

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)
TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 24 de noviembre de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 1681/2014

SUMARIO:

Despido por causas objetivas. Trabajador con la categoría de comercial. Contenido de la carta de cese. La expresión de las causas no comporta razonamiento sobre la elección del concreto trabajador afectado. Acreditada la causa económica, la elección del puesto de trabajo a extinguir corresponde al empresario y su decisión, que debe enmarcarse en el ámbito de afectación del despido, solo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios. Sala General. **Votos Particulares.** Las causas invocadas deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir (juicio de adecuación). En el caso concreto no se alcanza a comprender que el ajuste de plantilla se limite a quienes tienen la función de promocionar el producto que la empresa sitúa en el mercado, y en este sentido, la decisión se muestra carente de la adecuación, razonabilidad o relación causa/extinción a que se concreta el posible control judicial. La conexión funcional actúa en abstracto como necesaria salvaguarda del interés del trabajador frente a posibles arbitrariedades. No tiene sentido que ante dos supuestos de despidos fundados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, los del art. 51 o los del art. 52 c) del ET, diferenciados legalmente por el mero hecho de que se superen o no los umbrales numéricos que se establecen en el art. 51.1 del ET, en el primer supuesto sea un requisito necesario para la regularidad del despido la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados con pleno control judicial de los mismos y en el segundo supuesto el empresario no tenga que indicarlos, con los que los trabajadores afectados no los conocen y el juez no podrá controlarlos.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 51.1, 52 c) y 53.1 a).

PONENTE:

Don Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Magistrados:

Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don FERNANDO SALINAS MOLINA
Don JESUS GULLON RODRIGUEZ
Don JESUS SOUTO PRIETO
Don JORDI AGUSTI JULIA
Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Manuel Piñeiro Pérez, en nombre y representación de Don Jose Enrique, contra la sentencia dictada el 7 de marzo de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 2110/2013, que resolvió el formulado contra la sentencia

del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo, de fecha 6 de septiembre de 2013, recaída en autos núm. 825/2013, seguidos a instancia de Don Jose Enrique . contra KING REGAL, S.A., sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Letrada D^a Cristina Rincón Sánchez actuando en nombre y representación de la mercantil KING REGAL, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 6 de septiembre de 2013 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta en materia de despido por Don Jose Enrique, declaro procedente el despido del mismo comunicado con efectos de 1 de julio 2013, absolviendo de sus pedimentos a la empresa demandada King Regal S.A. (con CIF A.96.953.286), convalidando la extinción de la relación laboral que con el despido objetivo se produjo, sin derecho a readmisión, indemnización ni salarios de trámite, considerándose el demandante en situación legal de desempleo por causa al mismo no imputable y consolidando la indemnización en su momento ya percibida. Que estimando en parte la acumulada reclamación de cantidad, debo condenar y condeno a la empresa demandada a abonar al demandante por paga extra junio 2013 y 1 día de vacaciones 2013 la suma de 1266,22€, sin perjuicio al efectuar el pago de los oportunos descuentos en materia de IRPF/cuota obrera, cantidad que devengará el interés anual del 10% por mora salarial; con desestimación en lo restante."

Segundo.

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" 1.º) Jose Enrique, con DNI NUM000 y de las demás circunstancias personales que en autos constan, vino prestando servicios en Asturias por cuenta y orden de la empresa demandada King Regal S.A. con antigüedad de 4-10-10, categoría profesional de comercial y salario bruto día en cómputo anual de 76,71€, sin ostentar ni haber ostentado cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores. Tenía jornada a tiempo completo y contratación indefinida, pactándose que percibiría un fijo de 25.000€ brutos año, y otros 3000€ brutos año en concepto de compensación económica por exclusividad, se contemplaba una eventual retribución variable que se pactará anualmente como anexo al contrato de trabajo y cuya validez no se prorrogará a no ser que así se estipule expresamente en dicho documento. El anexo al contrato pactando esa variable nunca existió ni se suscribió. Percibía sus haberes por talón bancario.

