

Id Cendoj: 50297340012010100277
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Zaragoza
Sección: 1
Nº de Recurso: 542/2010
Nº de Resolución: 592/2010
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: RAFAEL MARIA MEDINA ALAPONT
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DESPIDO OBJETIVO

T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00592/2010

T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL

CL.COSO NUM. 1

Tfno: 976 208 360

Fax:976 208 405

NIG: 50297 34 4 2010 0100538

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000542 /2010

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEM : 0001293 /2009 del JDO. DE LO SOCIAL nº: 001

Recurrente/s: PLURELCO, S.L

Abogado/a: JAVIER VENTURA ALARMA

Procurador:

Graduado Social:

Recurrido/s: Encarna

Abogado/a: FRANCISCO POLO BLASCO

Procurador:

Graduado Social:

Rollo número: **542/2010**

Sentencia número: 592/2010

M.

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO

D. RAFAEL MARÍA MEDINA Y ALAPONT

D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE

En Zaragoza, a trece de septiembre de dos mil diez.

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

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación núm. 542 de 2010 (Autos núm. 1293/2009), interpuesto por la parte demandada PLURELCO SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2, de Zaragoza de fecha diecinueve de febrero de dos mil diez.; siendo demandante D^a. Encarna y como codemandados FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y la Administración Concursal D. CARLOS TERREU LACORT, D. Pelayo y D. Rogelio , sobre Despido. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL MARÍA MEDINA Y ALAPONT

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a. Encarna , contra Plurelco SL y otros ya nombrados, sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza, de fecha 19 de febrero de 2010 , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que estimando la demanda formulada por D^a Encarna , contra la empresa, PLURELCO, S.L., la Administración Concursal D. Carlos Terreu Lacort, D. Pelayo y D. Rogelio , y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, declaro la nulidad de la decisión extintiva del contrato de la actora, con efectos de 30-10- 09, condenando a la empresa demandada a la readmisión de la actora en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían antes del despido, con abono de los salarios causados desde la fecha del despido, 30-10-09 hasta la readmisión de la actora, a razón de 100#48 euros diarios, absolviendo a la Administración Concursal Carlos Terreu Lacort, D. Pelayo y D. Rogelio , y al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sin perjuicio de la responsabilidad que a éste último se le pueda reclamar en los supuestos y límites legales pueda corresponderle".

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

"PRIMERO.- La demandante D^a Encarna prestó servicios para la empresa demandada, con la categoría profesional de Jefe de Gestión y Servicios Comunes y salario mensual de 3.014#57.-euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

La actora presto con anterioridad servicios para D. Marco Antonio desde 5-2-05 hasta 4-4-05 que comenzó a prestar servicios por cuenta de la demandada.

Se acepta como fecha de antigüedad la de 5-2-05

No constan garantías sindicales de la trabajadora ni que haya ostentado la representación legal ni sindical de los trabajadores.

SEGUNDO.- La empresa demandada procedió a despedir mediante carta de fecha 30-10-09 con efecto de esa misma fecha por causas económicas, organizativas y productivas, dándose por reproducido el contenido de la carta (folios 10 y 11).

La demandada ha puesto a disposición de la trabajadora la cantidad económica indemnizatoria en los términos expresados en la carta de despido, la que firma la actora consignando su disconformidad.

TERCERO.- Se declara probado que D. Marco Antonio , que en fecha 10 de marzo de 2005, en escritura número 363 otorgada por D. Alberto , ante el Notario en Zaragoza, D. Carlos Gesali Val, aparece como apoderado de la demandada PLURELCO, S.L. junto con D. Benigno .

Consta en la escritura domicilio de D. Marco Antonio el de CALLE000 nº NUM000 de Zaragoza.

CUARTO.- Por Auto de 18-11-08 del Juzgado de lo Mercantil nº UNO, de Zaragoza , fue declarado el Concurso Voluntario de la empresa demandada.

QUINTO.- Los datos económicos de la empresa demandada son los siguientes:

Resultado Neto de Explotación:

- Año 2005_____ 1.122.475#00.-#
- Año 2006_____ 4.859.511#00.-#
- Año 2007_____ 3.602.459#00.-#
- Año 2008_____ - 5.563.691#00.-#
- Año 2009 (a 30 Septiembre) __ -576.964#85.-#

Durante los ejercicios 2005, 2006 y 2007 no se destina cantidad alguna para provisiones y gastos a corto plazo.

- Gastos de personal:

- Año 2005_____ 490.770#00.-#
- Año 2006_____ 696.866#00.-#
- Año 2007_____ 833.707#00.-#
- Año 2008_____ 833.640#21.-#
- Año 2009 (a 30 Septiembre) ____ 478.086#92.-#

SEXTO.-La remuneración mensual de los socios asciende al 61#37% de la totalidad de los gastos de personal de la empresa, computados socios y trabajadores al mes de octubre de 2009.

SEPTIMO.- Son socios fundadores de la empresa demandada los cónyuges D. Alberto y D^a Miriam . Por escritura pública nº 2.332 de 24-10-06, ante el Notario D. Carlos Resalí Val, adquirieron la condición de socios D. Miguel Ángel y D^a Zaida , hijos de los socios fundadores. (Folio 36-9 y 10).

OCTAVO.-Celebrado acto de conciliación 30-11-09, resultó intentado sin efecto".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandado PLURELCO, SL, siendo impugnado dicho escrito por la parte Demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia declara en el ordinal primero del relato fáctico -íntegramente reproducido en el lugar adecuado de la presente resolución- que se acepta como fecha de antigüedad la de 5-2-05. Refiere, asimismo, que la actora prestó con anterioridad servicios para D. Marco Antonio desde 5-2-05 hasta 4-4-05 que comenzó a prestar servicios por cuenta de la demandada.

También declara probado, a los hechos cuarto y quinto, que la empresa demandada fue declarada por auto de 18.11.2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza en situación de concurso de acreedores y que tuvo pérdidas de 5.563.691 euros en 2008 y de 576.964,85 euros del 1 al 30 de septiembre de 2009. Además señala que la remuneración mensual de los socios asciende al 61,37 por ciento de la totalidad de los gastos de personal de la empresa, computados socios y trabajadores, al mes de octubre de 2009.

En base a lo expuesto y a que Marco Antonio aparece como apoderado de la empresa demandada, junto con Benigno , en escritura pública otorgada en 10.3.2005, ante el Notario de Zaragoza D. Carlos

Gesali Val, con el número 363 de su protocolo, y que en tal escritura consta como domicilio de Marco Antonio el de la CALLE000 nº NUM000 de Zaragoza (coincidente con el de la empresa demandada) la resolución recurrida declara:

a) La existencia de sucesión empresarial, respecto del contrato de trabajo de la demandante, entre Marco Antonio y la empresa demandada Plurelco S.L.

b) La improcedencia del despido objetivo, por causas económicas, de la demandante ya que el salario de los socios es de tan alto importe que por sí mismo representa un obstáculo objetivo a la viabilidad económica de la empresa, y tal importe no permite justificar como adecuado el despido combatido que califica de improcedente

c) Pero al admitirse la sucesión empresarial y admitirse la fecha de inicio de servicios alegada por la demandante en su escrito de demanda, la sentencia de instancia califica de inexcusable la diferencia entre la indemnización calculada por la empresa y la pretendida por la trabajadora y, en base a tal diferencia califica el despido como nulo, estimando íntegramente la demanda y condenando a la demandada a la readmisión.

SEGUNDO.- El recurso combate tal pronunciamiento en base a motivos -dos- dirigidos a la modificación fáctica y -tres- a la censura jurídica, todos ellos formulados por cauce procesal adecuado.

En los dirigidos a la modificación fáctica se pretende la revisión de los ordinales primero y sexto de la sentencia recurrida al objeto de suprimir -ordinal primero- la frase Se acepta como fecha de antigüedad la de 5-2-05; y la sustitución del año 2009 por el año 2008 en orden a la referencia del ejercicio en el cual las retribuciones de los socios representaban el 61,37 por ciento de la totalidad de los gastos de personal. Cita en soporte de su pretensión los documentos números 3, 6 y 7 a 11, obrantes a los folios 26 a 34 y 21 de autos.

Respecto de la sustitución del año 2009 por el 2008 la parte impugnante del recurso está conforme con ello, por lo que ha de admitirse al no ser litigioso. Y respecto a la mención de la antigüedad en el relato fáctico ha de puntualizarse que se trata de un concepto jurídico, no de un dato de hecho. Lo probado es que la trabajadora comenzó a prestar servicio para una tercera persona, que dicha persona es, también, apoderada de la empresa demandada y que, en la escritura de referencia, consta el mismo domicilio para apoderado y empresa. El que se trate o no de una sucesión empresarial es una consecuencia jurídica, extraída de tales hechos, que no ha de figurar en el relato fáctico y que, como reiterada doctrina unificada y de suplicación tiene declarado, ha de ser suprimida de tal ubicación y trasladada a la fundamentación jurídica de la sentencia, precisamente al párrafo segundo in fine de su segundo fundamento jurídico donde se razona respecto de la posible sucesión de empresas entre la del apoderado -no demandado- y la empresa demandada.

Ambos motivos fácticos se estiman.

TERCERO.- En los tres motivos dirigidos a la censura jurídica se denuncia infracción por la sentencia de instancia de lo dispuesto en el *artículo 44 TRET -motivo primero-; 53.1 TRET, motivo segundo, y 52.c) -motivo tercero -*. Entiende la empresa recurrente que ni se ha producido sucesión de empresa y por ello la cuantía indemnizatoria calculada en la carta de despido es la correcta, ni el despido es improcedente ya que han quedado acreditadas tanto las pérdidas habidas en el ejercicio de 2008, cuanto en el de 2009 hasta la fecha del despido, cuanto la situación de concurso de acreedores en que se encuentra inmersa.

Razones de método aconsejan estudiar conjuntamente los motivos primero y segundo, siendo evidente su relación en orden a combatir el pronunciamiento de nulidad del despido que efectúa la sentencia de instancia.

El *artículo 44 del vigente Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a la fecha del despido 30.10.2009*, en lo que interesa al objeto litigioso, es del tenor literal siguiente:

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa

cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

El texto del segundo párrafo (y el de los siguientes, no transcritos pues no interesan al objeto litigioso) fue añadido por la *Ley 12/2001, de 9 de julio* al objeto de adaptar nuestro derecho interno a la normativa comunitaria, no sólo a causa de la modificación operada en ésta por la *Directiva 98/50 / CE del Consejo, de 29 de junio de 1998* , sino por la falta de incorporación a nuestro ordenamiento de determinados mandatos de la *Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977* .

Y, como se decía en la sentencia de esta Sala de 10.6.2009 (citada por la recurrente), la finalidad de la norma transcrita no es otra que la de proteger al trabajador actuando como garantía de mantenimiento de su relación laboral evitando que esta no se extinga por el mero hecho de que cambie la persona del empresario con quien formalizó el contrato, siempre y cuando se transmita una entidad objetiva (la empresa o una unidad productiva autónoma de ámbito inferior a la empresa) en la que ha venido prestando servicios).

Pero siempre que haya habido transmisión; bien de una entidad objetiva, bien de lo que, modernamente, ha sido designado como entidad económica al tratarse de sucesión en la actividad (caso de las contratatas y subcontratatas y la mano de obra productiva dependiente de ellas).

En el presente caso no existe dato alguno en la sentencia de instancia, ni en su relato fáctico, ni en su fundamentación jurídica, que permita determinar la existencia de alguna clase de sucesión empresarial entre la empresa demandada Plurelco S.L. y Marco Antonio . Con base -únicamente- a que tal persona física aparece como apoderado de la jurídica en una escritura notarial en la que, también, consta el mismo domicilio para ambas, la sentencia de instancia deriva -inadecuadamente- la producción de los efectos de la sucesión empresarial, faltando el requisito esencial: la transmisión de elemento patrimonial, bien de entidad objetiva, bien de entidad económica, bien de actividad empresarial.

E inexistiendo sucesión empresarial -que no se invocaba en el escrito de demanda, pues en él se pretendía la antigüedad del primer contrato en base a que la persona física contratante era propietaria de la persona jurídica demandada- el cálculo de la indemnización correspondiente al despido objetivo por causas económicas, organizativas o de producción -que es el caso litigioso- ha de hacerse en base a una fecha inicial de prestación de servicios de 4.4.2005, una fecha final de 30.10.2009 y un salario diario de 100,48 euros que es el fijado por la sentencia de instancia y no es discutido en sede de suplicación. En orden a tales parámetros, los regulados en el *artículo 53.1 TRET*, resulta la cantidad de 9.210 ,66 euros sensiblemente igual -ligeramente inferior- a la calculada en la carta de despido; y no estando en el objeto litigioso el determinar la corrección de la detracción del 40 por ciento de la indemnización que pudiera corresponder al Fondo de Garantía Salarial, ninguna de las partes lo ha llevado al proceso, forzoso es concluir con la estimación de los motivos estudiados, ya que, de lo razonado se desprende que la sentencia de instancia infringió las normas contenidas en los *artículos 44.1 y .2 y 53.1 TRET*.

CUARTO.- Queda la cuestión relativa a la improcedencia del despido que el recurso combate en el tercero de los motivos dirigidos a la censura jurídica.

Los criterios sentados por la doctrina jurisprudencialmente unificada, según resume la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2010 -rcud nº 1234/2009- son los siguientes:

a).- Cuando se acreditan pérdidas relevantes, los despidos pueden tener un principio de justificación, pues «tal medida reduce directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa» (SSTS 17/04/96 -rcud 3099/95-; 29/05/01 -rcud 2022/00-; 30/09/02 -rcud 3828/01-; y 29/09/08 -rcud 1659/07 -).

b).- «Si estas pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio salvo prueba en contrario ... que la amortización de puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa», porque la amortización de puestos de trabajo sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente por sí misma a aliviar la cuenta de resultados (SSTS 24/04/96 -rcud 1205/03-; 15/10/03 -rcud 1205/03-; 30/09/02 -rcud 3828/01-; y 29/09/08 -rcud 1659/07 -).

c).- Pero es exigible acreditar la conexión entre la extinción del contrato y la superación de la crisis en términos de adecuada razonabilidad, de acuerdo a las reglas de experiencia (SSTS 14/06/96 -rcud 3099/95-; y 29/09/08 -rcud 1659/07 -), porque «ni se puede presumir que la empresa por el solo hecho de

tener pérdidas en su cuenta de resultados pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores, ni tampoco se le puede exigir la prueba de un hecho futuro, que, en cuanto tal, no susceptible de ser acreditado, como sería el demostrar la contribución que la medida de despido pueda tener en relación con la situación económica negativa de la empresa. Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido» (STS 29/09/08 -rcud 1659/07 -).

d).- Para llevar a cabo la amortización no es necesario que la situación económica negativa de la empresa sea irreversible; antes al contrario, lo más propio y característico de estos supuestos es que se trate de situaciones no definitivas, es decir, recuperables, y que precisamente con la adopción de esas medidas extintivas se busca y pretende superar esa situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma (STS 24/04/96 -rcud 3543/95 -). Y

e).- Dada la redacción del *art. 52.c) ET*, basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde contribuye a solucionar la crisis, para que tal medida se encuentre justificada, sin que sea exigible acreditar que la amortización de puestos de trabajo constituye por sí sola una solución suficiente, ni que esa solución será definitiva junto a otras medidas (STS 11/06/08 -rcud 730/07 -).

Y, como dice la sentencia del TS, Sala de lo Social, de 2.3.2009 rcud. nº 1605/2008, acreditados tales extremos, no nos incumbe a los Tribunales de Justicia tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario.

QUINTO .- En el presente caso la sentencia de instancia declara probado que en el ejercicio económico correspondiente al año 2008 la empresa demandada -que conforme consta en la carta de despido, que la sentencia de instancia da por reproducida en el ordinal segundo del relato fáctico, ejerce su actividad en el sector de la construcción- sufrió pérdidas por importe de 5.563.691 euros, siendo de 576.964,85 euros las correspondientes al ejercicio del año 2009 hasta la fecha del despido de la demandante.

Además, como ya ha tenido ocasión de manifestar esta Sala, la crisis en el sector de la construcción es tan notoria como importante.

La sentencia de instancia fundamenta exclusivamente la declaración de improcedencia del despido en la cuantía de las remuneraciones económicas de los socios de la empresa demandante, y entiende que no pueden ampararse en la norma del *artículo 52.c)*, en relación con el *51.1*, TRET «situaciones económicas derivadas de prácticas por completo ajenas a circunstancias que pueden interferir un desarrollo exitoso de un proyecto empresarial, como es el caso de las altas retribuciones establecidas para los socios, existentes en el momento del despido del trabajador, que no hacen más que generar, o cuanto menos no contribuir activamente en orden a superar las dificultades que pretende solventar, en parte con un despido objetivo» (sic).

Tal argumento no es admisible en el ámbito de aplicación de las normas citadas. La doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo confirma el despido del único trabajador de una empresa cuando su actividad es asumida personalmente por el propio empresario -por lo que este, el empresario, se lucra personal y directamente del resultado de su trabajo- en sentencia de 29.5.2001 (rec. 2022/2000), que la de 30.9.2002 (rec 3828/2001) cita expresamente.

En consecuencia, quedando acreditada la situación económica negativa de la empresa demandada, siendo notoria la situación de crisis en el sector de la construcción, y siendo razonable la medida de amortizar el puesto de trabajo de la recurrente, el motivo, y con él el recurso, ha de ser estimado.

En atención a lo expuesto hemos dictado el siguiente

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación nº **542/2010**, ya referenciado, interpuesto contra la sentencia nº 104/2010 dictada en 19 de febrero del corriente por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Zaragoza que revocamos y dejamos sin efecto; desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por Encarna contra Plurelco S.L. a quien absolvemos libremente de cuantos pedimentos contra ella han sido deducidos, declarando procedente la decisión extintiva combatida. Sin costas, devuélvase a la recurrente el depósito y la consignación efectuados para recurrir.

Contra esta resolución cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación, debiendo prepararse mediante escrito ante esta Sala.

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