadores temporales por fin de obra (clave contrato 401): D. Bernardo con fecha de baja 8/5/2020, D. Calixto con fecha de baja 30/04/2020, D. Carmelo con fecha de baja 30/04/2020; Filomena con fecha de baja de 2/8/2020 y D. David con fecha de baja 6/6/2020".

Se indica que la prueba documental que da apoyo a estos datos consiste en "informe de las altas y bajas de la empresa del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2018 a 10 de septiembre de 2020 y que fue incorporado a los autos por providencia de 10 de septiembre de 2020". Éstos son los únicos elementos que proporciona el recurso para identificar el documento al que se refiere.

Por su parte, el escrito de impugnación de recurso resalta que el número de extinciones contractuales llevadas a cabo por la empresa es irrelevante, dado que en ningún caso se ha alegado la procedencia de haber formalizado un despido colectivo en función del número de trabajadores afectados.

La decisión de este órgano judicial respecto a la decisión de referencia descarta dejar reseña de la terminación de los contratos temporales indicados, sobre los que nada se alega ni consta a propósito de su eventual irregularidad. En cuanto a los contratos de los tres trabajadores restantes, la duración de sus vidas laborales en la empresa (Armando desde 1/10/13 a 25/5/20, Baltasar desde 3/10/11 a 3/8/20, y Augusto desde 22/2/16 a 23/5/20) no aporta en este caso ningún elemento decisivo para resolver aunque el recurso destaque su duración. Por lo demás, es cierto lo alegado por la empresa en cuanto a que no estamos ante un despido colectivo donde el número de trabajadores afectados sea determinante.

TERCERO .- La solicitud de revisión del quinto hecho declarado probado propuesta en recurso se basa en la inaplicación de los arts. 105.1 y 122.1 LRJS, en función de los cuales se alega que la carga de la prueba de la adecuación a Derecho del despido del Sr. Luis Enrique corresponde a la empresa y que en este caso tal prueba no existe, pues a tal fin la demandada aportó un cuadro comparativo para acreditar disminución de ingresos que carecía de soporte documental que le diese verosimilitud, al no haberse aportado liquidación de IVA ni declaraciones trimestrales del año 2018 que permitieran apreciar su cifra de negocio y resultado de explotación de los dos últimos trimestres. De todo ello se concluye que el original del quinto apartado del relato fáctico debe tener la siguiente redacción:

" Tercer trimestre del año 2018.- **No consta la cifra de negocios ni el resultado de explotación.**

Cuarto trimestre del año 2018.- **No consta la cifra de negocios ni el resultado de explotación.**

Primer trimestre del año 2019.- *cifra de negocio: 646.071,48 euros; resultado de la explotación + 14.858,60 euros".*

Regula el art. 193 LRJS el objeto del recurso de suplicación, el cual incluye " Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas" (apdo b) de dicho precepto). Pese a esa limitación de pruebas indicadas legalmente a efectos de recurso, cabe incluir otras vías que permiten la revisión del relato fáctico, como es el caso en que las partes recurrente y recurrida muestran su conformidad con algún hecho que no figura en la sentencia impugnada y el caso en que el recurso invoca la infracción de normas procesales que regulan un determinado medio de prueba.

En el caso presente el recurrente no invoca prueba pericial o documental en apoyo de su revisión, no alega conformidad entre los litigantes respecto a los hechos que quiere introducir, tampoco cita norma procesal alguna para evidenciar el error fáctico que atribuye al juzgador de instancia. Lo que hace es citar dos normas (art. 105.1 LRJS y 122.1 LRJS) que nada tienen que ver con esa clase de normas procesales. El primero de



esos preceptos acuerda que *"Ratificada, en su caso, la demanda, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar. Asimismo, le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo"*; es decir, regula la carga de la prueba de la empresa que despide. El segundo establece que *"Se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita. Si no la acreditase, se calificará de improcedente"*; es decir, regula qué debe acreditarse para que el despido se declare procedente. Pero ni uno ni otro dicen nada sobre el valor que ha de asignarse a un determinado medio probatorio a efectos de revisar el relato de hechos declarados probados, que es en definitiva lo que plantea el recurso al sostener la falta de idoneidad de la prueba presentada por la empresa a efectos de acreditar la decisión de extinción contractual del actor. Tal planteamiento sería suficiente para desestimar la revisión fáctica que se examina.

Pero además, con independencia de lo anterior, no cabe apreciar que la prueba documental de carácter económico aportada por la empresa no sea idónea para acreditar la causa económica que invoca para fundar el despido impugnado en este proceso. Los documentos nº 85 a 88 del expediente judicial electrónico incorporan las declaraciones fiscales a efectos de IVA presentados ante Hacienda por la empresa respecto a los cuatro trimestres del año 2019 y el primero de 2020, lo cual se corresponde con la manifestación del juzgador de instancia que realiza al valorar esta prueba documental y el crédito que le ha merecido. Por tanto, no cabe negar la existencia de tal prueba, como hace el recurso.

Se desestima el motivo de recurso.

CUARTO.- Se invoca el art. 97.2 LRJS para sostener que, habiendo solicitado en demanda se requiriese a la empresa para que aportase a los autos determinada documental y habiendo acordado el juzgado de conformidad con esa petición, el hecho de no haberse aportado la declaración del IVA correspondiente al segundo trimestre de 2020 daba pie a que el juzgador de instancia aplicase la figura de la "ficta documentatio" regulada en el precepto citado y *"dar por probado lo que pretendía esta parte que era probar que las perspectivas de la evolución de la empresa a priori - sin contar con los efectos de la pandemia que lógicamente determinaría la necesidad de ir a un ERTE- no eran tan negativas como se expone en la carta de despido"*. Sobre esta base se pide que el último párrafo del noveno hecho declarado probado quede redactado en estos términos *"En la actualidad sigue produciendo gel hidroalcohólico. El desarrollo de esta actividad ha supuesto una mejora en los resultados económicos de la empresa"*.

Varias son las cuestiones que mezcla este motivo de recurso. La primera de ella versa sobre la aplicación de la "ficta probatio" regulada en el art. 97.2 LRJS, sobre la que decidimos en los mismos términos que expone la sentencia del TS 30/1/17 (casación 52/16) respecto a la "ficta confessio", dada la similitud de régimen de ambas figuras jurídicas: *"La denuncia es inaceptable, siendo así que la propia parte recurrente es consciente -y lo afirma- de que el "carácter potestativo de la facultad judicial de tener o no tener por acreditadas las alegaciones de la proponente no es susceptible de revisión", por cuanto que -como ha manifestado en diversas ocasiones esta Sala- la posibilidad de adoptar la "ficta confessio" ha de ser entendida en el sentido de que ello no constituye una obligación para el Juez, sino una facultad cuya utilización habrá de ponderar y ejercitar motivadamente (en tal sentido, SSTS 27/10/04 -rec. 48/04 -; y 03/10/06 - rec. 146/05 -), de lo que forzosamente se deriva que el posible defecto de motivación de la medida no puede determinar la modificación de las conclusiones fácticas de la sentencia [posibilidad muy limitada en los recursos extraordinarios], sino que únicamente podría traducirse -concurriendo su presupuesto de indefensión material- en nulidad de la sentencia recurrida; pero éste es una consecuencia no solicitada por esta causa en auto"*.

Por lo demás, es evidente que el texto propuesto en recurso del original adolece de una vaguedad total que lo hace irrelevante.

Se desestima la revisión.

QUINTO.- La primera infracción que se alega en el terreno del derecho sustantivo (motivo quinto de recurso) es la del art. 52 c) ET, en razón a que se consideran inexistentes las causas económica y productiva invocadas en la carta de despido. Respecto a la primera de ellas se da por sentado que ha prosperado la revisión del quinto hecho declarado probado previamente propuesta y, si bien el recurso admite que en el ejercicio 2019 el saldo de la empresa fue negativo en 94.492 euros, tal dato se considera aislado, dados los beneficios de años anteriores y la capitalización de la empresa. Respecto a la causa productiva se alega que la pérdida de los principales clientes de la empresa deriva de COVID-19, por lo que la empresa debió tramitar el correspondiente ERTE. Concluye por ello que el despido debe considerarse improcedente.

La impugnación de la parte recurrida opone que el indicado quinto hecho declarado probado evidencia que la crisis empresarial data del año 2019 y que el noveno hecho declarado probado da cuenta de la solicitud



presentada para tramitar un ERTE del que se desistió porque la actividad de fabricación de pantallas que llevaba a cabo se consideró formaba parte de los servicios esenciales que debían mantenerse.

Examinaremos el planteamiento de recurso respecto a la concurrencia de la causa económica justificativa del despido del Sr. Luis Enrique tomando como referencia el supuesto examinado en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30/11/16 (RCUD 868/15), el cual fue resuelto en estos términos:

"El texto vigente en el momento del despido del art. 51.1 ET era el introducido por la Ley 3/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 945), el cual señalaba que: "Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior".

Dicha ley introdujo dos precisiones respecto de la redacción anterior de este apartado del precepto (la cual, a su vez, había sido introducida por el RDL 3/2012 (RCL 2012, 147 y 181)): a) la calificación de los ingresos como "ordinarios"; y b) la comparativa entre los trimestres respecto de los del año anterior.

3. Partiendo de esa comparativa la Sala de suplicación de Cataluña pone de relieve que la empresa demandada presenta una disminución de ingresos en perspectiva trimestral a lo largo de dos años y entiende que ante tal circunstancia no puede haber duda de la concurrencia de una causa lícita para el despido objetivo decidido por la empresa.

Compartimos esta apreciación que, además, resulta coincidente con lo que ya sostuvimos en la STS/4ª de 28 junio 2016 (rcud. 354/2015) (RJ 2016, 4067), a la que ya nos hemos referido. En este punto, aunque en aquel caso la norma aplicable era la anterior a la indicada reforma de la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945), la situación de disminución de ingresos en cómputo trimestral era obviamente coincidente y, por tanto, encajaba igualmente en la redacción del precepto luego modificado en los términos citados".

La decisión de esta sentencia que se acaba de transcribir parcialmente es aplicable al caso presente, dado que la disminución de los ingresos durante los dos últimos trimestres de 2019 y primero del 2020 respecto a los mismos períodos de los años 2018 y 2019 es real y relevante, lo que evidencia la concurrencia de causa económica del art. 52 c) ET.

SEXO .- El siguiente motivo de suplicación vuelve a basarse en los arts. 51, 52 c) y 53 ET, cuestionando de nuevo la concurrencia de causa de despido objetivo en razón esta vez a que esta decisión carece de la razonable adecuación y proporcionalidad entre las causas y las medidas adoptadas por la empresa, al haberse producido 3 despidos objetivos en mayo de 2020 y otro en agosto del mismo año, lo cual se considera excesivo en función de las pérdidas existentes en 2019 y la necesidad de mano de obra propia del proceso productivo que se realiza, lo que obliga a poner en relación el volumen neto de la cifra de negocios de los años 2017 a 2019 con el de trabajadores precisos para lograr ese volumen, a cuya valoración se procede a continuación para concluir que "el descenso de nivel de ventas no va asociado necesariamente a una evolución negativa del negocio sino a una adaptación a la actividad que desarrollaba cada año la empresa (encargos recibidos)". Indica por último el escrito de suplicación que no es coherente que en la situación de dificultad económica en que se encontraba la empresa contratara a un economista el 3/2/20, pues cabía haber accedido a servicios externos (asesores jurídicos, fiscales y laborales) que son mucho más económicos que contratar a un licenciado.

Sobre estos mismos postulados incide el octavo y último motivo de suplicación, de nuevo invoca los arts. 51, 52 c) y 53 ET, pero esta vez en relación con la STS de 28/10/16 (rec 9/5/16), reiterando que de la doctrina contenida en esta resolución judicial se desprende que los tribunales deben controlar no sólo la legalidad, sino también la adecuación razonable ante la causa invocada por la empresa para tomar una decisión reorganizativa y las extinciones contractuales resultante de tal decisión. Se alega al respecto que la citada sentencia establece que cuando una empresa, tras amortizar puestos de trabajo, procede a nuevas contrataciones para atender necesidades habituales de su actividad, se evidencia que tales amortizaciones no eran necesarias, siendo esto lo ocurrido en el caso presente con las nuevas contrataciones realizadas por "Tecmolde, SL", de donde se concluye que lo procedente hubiera sido mantener al Sr. Luis Enrique en lugar de los trabajadores contratados.

En esta ocasión es la sentencia del TS de 18/11/20 (casación 143/19) la que nos va a servir de base para dar respuesta a estas alegaciones, reproduciendo el apartado 5 de su fundamento de derecho segundo:

"Esta Sala ha mantenido que, acreditada la concurrencia de la causa, el control judicial debe centrarse en comprobar si las medidas adoptadas para paliar los cambios acontecidos en el ámbito técnico, organizativo o productivo de la empresa "son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajustan o no al estándar de conducta del "buen comerciante", teniendo en cuenta para su análisis que las aludidas



causas técnicas, organizativas o productivas, afectan al funcionamiento de la empresa o de alguna unidad integrante de la misma, no siendo preciso que de ello se derive una situación económica negativa, aun cuando no se pueda descartar la posibilidad de concurrencia de unas y otras. En otras palabras, hemos sostenido que la decisión extintiva debe constituir una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva que sea proporcional y adecuada a los fines que se pretenden conseguir; lo que no implica que nos corresponda fijar la precisa idoneidad de la medida a adoptar por el empresario ni censurar su oportunidad en términos de gestión empresarial, sino que únicamente han de excluirse -como carentes de razonabilidad- aquellas decisiones empresariales que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (STS/4ª/Pleno de 21 diciembre 2012 (RJ 2013, 1475) -rec. 199 /2012-, 27 enero 2014 (RJ 2014, 793) -rec. 100/2013- y 17 julio 2014 (RJ 2014, 5743) -rec. 32/2014-)".

Así pues, no cabe que los órganos judiciales cuestionen la oportunidad en términos de gestión empresarial de las medidas adoptadas por la empresa ante una situación de crisis, lo cual nos lleva a rechazar la idea de recurso según la cual, en lugar de proceder a la contratación de un economista, la empresa debía haber externalizado sus servicios contables y financieros.

Por igual razón descartamos poder entrar a analizar qué volumen de plantilla sería el más idóneo para mantener el nivel productivo que lleva a cabo la empresa, a lo que añadimos que la manifestación de recurso ya indicada (" *el descenso del nivel de ventas no va asociado necesariamente a una evolución negativa del negocio sino a una adaptación que desarrolle cada año la empresa por encargos recibidos*") resulta difícil de entender a dónde puede conducirnos desde la perspectiva de las causas determinantes del despido objetivo cuestionado en este proceso, al ser obvio que el descenso de ventas de una empresa va vinculado a los pedidos que recibe, de modo que, cuantos menos pedidos recibe, peor evoluciona el negocio, encontrándose esta situación entre las previstas en el art. 51.1 ET como causa de extinción contractual.

SÉPTIMO .- Nos queda solo por ver hasta qué punto las nuevas contrataciones de las que habla el séptimo hecho declarado probado permiten concluir con la falta de razonabilidad de la extinción contractual del recurrente, lo que éste defiende con apoyo en las STS de 28/10/16.

Es lo cierto que la situación enjuiciada en ese litigio no puede compararse con la del presente, toda vez que en aquel caso se razona:

*"como pusimos de relieve en la STS/4ª de 21 mayo 2014 (rec. 249/2013) (RJ 2014, 4214) , invocadas por la parte empresarial causas organizativas, la incorporación por parte de la empresa de nuevos trabajadores difícilmente permitía justificar la necesidad de amortizar puestos de trabajo. Por ello, aun cuando no es dudoso aceptar la necesidad de una reorganización de los recursos humanos de la empresa, lo cierto es, que **a falta de mayores precisiones que permitieran analizar la excepcionalidad de las mismas, las nuevas contrataciones resultan contradictorias con el despido** y hace incoherente la alegada necesidad de extinción de contratos de trabajo.*

*La falta de razonabilidad se torna aquí, pues, palmaria, pues **no estamos ante una contratación temporal, puntal y extraordinaria**, como inopinadamente afirma la empresa en su escrito de impugnación; sino que, por el contrario, los hechos probados de base ponen de relieve que **la actividad empresarial venía desarrollándose con mantenimiento constante de la contratación temporal, no sólo antes de los despidos, sino con posterioridad y sin que se indique que concurrieran situaciones excepcionales y puntuales**. La calificación del despido debió ser la de no ajustado a derecho, precisamente por falta de adecuada justificación de la concurrencia de causa válida, tal y como acertadamente había entendido el Juzgado de instancia"*.

Así pues, queda claro que las bases de la decisión de esa sentencia consisten en que la extinción del contrato del actor de ese proceso se llevó a cabo en un contexto en el que la empresa había procedido a lo largo de los años 2012 y 2013 a contratar a 200 trabajadores mediante contratos de puesta a disposición a través de una ETT, con mantenimiento constante de la contratación temporal antes y después del despido, sin haberse probado que concurrieran situaciones excepcionales o puntuales que justificasen esas contrataciones.

No es esto lo que sucede en el caso presente. Como ya hemos visto, la contratación de un economista queda al margen de discusión sobre su idoneidad. Los otros tres contratos realizados los días 2 y 29 de junio y 17 de agosto de 2020 se refirieron a trabajadores de categoría diferente a la del recurrente, pues éste se encuentra encuadrado en el grupo profesional 2 de la empresa y aquéllos en el grupo 1, lo que en sí mismo evidencia la diferencia de tareas que unos y otros acometen. Además, hay que dejar constancia de cuanto razona la sentencia impugnada en este extremo: esas nuevas contrataciones de carácter temporal están justificadas con las nuevas tareas solicitadas a la empresa " *en concreto lo relativo a los trabajos en un parque temático de Toledo y dispensador de gel hidroalcohólico*", lo que denota que han sido pedidos realizados después del despido del recurrente en 08/05/20, para tareas puntuales y de contenido diferente al que éste realizaba en función de su clasificación profesional. En estas condiciones no podemos decir que la empresa haya actuado de manera inadecuada ni desproporcionada.



OCTAVO.- Por último, procede analizar el motivo de suplicación donde se alega la infracción de los arts. 22 y 23 RD Ley 8/20, alegando que no es conforme a derecho la apreciación del juzgador de instancia referida a que la amortización de diversos puestos de trabajo por parte de la empresa " *no ha conculcado la prohibición de los despidos por causas ETOP*". Según el recurrente, si la empresa optó inicialmente por acogerse a un ERTE de reducción de jornada basada en fuerza mayor, su posterior desistimiento no queda justificado, extendiéndose a continuación en largas disquisiciones sobre si podían o no acogerse a esos expedientes las empresas cuya actividad tuviese carácter esencial, como sería el caso presente en razón a la fabricación de hidroalcohol por parte de "Tecmolde SL". Concluye que, como quiera que las causas invocadas por la empresa para el despido objetivo del Sr. Luis Enrique están encuadradas en los arts. 22 y 23 RDL 8/20, la empresa incumple la cláusula de mantenimiento del empleo prevista en el art. 2 RDL 9/20, de donde resulta el carácter improcedente del despido del actor.

Las alegaciones transcritas evidencian que lo que se reprocha a la empresa es que, teniendo el origen de su crisis en la situación de pandemia por coronavirus, no tramitara un ERTE, en cuyo caso se hubiera visto afectada por la cláusula de salvaguarda de empleo establecida en el art. 2 del RDL 9/20. Frente a este planteamiento se aprecia que la crisis de la empresa es previa a la declaración del estado de alarma y, de hecho, las pérdidas que se invocan a efectos de acreditar la causa económica del despido son anteriores al 12/03/20, salvo escasos días.

Por otra parte, aún si partiéramos de la hipótesis distinta, el que el recurso identifique como preceptos infringidos los arts. 22 y 23 RDL 8/20 nos da una idea de la ambigüedad de su planteamiento, pues basta la lectura de estos preceptos para advertir que en lo que se regula en ellos, respectivamente, son las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor y por causa económica, técnica, organizativa y de producción, precisando en ambos casos que tales medidas afectan solo a " *los supuestos en que se decida por la empresa la suspensión de contratos o la reducción temporal de la jornada de trabajo con base en las circunstancias descritas en el apartado 1*". Pues bien, el recurso no dice a cuál de estos preceptos debió haberse acogido la empresa ni cómo puede haberse producido la infracción de uno u otro,

En todo caso, resulta evidente que el acogerse a una de las medidas previstas en los dos indicados preceptos es potestativo por parte de la empresa, no obligado. Naturalmente, si se decide por hacerlo, el régimen aplicable será el marcado con tal fin, pero ese régimen no se aplicará si la empresa no se ha acogida a las previsiones de ninguno de estos preceptos, ya que no es obligatorio.

Recodemos en este punto cuanto manifiesta la STS de 17 de julio de 2014 (Recurso: 32/2014):

"... el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de "oportunidad" que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude de ley, que lógicamente no pueden encontrar amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba".

Cuanto antecede conduce a desestimar el recurso que pende ante la Sala.

NOVENO.- No procede la imposición de costas, dado el beneficio de justicia gratuita del que goza la parte recurrente (art. 235.1 LRJS).

En atención a lo expuesto,

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación nº **38/2021**, interpuesto por D. Luis Enrique contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Huesca de fecha 25 de septiembre de 2020, dictada en autos nº 397/2020, correspondiente a juicio promovido por el hoy recurrente contra "Tecmolde S.L."

En consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.



- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Santander, debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

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

La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.

FONDO DOCUMENTAL CIJ 2015