2.º) Nunca cobró variable o bonus por objetivos o ventas, ni los reclamó con anterioridad al despido de autos.

3.º) King Regal S.A. se constituyó el 7-2-2000, tiene su domicilio social en Oliva-Valencia, C) Navarra 6 46780, un capital social escriturado de 750.000 € y siendo su objeto social la fabricación, compraventa, distribución al por mayor y al por menor, congelación, almacenamiento en frío, importación y exportación de caramelos, aperitivos, golosinas, regaliz, bombones, dulces, frutos secos y toda clase de productos alimenticios y objetos de regalo. El actor estaba adscrito al departamento canal de alimentación.

4.º) El 1-7-2013 la empresa le participa su despido - económico con efectos inmediatos con el siguiente tenor literal:

WILL A la att. de D. Jose Enrique,

Entregada en mano - En Madrid, a 1 de julio de 2013- Muy Sr. Nuestro: Mediante la presente, la dirección empresarial de Ring Regal, S.A. (en adelante, la "Empresa" o la "Sociedad") lamenta comunicarle la extinción de su contrato de trabajo, al amparo de lo previsto en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, "E.T."), por la concurrencia de causas económicas- De esta manera, y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 53 E.T . relativo a la exigencia de expresar las causas justificativas de la medida, la presente comunicación se articula según el siguiente contenido fáctico:

- a) Introducción.
- b) Marco legal de la medida.
- c) Grupo Empresas mercantil.
- d) Concretas causas económicas.
- e) Extinción del contrato de trabajo y sus consecuencias legales.
- a)- Introducción.

Como muy bien Vd. sabe, King Regal, S.A., empresa empleadora para la que Vd. presta sus servicios, se encuentra en una situación de dificultades económicas, en el marco de un entorno muy complejo, caracterizado por:

1. Una crisis financiera sin precedentes, en la que se ha registrado un corte en seco de la financiación bancaria a las empresas, que dificulta enormemente el desarrollo de nuevos proyectos, y a la financiación regular de las operaciones.
2. Una reducción en los márgenes consecuencia de los ajustes en precio derivados de la situación actual de crisis y debilidad del consumo, que afectan directamente a los resultados de las operaciones de la mercantil.

b)- Marco legal de la medida.

En atención a esta realidad, la actual redacción del artículo ET dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establece que el contrato podrá extinguirse cuando concurra alguna de las CAUSAS previstas en el artículo 51.1 ET, siendo que este precepto establece que se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas, siendo que en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante los tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

c)- Grupo de Empresas mercantil.

En relación con dicha previsión legal y habida cuenta de que King Regal, S.A. conforma un Grupo Empresarial, desde la perspectiva mercantil, con la sociedad Casa Ricardo, S.A. de manera que en la presente comunicación extintiva se revelará la antedicha situación económica negativa de Casa Ricardo, S.A., con la cual, ya se anticipa, no consolidan cuentas fiscalmente.

De la misma forma la mercantil empleadora, King Regal, S.A. constituye grupo de empresas de naturaleza mercantil con la empresa, Casa Ricardo Diversificación, S.A., siendo que no se aporta información de esta sociedad por razón de que la misma se encuentra inactiva y sin resultado económico alguno.

d)- Concretas causas económicas; resultados del ejercicio negativos.

La concurrencia de las causas económicas como causa justificativa de la presente extinción se revela en la concurrencia de resultados de negativos del ejercicio, es decir, pérdidas, indicadores de la necesidad de acometer medidas que atenúen el agravamiento de la actual situación económica negativa.

El resultado antes de impuestos de una compañía se obtienen, de conformidad con los criterios contables comúnmente aceptados, mediante la suma y la resta de los siguientes conceptos:

- (+) Importe Neto de la cifra de negocios
- (+) Aumento de existencias de productos terminados y en curso de fabricación
- (+) Trabajos efectuados por la empresa para el inmovilizado
- (+) Otros ingresos de explotación (ingresos accesorios, subvenciones, exceso de provisiones)
- (-) Reducción de existencias de productos terminados y en curso de fabricación
- (-) Aprovisionamientos [consumo de mercaderías y de materias primas)
- (-) Gastos de personal. Salarios y Seguridad Social)
- (-) Amortizaciones de inmovilizado
- (-) Variación de las provisiones da tráfico (por créditos incobrables, por depreciación de existencias o por otros riesgos de tráfico)
- (-) Otros gastos de explotación (servicios, tributos (excluyendo el propio Impuesto sobre Sociedades), gastos de gestión corriente)
- (+) Ingresos Financieros
- (+) Gastos Financieros

En consecuencia, la cifra de resultados antes de impuestos de la compañía pondría en relación la cifra de negocios y el resto de ingresos ordinarios de explotación de la compañía propiamente dichos, con todos los gastos ordinarios en los que ha de incurrir la compañía necesarios para la obtención de tales ingresos y, a su vez, la diferencia entre ingresos y gastos financieros.

Hemos considerado oportuno incluir la partida de ingresos y gastos financieros, porque en este negocio la financiación está directamente ligada a la evolución de la actividad.

La financiación permite comprar materias primas en origen, a mejor precio y calidad, así como cumplir con los exigentes planes de abastecimiento y precio de las grandes superficies.

El gasto financiero es pieza clave en el negocio, en tanto que forma parte elemental en la gestión de la materia prima y los plazos de producción.

La evolución del resultado de las mercantiles en los ejercicios 2010, 2011, 2012 y en abril de 2013 es la siguiente:

- KING REGAL S.A.

KING REGAL, S.A. 30/04/13 2012 2011 2010

RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS -219.018,56€ -6.256.618,46 € 201.760.29€ 74.354.81€

Vemos como el resultado antes de impuestos, es negativo en 2012 y en 2013 (hasta abril). La empresa mantuvo resultados positivos en 2010, y también en 2011, si bien, hasta abril de 2013 las pérdidas alcanzan los - 219.018,56 €, y en 2012 alcanzaron la cifra de -6.256.618,46 €.

Por tanto King Regal, S.A., en 2012 y en 2013 (hasta abril) ha materializado pérdidas en el resultado global de la compañía.

- CASA RICARDO S.A.

CASA RICARDO S.A. 30/04/13 2012 2011 2010

RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS -128.835,20 € -3.446.296,80 € 201.760.29€ 74.354.81€

Vemos como el resultado es negativo en 2012 por importe de -3.446.296,80€. La empresa mantuvo resultados positivos en 2010, y también en 2011. En 2013 (hasta abril) la empresa ha tenido pérdidas por importe de -128.835,20€. Por tanto Casa Ricardo, S.A. en 2012 y 2013 (hasta abril) ha materializado pérdidas en el resultado global de la compañía.

Conclusión.

Como conclusión final de los datos expuestos, se puede afirmar lo siguiente:

I- Ambas empresas han materializado ajustes en los gastos de explotación con la finalidad de adaptar los costes a la nueva realidad de ingreso, si bien los esfuerzos realizados no han sido suficientes a tenor de la evolución del resultado de las compañías.

II- El resultado antes de impuestos de ambas compañías es negativo en 2012 y a Abril de 2013.

King Regal, S.A. ha tenido pérdidas en el capítulo de resultado antes de impuestos en 2012 y en 2013 (hasta abril). La empresa mantuvo resultados positivos en 2010, y también en 2011, si bien, hasta abril de 2013 las pérdidas alcanzan los -219.018,56 €, y en 2012 alcanzaron la cifra de -6.256.618,46 €.

A su vez en Casa Ricardo, S.A. el resultado es negativo en 2012 por importe de -3.446.296,80€. La empresa mantuvo resultados positivos en 2010, y también en 2011. En 2013 (hasta abril) la empresa ha tenido pérdidas por importe de -128.835,20 €.

III- Por todo ello, la viabilidad de las mercantiles analizadas pasa, a la luz de las magnitudes estudiadas, por avanzar en la adaptación de costes operativos a un sostenido entorno de crisis caracterizado por importantes cargas financieras, menores márgenes unidos a una mayor morosidad de los clientes y un mayor riesgo de impago.

d)- Extinción del contrato de trabajo y sus consecuencias legales .

Todo lo anteriormente expuesto determina que la Sociedad ha de acometer de forma urgente medidas que pasan por el ajuste de la plantilla. Por lo que se refiere a la concreta extinción de su contrato el artículo 52.c) E.T . se refiere a amortizaciones orgánicas, esto es, las relativas a un puesto de trabajo de la plantilla u organigrama de la organización, y no a amortizaciones funcionales, es decir, las concernientes a las concretas tareas o trabajos que se desarrollan en los referidos puestos de trabajo.

Así, y en relación con la concreta elección de su puesto de trabajo, la doctrina de nuestros Tribunales determina que cuando una Empresa adopta la decisión de extinguir uno o varios puestos de trabajo por concurrir las causas a que las que se refiere el precitado artículo 52.c) del E.T ., como es el caso que nos ocupa, corresponde al Empresario la elección del concreto puesto a extinguir como una manifestación de sus facultades de dirección y organización de la actividad.

En lo relativo a las consecuencias jurídicas derivadas de la amortización de su puesto de trabajo, por la presente ponemos en su conocimiento los siguientes extremos:

I- La fecha de efectos de la extinción es la de hoy, 1 de julio de 2013.

II- Que en atención a lo dispuesto en el artículo 53.1.b) E.T. en este acto se pone a su disposición, mediante efecto bancario, la indemnización neta de 4.408,00 € Netos, esto es, 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año.

III- Que igualmente, en el día de la fecha se pone a su disposición efecto bancario por importe de 4.453,65 E Netos, correspondiente al saldo de cuentas de la liquidación, que incluye el importe de los 15 días de falta de preaviso.

No obstante lo anterior, no se incluye en dicho importe el concepto referido a la Paga de junio de 2013, puesto habiendo gastos pendientes de liquidar y cantidades entregadas a cuenta se habrá de regularizar ambas partidas. En cuanto se regularice dichas cantidades se le abonará la extra descontando los gastos o, en su caso, abonándolos.

IV- De conformidad con las prevenciones legales, se facilitará copia de la presente comunicación extintiva a los representantes legales de los trabajadores en la Empresa, y

V- Según lo dispuesto en el artículo 208 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, la presente notificación escrita de despido le coloca en situación legal de desempleo con derecho a solicitar, si reúne el resto de requisitos legales, la correspondiente prestación por desempleo.

Sin otro particular, rogamos firme el duplicado de la presente carta en prueba de recibí de la misma, quedando a su disposición para aclarar cualquier cuestión relacionada con la presente.

Recibí, la presente a 1 de junio de 2013.

5.º) Presentó papeleta conciliatoria por despido improcedente y reclamación de cantidad (6273,94€) el 15-7-2013, y el preceptivo acto previo concluyó en data 25-7-2013 celebrado con el resultado de "sin avenencia". Se interpuso la posterior demanda rectora el 30/7/2013.

6.º) No se discute la simultánea puesta a disposición de la indemnización legal que cuantifica la carta, ni que ésta no fuera la correcta partiendo del salario de 2333,34 € brutos mes todo incluido; tampoco el abono del preaviso omitido, reclamándose por cantidad 6273,94€ y 10% de mora, desglosados como siguen:

- Bonus ventas 2012 ----- 5000,00€
- 1 día de vacaciones no disfrutadas ----- 75,58€ (se le liquidaron 6 y entiendo que le pertenecían 7)
- Paga extra mes de junio 2013 ----- 1198,36€. La demandada sólo reconoce el adeudo de esta última, no los dos conceptos anteriores.

7.º) La empresa demandada ha tenido la siguiente evolución económica:

Ejercicio 2012 2011 2010 2013 (A 30-06)

Patrimonio neto 759.253,35 5.282.396,60 4.678.622,95 400.519,16 €

Reservas 4.532.396,60 3.928.622,93 2.291.522,69 4.532.396,62 €

Cifra neta importe negocio 39.809.427,85 37.328.918,28 33.604.750,62 18.301.761,33 €

Gastos de personal 6.926.313,10 6.339.535,16 5.512.856,47 2.723.251,10 €

Otros gastos explotación 6.499.924,89 4.404.387,82 3.309.400,17 2.370.742,65 €

Resultado explotación - 5.138.058,53 + 1.143.190,14 + 1.737.495,49 + 148.403,25 €

Resultado financiero - 1.323.063,65 - 440.490,96 + 507.443,60 - 507.137,46 €

Deudas a corto plazo 15.658.794,56 13.812.910,42 8.889.866,41 12.524.607,70 €

Resultado del ejercicio - 4.523.143,25 + 603.773,67 + 1.637.100,26 - 358.734,21 €

Existencias 7.786.577,94 10.788.163,44 8.242.972,24 5.502.637,28 €

El resultado del ejercicio 2012 antes de impuestos fue de pérdidas de 6.461.122,18 €.

8.º) Casa Ricardo S.A. a tenor del impuesto de sociedades ejercicio 2012 tuvo un resultado negativo de explotación (- 2.899.219,09 € y pérdidas del ejercicio de 2.489.215,05 €.)

A 30-4-13 presenta en la cuenta de pérdidas y ganancias un resultado provisional de pérdidas de 128.835,20 €.

9.º) Casa Ricardo Diversificación S.A. declaró en el impuesto de sociedades de 2012 un resultado cero (declaración negativa sin actividad).

10.º) El Director Comercial, superior del actor, don D. Marcelino causó baja voluntaria el 27-5-2013, tenía una antigüedad de 25-1-2010. Al cese no se le liquidó bonus alguno no constando reclamación por su parte al efecto.

11.º) El actor el 5-06-13 solicitó de Don Secundino - Director Financiero un anticipo de la nómina de 06/2013 en montante de 1000,00 €.

12.º) Marcelino envió e-mail el 22-2-12 a Secundino solicitándole un bono de 5000€ entre otros para el demandante de cumplirse los objetivos al 100%: superar los 15.000.000 € en ventas y captar 30 nuevos clientes o cuentas. No consta contestación al e-mail.

El 2-3-12 envió el Sr. Marcelino un e-mail al actor y otros comerciales señalándoles que había un compromiso firmado por la dirección de pagar un bono de 5000 € a cada uno si se cumplían o cubrían objetivos de ventas de 15 millones de € en el canal alimentación.

El 10-01-13 les envió otro e-mail felicitándoles por el trabajo realizado al haber conseguido 41 cuentas nuevas y 15.195.683 € en ventas, añadiendo que "ahora nos queda concentrarnos, darlo todo este nuevo año y volver a alcanzar los objetivos que nos marque la empresa".

13.º) Otro de los comerciales compañero del actor, Argimiro, demandó a la empresa ante la jurisdicción social de Madrid conciliándose el procedimiento el 5-06-2013 (autos 269-13 del Juzgado de lo Social n.º 9 de Madrid) en los siguientes términos: "Por la demandada se manifiesta que, no obstante la concurrencia de las causas justificativas del despido objetivo a los efectos transaccionales ofrece a la parte actora la cantidad de 1000 € netos en concepto de mejora de indemnización y 5000 € brutos en concepto de saldo de cuentas y finiquito.

Las antes dichas cantidades se abonarán en la c.c. donde el trabajador percibía los salarios antes del próximo día 11/06/2013. Asimismo se hace constar que el impago de las cantidades pactadas conllevará la ejecución por la totalidad de las cantidades pendientes de abonar. El trabajador acepta y manifiesta que no tiene nada más que reclamar por los conceptos de la relación laboral. Queda extinguida la relación laboral con fecha 28/12/2012".

14.º) El 17-06-13 Damaso envió e-mail al actor y otro comercial Sr. Ezequias relativo al comunicado comercial de Dirección de 10-06-13, en el sentido de que las ventas del Canal Alimentación de 2012 ascendían a 14.633.154,37 €, no alcanzándose los objetivos de ventas que había comunicado Marcelino cuya gestión antes bien había sido defectuosa".

Tercero.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de DON Jose Enrique, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 7 de marzo de 2014, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Don Jose Enrique contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a su instancia contra KING REGAL S.A., sobre Despido, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada".

Cuarto.

Por la representación procesal de D. Jose Enrique se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 17 de diciembre de 2013 (R. 2177/13).

Quinto.

Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de julio de 2015, suspendido dicho trámite, y dada la trascendencia y complejidad del asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera por la Sala en Pleno, señalándose el día 23 de septiembre de 2015, suspendiéndose nuevamente y señalándose para el Pleno del día 18 de noviembre de 2015, en el que tuvo lugar, acordando la Sala el nombramiento como Ponente del Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer, al anunciar el anterior designado, voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Por la representación de D. Jose Enrique se recurre en casación para la unificación de la doctrina la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 7 de marzo de 2014, recaída en el recurso de suplicación 2110/2013, que había confirmado la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Oviedo, por la que se había declarado procedente el despido objetivo efectuado al recurrente por la mercantil "King Regal, S.A.". Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación determinaron la procedencia del mencionado despido al constatar que el despido objetivo individual se había llevado a cabo cumpliendo el

procedimiento establecido legalmente y tras la comprobación de la concurrencia y suficiencia de las causas económicas alegadas en la comunicación extintiva.

Disconforme con la expresada resolución, el recurrente preparó y formalizó el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina, para lo que aportó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 17 de diciembre de 2013, recaída en el recurso de Suplicación 2177/2013. Esta sentencia versa sobre un despido objetivo por causas económicas efectuado por la misma empresa sobre otro trabajador del mismo grupo profesional que el recurrente, por las mismas causas y con carta de despido muy similar, casi idéntica. La sentencia referencial, revocando la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social n.º 5 de San Sebastián, declaró el despido improcedente.

Concorre, como afirma el Ministerio Fiscal y admite la propia entidad mercantil impugnante del recurso, la necesaria contradicción puesto que, respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se han dictado resoluciones diferentes, dado que nos encontramos ante una misma empresa que, por las mismas causas económicas -que se consideran acreditadas en ambas sentencias-, despide objetivamente a dos trabajadores diferentes del mismo grupo profesional, con sendas cartas de despido prácticamente idénticas, calificando el indicado cese de manera diversa cada una de las dos resoluciones judiciales, pues mientras la sentencia de contraste considera el despido improcedente, la recurrida lo ha calificado de procedente.

Segundo.

Admitida, por tanto, la identidad sustancial de supuestos y las resoluciones divergentes, queda por delimitar el núcleo de la contradicción para que la Sala pueda examinar las infracciones denunciadas por la recurrente y declarar cuál es la doctrina ajustada a derecho. Una adecuada comprensión de la cuestión nuclear que resulta contradictoria ha de obtenerse a través de un análisis pormenorizado de ambas sentencias.

La sentencia recurrida: 1) Constata la existencia y suficiencia de las causas económicas relatadas en la carta de despido. 2) Entiende que dicha carta de despido es correcta puesto que la ley no exige ni requiere que en la comunicación escrita se especifiquen los motivos que justifican la elección del concreto trabajador despedido. 3) Al enjuiciar el despido aplica un juicio de razonabilidad de la medida extintiva reseñando que para declarar la procedencia del despido no basta con constatar la existencia de la causa sino que, además, debe comprobarse que las causas alegadas y probadas tienen entidad suficiente para justificar la reestructuración de los recursos productivos en la empresa y que la supresión del puesto de trabajo acordada es una medida apropiada -o una de las apropiadas- para hacer frente a la situación derivada de la concurrencia de las causas. 4) La constatación de las causas y la aplicación del anterior juicio de razonabilidad conducen a la sentencia a la confirmación del pronunciamiento de instancia a la calificación del despido como procedente.

La sentencia de contraste: 1) Constata la existencia y suficiencia de las causas económicas relatadas en la carta de despido. 2) Entiende que la carta de despido debe incluir la conexión de relación o eficacia de la situación manifestada y acreditada por la empresa con la extinción o resolución del contrato de trabajo del despedido. 3) Aplica un juicio de razonabilidad de la medida extintiva, pero lo extiende a la justificación de la medida concreta, la razón o causa de ella, su influencia sobre la andadura empresarial y su producción y, consecuentemente, la necesidad de suprimir la actividad del despedido, exigiendo un control específico de su adecuación. 4) Estima el recurso del trabajador revocando la sentencia de instancia y declarando la improcedencia del despido.

Así sintetizada la doctrina de ambas sentencias, la Sala entiende que no existe contradicción sobre el genérico alcance del control judicial de los despidos. En efecto, ninguna de las sentencias niega el referido control y la sentencia recurrida no descansa, en absoluto, sobre un hipotético principio según el cual en este tipo de despidos bastaría con la acreditación de las causas. Ambas sentencias coinciden en que no sólo cabe un control sobre la concurrencia de la causa alegada, es necesario, además un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva (STC 8/2015, de 22 de enero) comprobando si las causas alegadas y acreditadas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, también, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial; es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta de un buen comerciante (STS de 26 de marzo de 2014, Rec. 158/2013).

La contradicción existe, en cambio, sobre si la empresa viene obligada a manifestar, acreditar y probar la necesidad de que la medida extintiva afecte directamente al trabajador concretamente despedido y, en consecuencia, sobre si el alcance del innegable juicio de razonabilidad que compete al órgano jurisdiccional debe extenderse al análisis y comprobación de la conexión entre la causa acreditada y la concreta elección del trabajador despedido de suerte que para la sentencia de contraste "al empleador se le requiere no sólo acreditar la causa o existencia de una situación económica, sino establecer el efecto sobre los contratos de trabajo en la medida en que ello ha provocado la necesidad de amortizar unos específicos puestos y, además, y esto es lo relevante, mostrar la adecuación de las medidas extintivas para responder a la necesidad" añadiendo que "si bien la empresa puede elegir, efectivamente si así lo manifiesta en la comunicación del despido, el puesto o contrato a extinguir, ello no le exime de justificar su medida". Para la sentencia recurrida, la empresa debe acreditar (y

consecuentemente el órgano judicial debe controlar) que "las causas económicas alegadas existen, que tienen entidad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos en la empresa, que no son, por tanto, un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo es una medida apropiada (o una de las apropiadas) para hacerles frente".

Tercero.

Acreditada y concretada en los términos señalados la contradicción, el recurrente denuncia la infracción de los artículos 51.1 . y 52.c ET, argumentando que la empresa, ni en la carta de despido ni en el acto del juicio, plasmó o acreditó la conexión funcional entre la medida llevada a cabo y la supresión del puesto de trabajo del trabajador despedido. De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal el recurso debe ser desestimado. La decisión correcta de la cuestión controvertida en el presente caso es la que se contiene en la sentencia recurrida que considera procedente el despido objetivo o económico del actor acordado por la empresa, porque la resolución combatida se atiene a la doctrina tradicional de esta Sala y resulta congruente y ajustada a los términos de la normativa vigente.

En efecto, en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, la concurrencia de la causa pueda afectar a una pluralidad de trabajadores, una vez delimitadas las causas y sus ámbitos de afectación entre el personal, corresponde al empresario determinar qué contratos deben ser extinguidos para conseguir la mejor optimización de los recursos humanos en la empresa. En esa labor, situada en el terreno de la idoneidad u oportunidad, la decisión empresarial no debe ser sometida a censura judicial. Esta es la principal conclusión que se desprende de la STS de 19 de enero de 1998 (Rec. 1460/1997) que, tras excepcionar la preferencia de los representantes de los trabajadores o las eventuales previsiones de la negociación colectiva, textualmente proclama que "la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios". De la misma manera, y con cita de la sentencia anterior, nuestra STS de 15 de octubre de 2003 (Rec. 1205/2003) señaló que " La valoración de estas circunstancias concretas de la vida de la empresa corresponde en principio al empresario, desbordando normalmente el ámbito del control judicial en el despido objetivo, ya que éste es un control de legalidad de los concretos despidos enjuiciados, limitado a juzgar sobre la razonabilidad del mismo aplicando el estándar de conducta del buen empresario (STS de 14 de junio de 1996, rec. 3099/1995), y no puede convertirse en una valoración global o conjunta de la política de personal de la empresa.... Lo que tiene que acreditar el empresario en el despido económico se limita, por tanto, en principio, a que la «actualización de la causa económica afecta al puesto de trabajo» amortizado. Únicamente si se acusa un panorama discriminatorio, o si se prueba por parte de quien lo alega fraude de Ley o abuso de derecho, cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad del acto o actos de despido sometidos a su conocimiento".

En el ámbito del artículo 52.c) ET, acreditada la crisis, la elección de los trabajadores afectados por la medida en términos cualitativos y cuantitativos pertenece a la esfera de decisión empresarial y, como regla general, queda exenta de control por parte del órgano judicial. Por tanto, de una parte, las exigencias procedimentales del artículo 53.1.a) ET no requieren más que en la comunicación escrita al trabajador figuren las causas entendidas como la descripción de la situación de la empresa, su evolución y su influencia en la necesidad de amortizar puestos de trabajo mediante la adopción de la decisión extintiva que se comunica (STS de 9 de diciembre de 1998, Rec. 590/1997); y, de otro lado, queda normativamente reconocida la discrecionalidad -que no arbitrariedad- del empresario en la gestión de las medidas frente a la situación de crisis. Ahora bien, eso no significa que el poder del empresario sea absoluto e ilimitado. Una cosa es que se le permita, de manera amplia, gestionar las crisis, adoptando al efecto las decisiones que estime más oportunas y adecuadas para sus necesidades, decidiendo qué tipo de intervención realiza y con qué alcance; y, otra bien distinta, es que ello le confiera un poder absoluto de intervención en las condiciones de los trabajadores y en la propia subsistencia de los vínculos contractuales. Con carácter general, hemos señalado ya que no sólo cabe un control sobre la concurrencia de la causa alegada, es necesario, además, un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva comprobando si las causas alegadas y acreditadas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, también, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial.

En el ámbito circunscrito por el presente recurso, esto es, respecto de la conexión entre la causa acreditada y la concreta elección del trabajador despedido, la decisión empresarial queda sujeta en primer lugar, al respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y al principio de no discriminación. En segundo lugar, entrarán en juego los límites genéricos de la buena fe contractual (entendida como actuación ajustada a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes) y, especialmente, los relativos al abuso de derecho y el fraude de ley que siguen estableciendo los artículos 6 y 7 CC . A este respecto, el fraude de ley que define el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico, que no

debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma (SSTS de 31 de mayo de 2007, Rec. n.º 401/06 y de 16 de enero de 1996, Rec. n.º. 693/95), teniendo en cuenta además, que la existencia del fraude o del abuso de derecho no puede presumirse. Sólo podrán declararse si existen indicios suficientes para ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados, lo que no significa que tenga que justificarse específicamente la intencionalidad fraudulenta, sino que es suficiente que los datos objetivos revelen el amparo en el texto de una norma y la obtención de un resultado prohibido o contrario a la ley (STS de 19 de junio de 1995, Rec. n.º. 2371/94 .); o que se acredite su existencia mediante pruebas directas o indirectas, como las presunciones (SSTS de 24 de febrero de 2003, