

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 18 de febrero de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 74/2013

SUMARIO:

Despido colectivo. Decisión ajustada a derecho. Empresa mixta promovida por la Diputación provincial de Albacete de la que en la actualidad es titular del 99,98% del capital social. Periodo de consultas. Precisión de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados. Esta exigencia ha de valorarse en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta, pues no es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra (como la demandada) que solo tenía 58 empleados prestando servicios de muy distinta índole. *Configuración del principio de buena fe.* La previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (art. 1258 del CC) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 del ET. Por ello, es claro que la buena fe que exige el art. 51 del ET es una buena fe negocial. *Insuficiencia de documentación exigible, originadora de indefensión, mala fe y ocultación.* No toda ausencia documental ha de conducir necesariamente a la declaración de nulidad del despido colectivo. De tan drástica consecuencia han de excluirse aquellos documentos que se revelen intrascendentes a los efectos que la norma persigue. No existe previsión legal alguna para que se aporte por las sociedades mercantiles del sector público, como en el presente caso, documentación de ajuste presupuestario o plan de reequilibrio, sin perjuicio de que los principios de prevención o corrección que se contienen en la normativa de estabilidad presupuestaria sean tenidos en cuenta como elementos generales de actuación. *Justificación económica del despido colectivo.* Ha de efectuarse desde la perspectiva del art. 51 del ET. La situación económica de pérdidas equivale también a una insuficiencia o ausencia reiterada de ingresos, sin que pueda negarse la realidad de aquellas por el hecho de que tradicional e históricamente la Diputación hiciera frente al déficit por la vía de la subvención. Voto particular.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 51 y 52 y disp. adic vigésima.

RD 801/2011 (Regulación de empleo y traslados colectivos), arts. 6 y 8.

PONENTE:

Don Jesús Gullón Rodríguez.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación interpuesto por la Letrada D^a Lourdes Félix Redondo, en nombre y representación de D. Martín, D. Jose Ignacio, D^a Rosa Y D. Aquilino (Miembros del Comité de Empresa del ITAP, S.A.) y por la Letrada D^a Encarnación Tarancón Pérez, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS Y DE LA CIUDADANÍA DE CC.OO. CASTILLA-LA MANCHA, contra la sentencia de 19 de diciembre de 2.012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el procedimiento núm. 9-10/2012 seguido a instancia de los aquí recurrentes contra el Instituto Técnico Agronómico Provincial S.A. (ITAP, S.A.) sobre Despido Colectivo.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida el INSTITUTO TÉCNICO AGRONÓMICO PROVINCIAL, S.A. representada por el Letrado D. José Manuel García Blanca.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez,

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Por los miembros del Comité de empresa del ITAP, S.A.: D. Martín, D. Jose Ignacio, D^a Rosa y D. Aquilino, se presentó demanda sobre despido colectivo contra el Instituto Técnico Agronómico Provincial, S.A. (ITAP, SA),

de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare <<la nulidad del despido colectivo, ... por estar realizado el mismo con fraude de ley, abuso de derecho, por ocultación de información y datos y mala fe en la negociación dentro del período de consultas, ..., obligando a la demandada a la readmisión de los trabajadores en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tenía antes de la fecha del despido ... Subsidiariamente ... se declare la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO ..., reconociendo así mismo todos los efectos inherentes a la declaración de despido improcedente ...>>.

Por la representación de la Federación de Servicios y de la Ciudadanía de Castilla-La Mancha de CCOO se presentó demanda sobre despido colectivo contra la misma parte demandada y ante el mismo Organismo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare: <<la nulidad del despido colectivo, ... por no haber respetado lo previsto en el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, ... o, subsidiariamente, declare no ajustada a Derecho la referida decisión extintiva por no haber acreditado la empresa la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva ...>>.

Por auto de 26 de septiembre de 2.012 se acuerda la acumulación de ambas demandas.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, por la entidad demandada se interpuso excepción de falta de legitimación activa del sindicato CCOO y se alegó la procedencia del despido colectivo, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero.

El día 19 de diciembre de 2.012, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Que desestimando las demandas acumuladas interpuestas por D. Martín, D. José Ignacio, D^a Rosa y Aquilino, todos ellos miembros del comité de empresa del ITAP, S.A., y por D^a Estibaliz, en su condición de secretaria general regional de la Federación de Servicios y de la Ciudadanía de Castilla-La Mancha de Comisiones Obreras y por D^a Esther en su condición de representante sindical de Comisiones Obreras, sobre despido colectivo debemos declarar y declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva decretada por la empresa demandada Instituto Técnico Agronómico Provincial (ITAP, S.A.)>>.

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << 1.º- Por escritura pública de fecha 6 de octubre de 1986 se promovió por la Diputación Provincial de Albacete la sociedad anónima, empresa mixta, denominada Instituto Técnico Agronómico Provincial (ITAP, S.A.) de la que suscribió inicialmente el 70% de su capital. El objeto de tal sociedad se establece en el art. 2 de sus estatutos sociales y comprende: 1) La gestión y explotación de patrimonio rústico de la Diputación, 2) La investigación en el área de la citogenética y de las técnicas de cultivo de cereales y leguminosas, 3) La producción y comercialización de las variedades de plantas obtenidas por la entidad, 4) El desarrollo del programa de mejora ganadera de ovino, 5) La gestión de un laboratorio agropecuario provincial, 6) La gestión y explotación de los equipos de sondeo de la Diputación, 7) El asesoramiento técnico a los agricultores y ganaderos de la provincia, 8) El desarrollo de programas provinciales de agricultura y ganadería (campaña de fomento ganadero, campaña de sanidad animal, fomento de cultivos de interés provincial, campañas fitopatológicas, etc.), 9) La colaboración con Organismos Públicos, y 10) Cualquier otra actividad relacionada con las anteriores- La última ampliación de capital, en cuantía de 1.500.127,18 euros fue acordada en Junta general, extraordinaria y universal de 26 de abril de 2006 y suscrita íntegramente por la Diputación Provincial de Albacete. En la actualidad, esta entidad es titular del 99,98 del capital social de ITAP- 2.º- Por Acuerdo del Pleno de la Diputación Provincial de Albacete de fecha 4 de abril de 2000, se determina que tal Institución encarga al ITAP la gestión integrada de sus servicios agropecuarios, que se detallan en los estatutos del Instituto, estableciéndose como régimen económico el siguiente: La Diputación satisfará anualmente al ITAP el costo de los servicios que, con arreglo a su presupuesto, debe prestar en cada ejercicio económico. Tales costos se minorarán con los ingresos que el ITAP obtenga del desempeño de sus funciones y de la explotación del patrimonio rústico. La cantidad final con la cual la Diputación subvencionará anualmente al ITAP, sin perjuicio de los adelantos que a tal efecto realice la Diputación, sólo se podrá determinar una vez cerrado el ejercicio, después del correspondiente informe de auditoría externa, y la aprobación preceptiva por el Consejo de Administración y la Junta General de Accionistas del mismo- Los presupuestos del ITAP quedarán adaptados a los siguientes condicionantes: 1.º- La aportación anual de la Diputación al ITAP no podrá incrementarse en un porcentaje mayor del que se incremente el Presupuesto General de la Diputación; 2.º- Finalizado el ejercicio, una vez conocida la liquidación del presupuesto, la aportación de la Diputación no podrá sobrepasar el 10% de lo presupuestado inicialmente en cada año. Dicho incremento deberá ser con motivo de una disminución de los ingresos derivados

de las cosechas agrícolas, siempre imprevisibles por efectos externos, o por la encomienda de nuevos servicios o actividades no previstas en el punto 1.º del borrador del acuerdo. En el presupuesto de cada año figurarán debidamente separadas las partidas de producción, de las que atienden servicios o programas de investigación- 3.º- En fecha 25 de mayo de 2012, la entidad Instituto Técnico Agronómico Provincial ITAP, S.A.) comunicó a la Autoridad Laboral el inicio de las actuaciones para acordar el despido colectivo de 24 trabajadores del total de 58 que conforman su plantilla, por causas económicas, organizativas y productivas; y en fecha 28 de mayo de 2012, igual comunicación se efectuó al Comité de Empresa de tal entidad- En ambos casos se acompañó la siguiente documentación: Memoria explicativa, informes de auditoría de los años 2008, 2009, 2010 y 2011; cuentas anuales correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010; informe de control interno; escritura de constitución y estatutos de ITAP; escritura de ampliación de capital, escritura de fusión MYCETUS; Cif; TCs noviembre/11 a abril/12; aportación Diputación presupuesto ITAP, S.A.; relación de personal ITAP y relación de personal afectado (toda la documentación obra aportada a las actuaciones en soporte informático)- 4.º- El periodo de consultas se inició el día 28 de mayo de 2012 con duración prevista hasta el 28 de junio del mismo año. No obstante en esa fecha, por acuerdo entre el ITAP y la representación de los trabajadores, se decidió prorrogar el plazo por una semana más, circunstancia que fue debidamente comunicada a la Autoridad Laboral en fecha 28 de junio de 2012, adjuntando copia del acuerdo en tal sentido de las partes negociadoras- El periodo de consulta se ha concretado en las reuniones celebradas los días 28 de mayo, 4, 13, 19, 22 y 28 de junio, dentro del período inicial de 30 días naturales, y 4 y 5 de julio en el de prórroga, con el resultado que consta en las distintas actas que obran unidas a las actuaciones- En el acta de la reunión inicial de fecha 28 de mayo de 2012, consta que aunque los integrantes de la mesa negociadora van a ser los representantes del Comité de Empresa, se invita a los representantes del sindicato CCOO, para actuar como asistentes, de oyentes, con voz pero sin voto, en lo que ambas partes negociadoras están de acuerdo, recayendo la designación en D^a Esther, a la que se le entrega copia de la documentación presentada por el ITAP- El periodo de consultas concluyó el día 5 de julio de 2012, sin acuerdo. No obstante por la representación del ITAP se retira a un total de 7 trabajadores afectados por el despido colectivo, 3 del Área de producción Casa del Pozo y 4 del Área de producción de San Gregorio (acta de 5 de julio de 2012), quedando el número de afectados reducido a 17 trabajadores- 5.º- Con fecha 6 de julio de 2012, el ITAP comunica a la Autoridad Laboral y a la representación legal de los trabajadores la finalización del período de consultas sin acuerdo, adjuntándose relación de trabajadores afectados y fecha de efectividad de los ceses así como los criterios tenidos en cuenta para excluir del despido colectivo a los 7 trabajadores antes mencionados- En fecha 13 de julio de 2012 se emite informe por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el que se da cuenta de las visitas giradas a la sede de la empresa, y de la entrevista con dos trabajadoras afectadas por el despido, así como con representantes de la empresa y de los trabajadores y de la recepción del acta final y documentación adicional- En relación con la causa del despido colectivo, se menciona el hecho de que la extinción de los contratos obedece a la reducción del presupuesto en 600.000 euros. Se hace referencia a la duración del período de consultas y su prórroga por acuerdo de las partes y se destaca que en cuanto a los criterios de selección se ha seguido un criterio presupuestario y no funcional o de antigüedad, y se recoge la opinión de los representantes de los trabajadores de que no se les ha informado adecuadamente sobre los criterios de selección de los afectados- En el mismo informe se hace referencia a que el despido colectivo finalmente solo afecta a 17 trabajadores, circunstancia que ha sido comunicada a la Autoridad Laboral, se determina que no se aprecia la concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho y se concluye que se ha respetado parcialmente el procedimiento, debido a la superación del máximo legal del periodo de consultas de 30 días naturales y que se ha negociado de buena fe aunque no se haya alcanzado acuerdo- 6.º- El ITAP ha venido presentando hasta los últimos ejercicios económicos un creciente déficit, que ha debido ser sufragado por subvenciones de la Diputación, conforme al acuerdo de 4 de abril de 2000-

| Año | Importe | % Incremento |
|------|---------------|--------------|
| 2003 | -1.266.919,97 | |
| 2004 | -1.424.355,82 | 12,43% |
| 2005 | -1.556.222,21 | 9,26% |
| 2006 | -1.647.124,45 | 5,84% |
| 2007 | -1.690.285,28 | 2,62% |
| 2008 | -2.213.911,18 | 30,98% |
| 2009 | -2.404.789,31 | 8,62% |
| 2010 | -2.195.985,96 | -8,68% |
| 2011 | -1.738.436,65 | -20,84% |

En el año 2009 las pérdidas totales ascendieron a 2.404.789,31 euros parte de las cuales la Diputación hubo de cubrir con 1.973.896,18 euros; en el año 2010 las pérdidas ascendieron a 2.195.985,96 de los que sufragó la Diputación 2.005.272,29 euros- El informe de auditoría correspondiente al ejercicio del año 2011 refleja

unas pérdidas totales de 1.738.436,65 euros, distribuidas de la siguiente manera: pérdidas de 75.023,81 en Cuenta de Pérdidas y Ganancias, 63.412,84 euros Ajustes contra Patrimonio y 1.600.000 euros déficit de explotación sufragado por la Diputación Provincial de Albacete vía subvención- La pérdida de patrimonio neto de la entidad ha pasado de 1.801.116,79 euros en 31 de diciembre de 2008 a 963.482,82 a 31 de diciembre de 2011. El índice de endeudamiento ha pasado de 1,25 en el año 2010 a 1,60 en el año 2011. El importe de los gastos de personal en el año 2011 supone el 95,10% sobre el total de ingresos y un 123% sobre los ingresos por actividad propia de la entidad demandada. El descenso de la cantidad presupuestada por la Diputación para el año 2012 pasa a ser de 1.000.000 euros (600.000 euros menos que en el año 2011).>>.

Cuarto.

Por la representación de D. Martin, D. Jose Ignacio, D^a Rosa y D. Aquilino (miembros del comité de empresa), se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, en el que se formulan los siguientes motivos: 1.º) Al amparo de lo prevenido en el artículo 207 b) LRJS, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales; 2.º) y 3.º) al amparo del art. 207 c) LRJS, por error en la apreciación de la prueba y 4.º) Al amparo del art. 207 d) LRJS por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable.

Por la representación de la Federación de Servicios y de la Ciudadanía de CCOO Castilla-La Mancha, se formaliza el recurso, fundamentándolo al amparo del art. 207 e) LRJS, en los siguientes motivos: 1.º) por infracción del art. 51.2 ET y de los arts. 6 y 8 del Real Decreto 801/2011 de 8 de marzo ; 2.º) por infracción del art. 51.2, de la Disposición Adicional Vigésima ET según redacción dada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, y de la Ley 2/2012, de 27 de abril y 3.º) por infracción de lo dispuesto en la Disposición Adicional Vigésima ET o subsidiariamente de lo establecido en el art. 51.1.

Quinto.

Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar los recursos improcedentes, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de enero de 2.014. Y estimando la Sala, que dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate en Sala General, se acordó suspender el señalamiento trasladándolo al día 12 de febrero de 2.014, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación consiste en determinar la calificación que ha de corresponder al despido colectivo que llevó a cabo el Instituto Técnico Agronómico Provincial, S.A. (ITAP) con efectos de 31 de julio, por causas económicas y que afectó finalmente a 17 trabajadores de la empresa.

La sentencia ahora recurrida en casación, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en fecha 19 de diciembre de 2.012, declaró ajustada a derecho esa medida y desestimó en consecuencia las demandas acumuladas interpuestas por los miembros del Comité de Empresa, por la Federación de Servicios y de la Ciudadanía de Castilla La Mancha de CC.OO. y por Dña. Esther, como representante sindical de CC.OO.

En esencia, los hechos a los que se atuvo la sentencia de la Sala de Castilla la Mancha que ahora se recurre en casación fueron los siguientes:

a) El ITAP, S.A. es una empresa mixta que fue promovida el 6 de octubre de 1.986 por la Diputación Provincial de Albacete, de la que en la actualidad es titular del 99,98% del capital social. Tiene un objeto social amplio que comprende con carácter principal y entre otros, la gestión y explotación del patrimonio rústico y agropecuario de la Diputación; la investigación en el área de la citogenética y de las técnicas de cultivo de cereales y leguminosas; la producción y comercialización de las variedades de plantas obtenidas por la entidad o el desarrollo del programa de mejora ganadera de ovino; la gestión del laboratorio agropecuario provincial; gestión y explotación de equipos de sondeo; asesoramiento técnico a agricultores y ganaderos; desarrollo de programas provinciales de agricultura y ganadería etc.

b) La Diputación encarga al ITAP la gestión integrada de sus servicios agropecuarios, estableciéndose en cuanto al régimen económico -según Acuerdo del Pleno de la Diputación de 4 de abril de 2.000-- que por ésta se satisfaría anualmente al ITAP en forma de subvención el costo de los servicios que, con arreglo a su presupuesto, debería prestarse en cada ejercicio económico. Tales costos se habrían de minorar con los ingresos que el ITAP

obtuviese del desempeño de sus actividades y de la explotación del patrimonio rústico. La cantidad final con la cual la Diputación subvencionaría anualmente al ITAP, sin perjuicio de los adelantos que pudiesen realizarse, solo se podría determinar una vez cerrado el ejercicio, después del correspondiente informe de auditoría externa, y la aprobación preceptiva por el Consejo de Administración y la Junta General de Accionistas del mismo.

c) El 25 de mayo de 2.012 la empresa comunicó a la Autoridad Laboral el inicio de las actuaciones para acordar el despido colectivo de 24 trabajadores del total de 58 que componían su plantilla, invocando para ello la existencia de causas económicas, organizativas y productivas; dos días después, el 28 de mayo, se llevó a cabo esa comunicación al Comité de empresa.

d) Tanto en una como en otra comunicación, se acompañaron los siguientes documentos: 1) memoria explicativa; 2) Informes de auditoría de los años 2008, 2009, 2010 y 2011; 3) cuentas anuales correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010; 4) informe de control interno; 5) escrituras de constitución y estatutos de ITAP; 6) escrituras de ampliación de capital y de fusión MYCETUS; 7) Cif y TCs noviembre/11 a abril /12; 8) aportación de la Diputación al presupuesto ITAPSA; 9) relación de personal del ITAP y relación de personal afectado.

e) El período de consultas se inició el día 28 de mayo con duración prevista hasta el 28 de junio del mismo año. No obstante en esa fecha, por acuerdo entre el ITAP y la representación de los trabajadores, se prorrogó el plazo una semana más, lo que fue comunicado a la Autoridad Laboral.

f) Durante el periodo de consultas se llevaron a cabo 8 reuniones, en cuyas actas se refleja ampliamente el contenido de las negociaciones, propuestas y desacuerdos, hasta que se tuvo por concluido ese periodo en la reunión del 5 de julio al no haberse alcanzado acuerdo. No obstante, la empresa decidió dejar sin efecto parcialmente la medida de despido inicialmente propuesta, para 7 trabajadores originariamente afectados, quedando finalmente el número reducido a 17 trabajadores.

g) Con fecha 6 de julio de 2012, el ITAP comunicó a la Autoridad Laboral y a la representación legal de los trabajadores la finalización del período de consultas sin acuerdo, adjuntándose relación de trabajadores afectados y fecha de efectividad de los ceses, así como los criterios tenidos en cuenta para excluir del despido colectivo a los 7 trabajadores antes mencionados.

Segundo.

La sentencia recurrida rechazó las pretensiones referidas a la nulidad del despido por entender que en el periodo de consultas se había superado la duración legal máxima de 30 días precisamente porque la breve prórroga de ese tiempo fue acordada por ambas partes y con objeto de examinar una nueva propuesta de resolución del conflicto.

Tampoco acogió la invocada, como causa de nulidad, ausencia de buena fe en las negociaciones del periodo de consultas derivada de una pretendida no aportación de la documentación exigible, ni tampoco por ausencia de una verdadera voluntad de negociar achacable a la empresa, entendiéndose, por el contrario, que sí se pudo constatar esa voluntad negociadora en el simple análisis de las propuestas y contrapropuestas que se contienen en las actas de las distintas reuniones habidas.

También se rechaza en la sentencia recurrida la nulidad del despido por una invocada ausencia de los criterios tenidos en cuenta por la empresa para la designación de los trabajadores afectados por los despidos, porque en la Memoria Explicativa y en la reunión del día 4/7/2012 se aportaron por el ITAP esos criterios de manera suficiente, aunque sucinta.

En cuanto a las causas económicas invocadas, la sentencia recurrida parte de que el capital de la demandada, en su práctica totalidad, está suscrito por la Diputación Provincial de Albacete, por lo que esa S.A. forma parte del sector público a que se refiere el art. 3.1, apartado d) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de donde deduce la aplicabilidad al caso del párrafo primero de la disposición adicional vigésima del ET, que a su vez en materia de despidos colectivos remite a lo dispuesto los arts 51 y 52 ET .

Después, analiza el contenido de la prueba y concluye afirmando que la causa económica invocada ha quedado acreditada, de lo que desprende la consecuencia de que el despido colectivo se ajusta a derecho. Según los hechos que declara probados, queda probado que el ITAP ha venido presentando pérdidas desde el principio, y que han sufrido un incremento paulatino que ha precisado de mayores aportaciones externas vía subvención por parte de la Diputación, produciéndose al propio tiempo un notable deterioro del patrimonio neto de la entidad, un incremento del índice de endeudamiento, un incremento de los gastos de personal, a lo que se une un descenso de la cantidad presupuestada por la Diputación para el año 2012 que pasa a ser de 1.000.000 euros (600.000 euros menos que en el año 2011).

Termina diciendo la sentencia que no compete a esa Sala valorar la oportunidad de la decisión de la Diputación al establecer la disminución de la cantidad con la que se subvenciona al ITAP para su mantenimiento, ni puede compelerse a tal entidad, a que mantenga inalterable la necesaria cobertura presupuestaria por vía de subvención de esta entidad.

Tercero.

Recurren ahora en casación frente a la referida sentencia los demandantes que integran el Comité de Empresa y la representación del Sindicato CC.OO.

El recurso de casación formulado por los primeros se construye sobre cuatro motivos. El primero de ellos se formula al amparo de lo dispuesto en la letra b) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, aunque realmente parece referirse a la letra c) de dicho precepto procesal, "quebrantamiento de las formas esenciales por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales..." puesto que lo que se imputa a la sentencia es la infracción del artículo 81.1 LRJS, ya que -se afirma en el motivo-- debió apreciarse de oficio la indebida integración del litisconsorcio pasivo, desde el momento en que el último párrafo de la sentencia (al que nos hemos referido en el último inciso del anterior fundamento) parece vincularse la existencia de las causas económicas a determinadas actuaciones de la Diputación en relación con la asignación del presupuesto o de las subvenciones al ITAP.

Tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, el primer motivo de casación no puede prosperar, puesto que, al margen de la necesidad o no de construir el argumento de la sentencia recurrida sobre la base indicada, lo cierto es que en el presente despido colectivo, tal y como por otra parte los demandantes afirmaban en sus demandas al construir la relación jurídico- procesal, se trata de analizar la actuación de una Sociedad Anónima dotada de personalidad jurídica independiente en relación con el despido colectivo fundado en causas económicas, sin que el hecho de que esa sociedad recibiera subvenciones de la Diputación altere la realidad de esa capacidad y personalidad jurídica propia de la Sociedad demandada, que actuaba legítimamente como única empleadora de los trabajadores afectados por la medida colectiva, posición y autonomía empresarial que los propios demandantes asumieron durante todo el proceso de negociación llevado a cabo en el periodo de consultas, puesto que únicamente ha sido a la hora de interponer el recurso de casación cuando se ha suscitado esta alegación relativa a la intervención procesal de la Diputación como demandada.

Cuarto.

El segundo motivo de este recurso pretende, con invocación equivocada de la letra c) del artículo 207 LRJS, la existencia de una valoración errónea de la prueba, solicitando la modificación o adición de determinados extremos en el hecho quinto de los declarados como probados, para que se añadan las valoraciones que el informe de la Inspección de Trabajo (folios 121 a 124 tomo III) lleva a cabo en la página 123, todo ello en relación con la pretendida ausencia de criterios objetivos para designar a los trabajadores afectados por el despido, así como a la incidencia que el cambio en los criterios de contabilidad llevados a cabo en el año 2.011 tuvo en la determinación del alcance de las pérdidas en la entidad demandada y, a su vez, en la calificación del despido colectivo.

Es constante la doctrina de esta Sala en materia de revisión de hechos probados, tal y como se puede apreciar en la SS.TS 4ª de 3/7/2013, RC 88/11 y 4/5/2013, RC 285-11 con cita, entre otras de STS 5/6/2011, RC 158/2010, que fijan los requisitos para la modificación del relato de hechos, tanto en suplicación como en casación, partiendo del carácter extraordinario de estos recursos.

Esa doctrina pone de relieve que la revisión de hechos probados exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis. 2.º- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. 3.º- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; y 4.º- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las más recientes, SSTS 14 mayo 2013 -rcud. 285/2011 - o 17 enero 2011 -rec. 75/2010).

Del mismo modo que en el anterior motivo, el Ministerio Fiscal pide su desestimación y la Sala así lo decide ahora, porque lo que pretende realmente la parte recurrente es incorporar las valoraciones que se contienen en el informe de la Inspección como hechos probados. La sentencia recurrida ya valoró ese Informe en la manera que tuvo por conveniente y apreció también las circunstancias que se tuvieron en cuenta en ese Informe, pero lo hizo de manera distinta a la que describe y propone la Inspección de Trabajo en este punto. Acoger las valoraciones en la manera que se postula sería tanto como sustituir la que se lleva a cabo en la sentencia por otra diferente, pero construida sobre los mismos hechos, para hacerla coincidir con la que se contiene en el repetido informe y el recurrente pretende incorporar, lo cual es absolutamente improcedente, puesto que la Sala al redactar la sentencia ha cumplido estrictamente con la exigencia que le impone el número 2 del artículo 94 de la LRJS al redactar los hechos probados, extraídos de la apreciación razonada y completa de todos los elementos de convicción que se aportaron en el proceso.

De esta forma, es cierto que, como se dice en ese informe, existió un cambio contable en la manera de computarse técnicamente las subvenciones con las que la Diputación contribuía a sufragar el déficit de la empresa demandada durante el ejercicio de 2.011, pero esa circunstancia por sí sola no determina, como razona la sentencia, y con independencia de su procedencia técnica contable, que sea la única causa de la realidad de la disminución evidente de ingresos que finalmente se tienen en cuenta para justificar el despido.

Por otra parte, en el informe de la Inspección se valora la justificación o expresión de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores, pero se llega a la conclusión -valoración del Inspector- de que esos criterios son insuficientes. Por el contrario, como luego se verá, la sentencia recurrida afirma lo contrario. Como se puede ver entonces, no se trata de la incorporación de unos hechos al relato histórico de la sentencia recurrida, sino de la valoración de los medios de prueba que obran en las actuaciones, para proporcionarles un alcance u otro en relación con la calificación del despido.

Quinto.

El tercer motivo del recurso del Comité de Empresa se refiere a la modificación del hecho sexto de los declarados probados en la sentencia recurrida, para que se diga que realmente la cantidad aportada por la Diputación en el año 2.012 ha sido de 1.400.000 euros, y no 1.600.000 euros que se dice en ese hecho probado.

Sin embargo, esa modificación del hecho probado se ha de rechazar por intrascendente, aun siendo cierto el dato, tal y como se desprende de los folios 11 y 13 del tomo III del ramo de prueba. Resulta irrelevante porque en realidad lo que subyace detrás de ese hecho, de esos datos numéricos no es sino la valoración contable-jurídica que haya de hacerse de las subvenciones que anualmente se transferían desde la Diputación a ITAPSA, de forma que una diferencia en ellos de 200.000 euros, o lo que es lo mismo, que la cantidad aportada en el año 2.012 fuese de 1.400.000 euros y no de 1.000.000 de euros (diferencia de 200.000 con el año 2.011) resulta irrelevante para la valoración final de la existencia de las pérdidas invocadas, teniendo en cuenta la magnitud del resto de las cifras que configuran la compleja situación económica de la demandada.

Sexto.

En el cuarto motivo del recurso del Comité de Empresa se denuncia al amparo del artículo 51.2 ET la vulneración por parte de la sentencia recurrida de tal precepto, agrupando las infracciones en dos submotivos y el primero de ellos en otros dos referidos a la pretensión de nulidad del despido.

1- Se afirma en el recurso que la demandada no dio cumplimiento a lo previsto en la letra e) del artículo 51.2 ET, en el que se exige que la comunicación escrita de la empresa con la que se lleva a cabo la apertura del periodo de consultas ha de contener los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos".

Sobre este punto, la sentencia razona y valora el contenido de la comunicación inicial y del Acta de negociación en el periodo de consultas de 4 de julio de 2.012 para afirmar que, aunque los criterios de selección contenidos en la memoria explicativa no son muy precisos, porque se hace referencia a la elección del personal afectado en función del área de servicio en que realiza su trabajo, y el de menor antigüedad, esos criterios durante el periodo de negociación alcanzaron mayor determinación, además de que consta en la documentación entregada la relación nominativa de los trabajadores afectados y la expresión del área en la que prestan servicios.

Por otra parte, con valor de hecho probado se hace referencia en la sentencia recurrida a que esa falta de detalle "...no resulta ajena a la peculiar organización y contenido de la entidad demandada, que engloba servicios de muy distinta índole, desde actuaciones de mera explotación de fincas agrícolas a otras de investigación y transferencia de sus resultados a usuarios agrícolas y ganaderos, pasando por la mera gestión administrativa de la entidad, de ahí que el grado de afectación en cada área resulte tan dispar y no pueda sujetarse a un criterio fácilmente determinable".

Partiendo entonces de esa realidad no combatida, ha de analizarse si el requisito legal previsto en la letra e) del artículo 51.2 del ET se ha cumplido en este caso, a los efectos de que los representantes de los trabajadores tengan la información exigida por el precepto.

La norma exige que se proporcionen "los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados", y en este caso para decidirlo ha de analizarse en su conjunto la información proporcionada. En primer lugar, en la memoria inicial se contiene una expresión real de esos criterios, expresados, es cierto, de una forma un tanto genérica, pero no puede olvidarse que junto con ello, se aportó también una relación de trabajadores afectados en el Anexo V, optando así por una segunda manera de información directa, la que en este punto se contenían en artículo 8 del entonces vigente Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, en el que se exigía "c) Relación nominativa de los trabajadores afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos y período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo".

Ciertamente que el artículo 51.2 e) ET, en la redacción aplicable al caso contenida en el RDL 3/2012 y también en la posterior Ley 3/2012, exige en todo caso la expresión de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados. Pero esa exigencia se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta, pues, obvio, no es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra, como la demandada, que solo tenía 58 empleados, y los despidos afectarían en principio a 24 de ellos -finalmente a 17--. Además en ella la prestación de servicios por los afectados se regía por aquellas particularidades tan específicas que señala la sentencia recurrida y que antes hemos transcrito, que indudablemente hacían mucho más complicada la exacta precisión de esos criterios, razón por la que en la forma expresada se han de considerar suficientes, teniendo en cuenta también que en el acta de la reunión del día 4 de julio - páginas 2 a 5-- la empresa entregó mayores concreciones sobre los discutidos criterios de afectación, lo que, de hecho, fue uno de los factores que determinó la realización de una última reunión en el día siguiente 5 de junio, sin que en ninguna de las dos actas apareciera manifestación alguna por parte de los trabajadores sobre insuficiencia o extemporaneidad de esos criterios complementarios.

2- La segunda causa de nulidad del despido colectivo invocada por el Comité recurrente hace referencia a la ausencia de buena fe durante la negociación del despido colectivo, lo que comportaría la vulneración por parte de la sentencia recurrida, que afirma lo contrario, de lo dispuesto en el artículo 51.2 ET, en el que se contempla la necesidad de que el despido colectivo vaya precedido de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores que habrá de iniciarse con una comunicación de la empresa que habrá de ir acompañada de la documentación a la que antes hemos hecho referencia y que se contiene en el propio 51.2 ET y art. 6 del R.D. 801/2011 .

Como decíamos en nuestra sentencia del Pleno, de 27 de mayo de 2013, (rec. 78/2012) a propósito de la "buena fe" negocial "...ciertamente ha de reconocerse que la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: art. 1258 CC) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET («ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»); b) desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de «la consecución de un acuerdo» y que el periodo de consultas «deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento», está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negocial".

Configurado de esta manera ese deber, habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones. En el presente caso, bastaría con analizar el contenido de las actas de las seis reuniones habidas para concluir, junto con el examen del contenido de la documentación remitida para la apertura del periodo de consultas para concluir que de todo ello en absoluto cabe desprender que ese proceso se haya llevado a cabo por la empresa con mala fe, con ocultación de datos relevantes o de información alguna.

La parte recurrente basa esa mala fe, esa ocultación, en el hecho de que la empresa incluyó en principio 24 trabajadores como afectados por el despido y finalmente, tal y como consta en la parte final del acta de 5 de julio de 2012, se redujo en siete trabajadores el número inicial, quedando en 17, porque, se dice en el acta, se excluyeron -por las razones que en ella se dan- a tres trabajadores de la finca Casa del Pozo, y otras cuatro de San Gregorio. La mera descripción de la causa conduce a su rechazo, cuando además se basa en datos fácticos irrelevantes para ese fin y que no constan incorporados al de hechos probados de la sentencia recurrida, de los que en todo caso no se desprendería la invocada ocultación y mala fe denunciadas en el recurso.

Séptimo.

Antes de analizar el último motivo del recurso de casación formulado por el Comité de Empresa, referido al problema de fondo, esto es, la determinación de si realmente existe la causa económica justificativa del despido colectivo, conviene por razones de orden analizar el primero de los motivos del recurso interpuesto por la representación del Sindicato CC.OO., parcialmente coincidente con alguno de los ya analizados, y resolver finalmente de forma conjunta el resto de los motivos que se refieren al fondo del asunto.

En ese primer motivo del recurso formulado por la Federación recurrente al amparo del artículo 207 e) LRJS se denuncia también la infracción del número 2 del artículo 51 ET por ausencia de buena fe negociadora, y ausencia de la aportación de la documentación exigible.

En relación con la exigencia de aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, en el fundamento de derecho anterior ya hemos dejado constancia de la posición de esta Sala, para desestimar el motivo que en la misma línea plantea la otra parte recurrente. Del mismo modo, ya hemos analizado el requisito general de la buena fe negocial y su incidencia en el proceso que concluyó con el despido colectivo que ahora analizamos. A esos razonamientos nos remitimos.

Por lo que se refiere a la insuficiencia de documentación exigible, originadora de indefensión, mala fe, ocultación y, en definitiva generadora de la nulidad del despido, con carácter general hemos dicho en nuestra sentencia de Pleno, de 20 de marzo de 2.013, (rec. 81/2012) que la principal finalidad del art. 51.2 y preceptos reglamentarios es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas del despido y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Y esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas, o de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos, en el caso examinado hay que coincidir con la sentencia recurrida en que fue suficiente, teniendo en cuenta que también hemos dicho sobre este punto en la sentencia del Pleno de 27 de mayo de 2.013 (recurso 78/2012) que la enumeración de documentos que lleva a cabo el artículo 6 de norma reglamentaria vigente entonces, el R.D. 801/2011, no tiene valor ad solemnitatem, de manera que no toda ausencia documental ha de conducir necesariamente a la declaración de nulidad del despido colectivo, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse aquellos documentos que se revelen intrascendentes a los efectos que la norma persigue, y que no es sino la de proporcionar información que permita una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos u otras posibles medidas paliativas, sustitutorias o complementarias.

En todo caso, esa suficiencia se acredita con la descripción fáctica que de ese hecho se contiene en la sentencia recurrida, en la que se dice que se aportaron por la empresa junto con la memoria explicativa, "...informes de auditoría de los años 2008, 2009, 2010 y 2011; cuentas anuales correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010; informe de control interno; escritura de constitución; escritura de ampliación de capital, escritura de fusión MYCETUS; Cif; TCs noviembre/11 a abril /12; aportación Diputación presupuesto ITAP, S.A.; relación de personal ITAP y relación de personal afectado".

A lo anterior se añade que "...durante el curso de las negociaciones, se aportó más documentación a solicitud de la representación de los trabajadores, en particular copia del último Consejo de Administración, del convenio marco entre la Diputación y la Consejería de Agricultura, última acta del comité de seguimiento del acuerdo del año 2007 y certificados del año 2008 y datos económicos de las relaciones entre el ITAP y las distintas Administraciones Públicas de los años 2008, 2009, 2010 y 2011 (acta de 19 de junio de 2012), constanding ofrecimientos por parte de la representación empresarial de aportar cualquier documento que se solicite (acta de 22 de junio de 2012)". Hay que coincidir entonces con la propia sentencia recurrida y con el Ministerio Fiscal en que esa documentación fue suficiente a los efectos de cumplir con el requisito exigido por el artículo 51.2 ET, lo que implica la desestimación del motivo de casación que ahora analizamos y por ello la nulidad que se postula en él.

Octavo.

En el segundo motivo planteado por el Sindicato CC.OO. al amparo de lo establecido en el artículo 207 e) LRJS, se denuncia la vulneración en la sentencia recurrida de lo previsto en la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores (redacción del RDL 3/2013) y de la Ley (sic) 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Desde las infracciones propuesta en el motivo, se insiste en la nulidad del despido colectivo porque en este caso no se ha aportado documentación relativa a la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de la empresa, partiendo como premisa que resulta de aplicación a la demandada en este caso el párrafo segundo de la referida Disposición Adicional.

Dicha disposición, introducida por la Disposición Adicional segunda del RDL 3/2012 y aplicable al caso, establecía lo siguiente:

"El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la

financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público."

Como es sabido, la Ley 3/2012 en este punto en concreto modificó esa Disposición Adicional Vigésima únicamente en la referencia al artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público, que pasó del número primero al segundo, eliminando así lo que probablemente, a decir de la doctrina, fue un mero error. O lo que es lo mismo, se precisó así que las previsiones del párrafo segundo de esa disposición se referían no a todo el sector público, sino a los entes, organismos y entidades que integraban la Administración Pública.

Por ello, en el supuesto que examinamos esa diferencia resulta intrascendente, porque la demandada ITAPSA es una sociedad mercantil participada por la Administración, incluida claramente en la letra d) del artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público, razón por la que le resulta aplicable el primer párrafo de esa disposición al no tener la condición, en ningún caso, de Administración Pública.

De esta forma, en ese párrafo primero de la referida Disposición Adicional se establece la regulación, la forma en la que una sociedad como la demandada ha de llevar a cabo un despido colectivo, y así se dice en aquélla que ... se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas".

La documentación que habrá de aportarse entonces en el periodo de consultas es la que se desprende de ese precepto, el artículo 51.2 ET, y del Reglamento vigente en aquél momento, el artículo 6 y 8 del RD 801/2011, como efectivamente hizo la empresa demandada, según antes se ha razonado.

En todo caso, conviene precisar desde ahora que las expresiones legales que se contienen en el primer párrafo de la repetida Disposición Adicional Vigésima ET de que los despidos colectivos que comentamos, cuando se lleven a cabo en los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, además de efectuarse en el marco del artículo 51 ET -en este caso- y sus normas de desarrollo, también deberán instrumentarse "... en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas".

Las referencias que en ese texto se contienen a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en ningún caso suponen que resulten directamente aplicables a una sociedad mercantil como la demandada, por el hecho evidente de que la misma no forma parte de la Administración Pública, tal y como se desprende de la lectura del número 2 del artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y por el hecho de que el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 2/2012, aunque considera a esas entidades públicas empresariales "sector público", solo se sujetan a las normas de la LO que se refieran específicamente a las mismas. Y precisamente en relación con ello, el artículo 11.2 y el 22 de esa norma se refieren específicamente al déficit presupuestario y la manera de actuar ante ello de las Administraciones Públicas, preceptos inaplicables por las razones expresadas a las empresas a las sociedades mercantiles del sector público no incluidas, como es el caso, en el número 2 del artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público .

No hay entonces previsión legal alguna para que se aporte una documentación de ajuste presupuestario o plan de reequilibrio que fuera exigible a la sociedad demanda en caso de despido colectivo, sin perjuicio de que los principios de prevención o corrección que se contienen es la normativa de estabilidad presupuestaria sean tenidos en cuenta con carácter general como elementos generales de actuación.

El motivo del recurso por tanto, tal y como argumenta el Ministerio Fiscal en su informe, ha de ser rechazado.

Noveno.

En el tercer motivo del recurso formalizado por la representación del Sindicato CC.OO. y en el que se incluye como punto segundo del motivo cuarto de recurso del Comité de Empresa, se denuncia por éste la vulneración por parte de la sentencia recurrida de los Estatutos de la Sociedad demandada, en relación con su régimen económico asumido por la Diputación en el Acuerdo de la Diputación de 4 de abril de 2.000, y del segundo párrafo de la Disposición Adicional Vigésima ET y del art. 51 ET en el recurso del Sindicato.

Empezando por éste segundo punto, ya se ha argumentado antes que en el art. 3 de la Ley de Contratos del Sector Público, se enumeran la totalidad de los entes que integran este sector desde la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración

Local, la Administración de la Seguridad Social, los organismos autónomos o las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación pública sea superior al 50 por 100, pasando por las denominadas entidades públicas empresariales.

Y ya dijimos que ITAPSA está incluida en ese primer número del art. 3 de la citada Ley y que por ello no es Administración Pública en sentido técnico, puesto que no está dentro de las previsiones del artículo 3.2, precepto éste con arreglo al que tienen únicamente la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, los organismos gestores de la Seguridad Social, los organismos autónomos y las restantes entidades que se relacionan en este precepto, entre las que no están desde luego las sociedades mercantiles de titularidad pública, como la empresa demandada.

El análisis por tanto de la eventual justificación económica del despido colectivo que llevó a cabo la sociedad anónima demanda ha de efectuarse desde la perspectiva del artículo 51 ET, en el que se dice que concurrirá esa causa 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". Desde esas previsiones de la norma, la sentencia recurrida analizó la prueba practicada para llegar a la redacción de los hechos probados, sobre los que después se razona ampliamente en los fundamentos de derecho, para concluir que en el año 2009 las pérdidas totales en la empresa ascendieron a 2.404.789,31 euros, parte de las cuales la Diputación hubo de cubrir con 1.973.896,18 euros; en el año 2010 las pérdidas ascendieron a 2.195.985,96 euros, de los que sufragó la Diputación 2.005.272,29, y en el año 2011 las pérdidas ascendieron a 1.738.436,65 euros, haciéndose cargo la Diputación por vía subvención de 1.600.000. Para el año 2012, la Diputación ha aprobado un presupuesto de 1.400.000 euros (no 1.000.000 como se dice erróneamente en la sentencia).

También de la prueba practicada se concluye como hecho no combatido en la sentencia recurrida que los gastos de personal ascendieron a la cantidad de 2.372.428,09 euros lo que supone el 95,10% sobre el total de ingresos y un 123% sobre los ingresos por actividad propia de la entidad demandada, incluyendo el importe de las subvenciones de la Diputación.

Las argumentaciones de los recurrente para negar la realidad de tales pérdidas pasan por la evidencia de que tradicional e históricamente era la Diputación la que por vía de subvención hacía frente al evidente déficit, tal y como se decidió en el Acuerdo del Pleno de la Diputación de 4 de abril de 2.000. Pero ese Acuerdo no solo no es una norma jurídica invocable como infringida en el extraordinario recurso de casación, sino que tampoco es una decisión petrificada en el tiempo o inamovible, sino que es una manifestación de la voluntad colegiada del Órgano susceptible de ser sustituida a por otra, como de hecho ha sucedido cuando en diversos y sucesivos Plenos de la Diputación se han ido minorando las subvenciones en un marco económico y una situación de déficit presupuestario público y notorio a nivel del Estado.

Dicho lo anterior, la forma de contabilizar técnicamente esas subvenciones carece de significado relevante, desde el momento en que en realidad ello se produjo, tal y como se desprende del informe de auditoría del año 2011 y de la certificación de la Intervención General de la Diputación de 24/09/2012, en los ejercicios económicos 2.000-2.007 compensando el saldo siempre negativo de del ITAP con las aportaciones ordinarias y extraordinarias vía subvención de la Diputación, que inicialmente no se consideraban contablemente como o ingresos en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, pero que si se contabilizaron de esa manera desde el año 2008, lo que en todo caso no excluye la existencia real del balance negativo en la contabilidad, porque no existe un derecho perpetuo y fijo de que ese déficit del ITAP se deba absorber año tras año con cargo al presupuesto de la Diputación Provincial mediante subvenciones. La expresión de la situación contable de la Sociedad Anónima ha de ser la que se refleje antes de que se aporte la subvención por parte de la Diputación, de la que se desprende el déficit real existente, tal y como razonan los informe técnicos en los que se basó la sentencia recurrida para redactar los hechos probados que, insistimos, no han sido alterados o modificados en el recurso.

La situación económica de "pérdidas" en la empresa demandada ITAP en la forma que ha quedado expresada, equivale también realmente a una insuficiencia o ausencia reiterada de ingresos, lo que condujo a la sentencia recurrida a declarar que el despido colectivo de los 17 trabajadores afectados, con arreglo a lo previsto en el artículo 51 ET y 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pronunciamiento que ahora debemos confirmar al desestimar también los últimos motivos de casación analizados en este fundamento de derecho, porque no se produjeron en aquélla las infracciones denunciadas en tales motivos, teniendo en cuenta también que esa es la solución que propone el Ministerio Fiscal en su extenso y razonado informe.

Los dos recursos de casación habrán de ser en consecuencia desestimados y confirmada íntegramente la sentencia recurrida, sin que haya lugar a la imposición de costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS .

Décimo.

En un plano diferente, plantea el recurso de casación de la representación del Sindicato una cuestión que por fuerza será ajena a la resolución del mismo por no ser materia de casación, al situarse realmente fuera de su ámbito procesal en fase posterior y distinta de la propia sentencia recurrida.

Nos referimos a la pretensión de que esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo declare ahora como no ajustada a derecho al decisión de la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de exigir al Sindicato el abono de la tasa prevista en la Ley de Tasas 10/2012, y RDL 3/2013, o, subsidiariamente, que por la Sala se plantee una cuestión de inconstitucionalidad sobre la incidencia de dicha norma en el ejercicio del derecho al recurso por parte de trabajadores, Sindicatos y beneficiarios de la Seguridad Social.

Tal y como se desprende del artículo 8 de la norma aplicable en el momento de interponerse el recurso, la Ley 10/2012, la exigencia de la tasa es competencia del Secretario Judicial, y en este caso consta que el Sindicato que hoy recurre en casación la abonó puntualmente.

Sobre la exigibilidad de la tasa en el ámbito de los recursos de suplicación, casación y casación para la unificación de doctrina, esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo adoptó en 5 de junio de 2.013 un Acuerdo no Jurisdiccional con arreglo al que resultaba inexigible para trabajadores, beneficiarios del sistema público de la Seguridad Social y Sindicatos cuando éstos actuaran en defensa de los derechos o intereses de los trabajadores de las tasas que se contemplan en la Ley 10/2012 y en el RDL 3/2013 en el ámbito de la jurisdicción laboral, y ello con efectos de 22 de noviembre de 2.012, por tener el beneficio de justicia gratuita reconocido en el artículo 2 d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en redacción dada por el RDL 3/2013, de 22 de febrero.

Por esa razón el problema jurídico suscitado de la eventual inconstitucionalidad de aquellas normas quedó así sometido a un segundo plano, porque para esta Sala, la resolución de los problemas planteados únicamente pasa por la interpretación ordinaria de la Ley, sin necesidad de juicio de constitucionalidad, pues el beneficio que los reclamantes pretenden de no abonar la tasa se reconoce en aplicación o interpretación de la ley ordinaria.

Por último, en el propio RDL 3/2013 se contiene una norma de extensión de efectos de sus previsiones a las tasas devengadas con anterioridad, cuando en su Disposición transitoria primera establece que en los casos, como en el presente, en que la exención en el abono de las tasas se corresponda con la extensión del beneficio de justicia gratuita, lo será también en relación con el devengo de la tasa judicial devengada conforme a la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y en esa disposición transitoria se contiene un sistema -ajeno al proceso laboral-de devolución del importe de la tasa que se considere indebidamente abonada.

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

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por la Letrada D^a Lourdes Félix Redondo, en nombre y representación de D. Martín, D. José Ignacio, D^a Rosa Y D. Aquilino (Miembros del Comité de Empresa del ITAP, S.A.) y por la Letrada D^a Encarnación Tarancón Pérez, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS Y DE LA CIUDADANÍA DE CC.OO. CASTILLA-LA MANCHA, contra la sentencia de 19 de diciembre de 2.012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el procedimiento núm. 9-10/2012 seguido a instancia de los aquí recurrentes contra el Instituto Técnico Agronómico Provincial S.A. (ITAP, S.A.) sobre Despido Colectivo. Sin que haya lugar a la imposición de costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Fernando Salinas Molina, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS DON Jordi Agustí Julia, DOÑA María Luisa Segoviano Astaburuaga, DOÑA Rosa María Viroles Piñol Y DON Manuel Ramon Alarcon Caracuel.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación ordinario 74/2013, por discrepar, -siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución, respecto a los dos siguientes extremos:

a) La falta de regularidad del periodo de consultas por no haberse llevado a cabo con el verdadero empresario de los trabajadores afectados, lo que debería haber comportado la declaración de nulidad del despido colectivo impugnado; y

b) Subsidiariamente, la falta de justificación de la situación económica negativa o de la disminución persistente en el nivel de ingresos o ventas, lo que debería haber comportado la declaración de injustificado del despido colectivo impugnado.

Fundándose en los siguientes antecedentes y consideraciones jurídicas:

A) Falta de regularidad del periodo de consultas por no haberse llevado a cabo con el verdadero empresario de los trabajadores afectados, lo que debería haber comportado la declaración de nulidad del despido colectivo impugnado .

1- Partiendo del carácter, señalado en la sentencia mayoritaria, de sociedad mercantil de titularidad pública de la única demandada (" Instituto Técnico Agronómico Provincial " -ITAP, S.A.), cuyo capital social inicial en el momento de su constitución en el año 1986 fue suscrito en un 70% por la Diputación Provincial de Albacete (DPA) y llegando a poseer el 99,98% de dicho capital en el año 2006, cabe entender, como resulta de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, que no han sido modificados en casación, que la relación entre el ITAP y la DPA no era la normal u ordinaria entre una sociedad con su socio mayoritario ni siquiera la habitual existente entre una sociedad y un organismo público del que pudiera recibir subvenciones con mayor o menor regularidad o en mayor o en menor cuantía para todas o para parte de sus actividades. Así se declara probado:

a) Por escritura pública de fecha 06-10-1986 " se promovió " por la DPA la sociedad anónima, empresa mixta, denominada ITAP, S.A. de la que suscribió inicialmente el 70% de su capital, que " el objeto de tal sociedad ...: 1) La gestión y explotación del patrimonio rústico de la Diputación, 2) La investigación en el área de la citogenética y de las técnicas de cultivo de cereales y leguminosas, 3) La producción y comercialización de las variedades de plantas obtenidas por la entidad, 4) El desarrollo del programa de mejora ganadera de ovino, 5) La gestión de un laboratorio agropecuario provincial, 6) La gestión y explotación de los equipos de sondeo de la Diputación, 7) El asesoramiento técnico a los agricultores y ganaderos de la provincia, 8) El desarrollo de programas provinciales de agricultura y ganadería (campaña de fomento ganadero, campaña de sanidad animal, fomento de cultivos de interés provincial, campañas fitopatológicas, etc.), 9) La colaboración con Organismos Públicos, y 10) Cualquier otra actividad relacionada con las anteriores " (HP 1ª).

b) Por Acuerdo del Pleno de la DPA de fecha 04-04-2000, se determina que " tal Institución encarga al ITAP la gestión integrada de sus servicios agropecuarios, que se detallan en los estatutos del Instituto, estableciéndose como régimen económico el siguiente: La Diputación satisfará anualmente al ITAP el costo de los servicios que, con arreglo a su presupuesto, debe prestar en cada ejercicio económico . Tales costos se minorarán con los ingresos que el ITAP obtenga del desempeño de sus funciones y de la explotación del patrimonio rústico. La cantidad final con la cual la Diputación subvencionará anualmente al ITAP, sin perjuicio de los adelantos que a tal efecto realice la Diputación, sólo se podrá determinar una vez cerrado el ejercicio, después del correspondiente informe de auditoría externa, y la aprobación preceptiva por el Consejo de Administración y la Junta General de Accionistas del mismo ", así como que " Los presupuestos del ITAP quedarán adaptados a los siguientes condicionantes: 1.º- La aportación anual de la Diputación al ITAP no podrá incrementarse en un porcentaje mayor del que se incremente el Presupuesto General de la Diputación; 2.º- Finalizado el ejercicio, una vez conocida la liquidación del presupuesto, la aportación de la Diputación no podrá sobrepasar el 10% de lo presupuestado inicialmente en cada año. Dicho incremento deberá ser con motivo de una disminución de los ingresos derivados de las cosechas agrícolas, siempre imprevisibles por efectos externos, o por la encomienda de nuevos servicios o actividades no previstas en el punto 1.º del borrador del acuerdo. En el presupuesto de cada año figurarán debidamente separadas las partidas de producción, de las que atienden servicios o programas de investigación " (HP 2.º).

2- Es decir, la constitución del ITP lo promueve la DPA, el referido Instituto no tiene una finalidad propia desvinculada de los servicios o actividades que debe realizar la DPA, tanto es así que expresamente, como objeto esencial de su actividad societaria, tiene la gestión y explotación del patrimonio rústico de la Diputación y la producción y comercialización de las variedades de plantas obtenidas por la entidad, y, además, queda constancia desde el inicio de su actividad, y concretamente, incluso documentado por escrito, a partir del Acuerdo del Pleno DPA de fecha 04-04-2000 que dicha sociedad no tenía ni iba nunca a tener ingresos suficientes para ni siquiera cubrir los gastos mínimos de su actividad, así como que los gastos de su actividad (minorados con los posibles ingresos que el ITAP obtuviera del desempeño de sus funciones y de la explotación del patrimonio rústico - cuya cuantía, de lo actuado no consta que resultara nunca trascendente) les iban a ser abonados de forma directa y anual por la DPA, configurando tal compromiso firme de abono de gastos a modo de " subvenciones ". La propia sentencia mayoritaria al resumir los hechos probados afirma que " La Diputación encarga al ITAP la gestión integrada de sus servicios agropecuarios, estableciéndose en cuanto al régimen económico -según Acuerdo del Pleno de la Diputación de 4 de abril de 2.000-- que por ésta se satisfaría anualmente al ITAP en forma de

subvención el costo de los servicios que, con arreglo a su presupuesto, debería prestarse en cada ejercicio económico " (FD 1.º letra b).

3- Entiendo muy dudoso jurídicamente que pueda ser calificada de " subvención " la cantidad que un ente público local entregue directamente a una sociedad de la que es socio mayoritario para cubrir los gastos de su actividad. Recordemos que la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas (entre las que se incluyen " las entidades que integran la Administración local " - art. 3.1.b) se contiene en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en cuyo Preámbulo se destaca que las subvenciones son una " técnica de fomento de determinados comportamientos considerados de interés general e incluso un procedimiento de colaboración entre la Administración pública y los particulares para la gestión de actividades de interés público " y que se regulan los " principios que han de informar la gestión de subvenciones (igualdad, publicidad, transparencia, objetividad, eficacia y eficiencia), y los requisitos que deben necesariamente cumplirse para proceder al otorgamiento de subvenciones y para obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora "; así como que, conforme al art. 2.1 y 2 Ley 38/2003 " 1. Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública " y " 2. No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública ".

4- En esta situación podría entenderse que el ITAP y la DPA forman una verdadera unidad y que la ITP (como se deduce de los hechos probados y se refleja en la sentencia mayoritaria, como se ha transcrito anteriormente) se limita a gestionar los servicios agropecuarios de la DPA (" tal Institución encarga al ITAP la gestión integrada de sus servicios agropecuarios ") sin verdadero patrimonio propio y a cargo prácticamente de forma plena de la DPA, por lo que pudiera entenderse que ambos constituirían el verdadero empresario de los trabajadores afectados.

Como ya se sometía a reflexión en los votos particulares emitidos a las SSTS/IV 25-septiembre-2013 (rco 3/2013, Sala General, voto particular) y 28-enero-2014 (rco 16/2013, Sala general, voto particular), el análisis formal de los elementos que conforme a nuestra jurisprudencia determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo (reflejados detalladamente en las SSTS/IV 27-mayo-2013 -rco 78/2012 y 19-diciembre-2013 - rco 37/2013, dictadas en Sala General), no debe hacernos perder de vista que desde el estricto punto de vista laboral lo que nos importa determinar es quien sea el " verdadero empresario " de los trabajadores afectados por el despido colectivo; para lo que tradicionalmente se han tenido en cuenta las prescripciones del Estatuto de los Trabajadores contenidas en su art. 1.1 y 2 sobre los conceptos de trabajador y de empresario (" 1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario " y " 2. A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior ... ") y en su art. 8 sobre la existencia de contrato de trabajo ("... Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél ").

Aunque en concretos supuestos no exista grupo empresarial a los efectos laborales y/o no concurra la integridad de los elementos jurisprudencialmente establecidos, y sin necesidad incluso de acudir a las fórmulas del fraude de ley o del abuso del derecho, entiendo que, en otros supuestos, la realidad nos debe llevar a analizar y averiguar en favor de quienes verdaderamente redundan los beneficios del trabajo para determinar en favor de quien se presta el mismo, pues puede haber sociedades formalmente empleadoras que, con independencia de lo que se establezca como su objeto social, por sí solas no sean verdaderas empresas en el sentido jurídico-laboral y únicamente integrando su actividad con la de otras personas físicas o jurídicas con aquéllas vinculadas por cualquier título, constituyan la verdadera empresa. " Empresa " que no debe configurarse siempre y exclusivamente como el mero organismo que suministra trabajo, recordando su concepto al modo clásico jurisprudencial de " organización del conjunto formado por personas, bienes y actividades " (STCT 05-03-1975).

En estos supuestos, de hecho el trabajador, aunque no se trate de confusión de plantillas, presta sus servicios a favor de todos los integrantes de la única empresa " troceada " o dividida en partes, por lo que

realmente estaríamos también ante un supuesto especial de prestaciones laborales indiferenciadas, en cuanto que los trabajadores, con independencia de cuál sea la entidad a que estén formalmente adscritos, realizan su prestación de modo simultáneo e indiferenciado a favor de los integrantes de la única empresa real, lo que comporta la aparición de un titular único de los poderes de dirección y organización que, como defintorios de la relación laboral, enuncia el citado art. 1.1 ET .

Existiendo, por otra parte, otros diversos fenómenos de interposición laboral (DRAE: " poner algo entre cosas o entre personas "), del empresario aparente, de la cesión ilegal de mano de obra, en los que participan sociedades, que, de plantearse adecuadamente por las partes y con independencia de la fórmula de los grupos de empresa, no pueden llevar a determinar el verdadero empresario.

5- De llegarse a tal conclusión en el presente caso, lo que defendemos, el procedimiento de despido colectivo y el periodo de consultas debería haberse seguido con ambas entidades, que eran quienes tenían que justificar el motivo del despido y negociar con los representantes de los trabajadores sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, por lo que ante falta de los interlocutores empresariales verdaderos no pude llevarse a efecto y debería haber comportado la nulidad del despido colectivo.

6- Finalmente, en este apartado, destacar que la falta de llamamiento a juicio a la DPA, aunque pueda entenderse justificada por motivos procesales, deja, de hecho, como no juzgado en el proceso de despido colectivo la posible relación entre la DPA y los trabajadores despedidos.

B) Subsidiariamente, la falta de justificación de la situación económica negativa o de la disminución persistente en el nivel de ingresos o ventas, debería haber comportado la declaración de injustificado del despido colectivo impugnado .

1- Aunque se aceptara, como se efectúa en la sentencia mayoritaria (FD 3.º), que la intervención procesal de la DPA como demandada se ha suscitado por primera vez por la parte actora en el presente recurso de casación ordinario y que, derivadamente, lo que pudiera ser mas cuestionable, la Sala de instancia no habría tenido la obligación de advertir a la parte actora de la posible falta de litisconsorcio pasivo necesario en especial si vinculamos tal obligación del órgano judicial (arts. 81 y 82 LRJS) a cierta inactividad de dicha parte demandante en relación con lo previsto, en su caso, en el art. 103.2 LRJS (" Si se promoviese papeleta de conciliación o solicitud de mediación, reclamación previa o demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase con posterioridad, sea en el juicio o en otro momento anterior del proceso, que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, o ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario "); entiendo que, subsidiariamente, en el caso, enjuiciado, el ITAP no habría acreditado su situación económica negativa o su disminución persistente en el nivel de ingresos o ventas, lo que debería haber comportado la declaración de injustificado del despido colectivo impugnado.

2- Como se deduce de los propios hechos probados de la sentencia de instancia, inalterados en casación, el ITAP no ha tenido nunca ingresos, dejando aparte las denominadas " subvenciones ", que le permitieran sufragar sus gastos, por lo que realmente parece que no ha variado de forma trascendente su situación económica en relación al momento en que fueron contratados los trabajadores afectados por el despido; y lo que parece que ha acontecido es que lo que desde su origen se contabilizaba como gastos a cubrir con las denominadas " subvenciones " han pasado a denominarse " pérdidas ", sin que conste causa objetiva para tal cambio, haciendo aflorar como pérdidas en el ITAP lo que antes parece que era simplemente computado como gastos originados por la gestión integrada de los servicios agropecuarios de la DPA incluido su patrimonio de tal naturaleza. Discrepando de que la sentencia mayoritaria, a pesar de reconocer la realidad de tal cambio en la forma de contabilizar, no le de trascendencia alguna a los efectos del despido impugnado (" la forma de contabilizar técnicamente esas subvenciones carece de significado relevante, desde el momento en que en realidad ello se produjo, tal y como se desprende del informe de auditoría del año 2011 y de la certificación de la Intervención General de la Diputación de 24/09/2012, en los ejercicios económicos 2.000-2.007 compensando el saldo siempre negativo de del ITAP con las aportaciones ordinarias y extraordinarias vía subvención de la Diputación, que inicialmente no se consideraban contablemente como o ingresos en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, pero que si se contabilizaron de esa manera desde el año 2008, lo que en todo caso no excluye la existencia real del balance negativo en la contabilidad, porque no existe un derecho perpetuo y fijo de que ese déficit del ITAP se deba absorber año tras año con cargo al presupuesto de la Diputación Provincial mediante subvenciones " -FD 9.º).

3- Aunque no estuviera demandada la DPA, dado su expreso compromiso de cobertura de gastos del ITAP, el que expresamente creó para gestionar sus servicios agropecuarios, la representación de los trabajadores tendría derecho a conocer las causas del cambio de criterio de la DPA de ir reduciendo o suprimiendo las denominadas " subvenciones " y el órgano judicial también debía que conocer dichos motivos, que se alega ser la que ha motivado la decisión de la sociedad de gestión, para determinar si el despido está o no fundado en una causa justa.

4- Debe recordarse que esta Sala, constituida en Pleno, en su STS/IV 29-noviembre-2010 (rcud 3876/2009), seguida, entre otras, por STS/IV 16-mayo-2011 (rcud 2727/2010), afirmó que " la solución más acorde con el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE, que en su vertiente individual se concreta en el «derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir en el derecho a no ser despedido sin justa causa» (SSTC 22/1981, de 2/Julio, FJ 8; y 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4) ... lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho (STC 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4). Lo que necesariamente invita ... a acoger interpretaciones no extensivas en la aplicación del derecho empresarial a amortizar puestos de trabajo por causas objetivas, en tanto que más favorables a la deseable continuidad en el empleo» "; y no puede olvidarse, por otra parte, la obligación del juez español de aplicar, además, el Convenio 158 de la OIT (22-junio-1982), sobre " Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador ", fue ratificado por España mediante Instrumento de fecha 18-febrero-1985 (BOE 29-06-1985), con vigencia desde el día 26-abril-1986, en especial, y que además afecta también al despido objetivo, su trascendental art. 4 en el que se preceptúa que " No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio ".

5- En consecuencia, no se comparte el criterio de la sentencia de instancia (" no compete a la Sala valorar la oportunidad de la decisión de la Diputación al establecer la disminución de la cantidad con la que se subvenciona al ITAP para su mantenimiento, ni puede compelerse a tal entidad, que además no es parte en este proceso, a que mantenga inalterable la necesaria cobertura presupuestaria por vía de subvención de esta entidad, con abstracción de las dificultades económicas o minoración de recursos financieros que pueda afectarles, puesto que aquella tiene potestad legal autónoma para determinar la estrategia en la distribución de su presupuesto y la determinación de qué concretas partidas presupuestarias son prioritarias en su mantenimiento, sino establecer si la decisión del ITAP al adoptar el despido colectivo de los trabajadores afectados es pertinente y se ajusta a la situación económica que en la actualidad presenta, cosa que, como se ha dicho, resulta debidamente acreditada " -FD 4.º), confirmado por la sentencia mayoritaria (" Las argumentaciones de los recurrente para negar la realidad de tales pérdidas pasan por la evidencia de que tradicional e históricamente era la Diputación la que por vía de subvención hacía frente al evidente déficit, tal y como se decidió en el Acuerdo del Pleno de la Diputación de 4 de abril de 2.000. Pero ese Acuerdo no solo no es una norma jurídica invocable como infringida en el extraordinario recurso de casación, sino que tampoco es una decisión petrificada en el tiempo o inamovible, sino que es una manifestación de la voluntad colegiada del Órgano susceptible de ser sustituida a por otra, como de hecho ha sucedido cuando en diversos y sucesivos Plenos de la Diputación se han ido minorando las subvenciones en un marco económico y una situación de déficit presupuestario público y notorio a nivel del Estado " -FD 9.º), de dar por bueno el que una decisión de la DPA, de la que no se permite el control judicial ni siquiera prejudicialmente, comporte la amortización por causas económicas de los puestos de trabajo de los trabajadores despidos colectivamente por el ITAP sin poder determinar el carácter justificado o no de la modificación o supresión del compromiso de abono de gastos que asumió, en su día, la DPA. Cuando, como he indicado, entiendo que no se trataba de verdaderas subvenciones y no pudiéndose justificar de forma abstracta la conducta de la no demandada DPA de reducción de éstas, como se efectúa en la sentencia mayoritaria, afirmando, lo que no figura en los hechos probados y se construye a modo de presunción, que " se han ido minorando las subvenciones en un marco económico y una situación de déficit presupuestario público y notorio a nivel del Estado ".

Madrid 18 de febrero de 2.014

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Gullon Rodriguez y el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina al que se adhieren los/as Excmos./as. Sres./as. Magistrados/as D. Jordi Agusti Julia, D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a Rosa Maria Viroles Piñol y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.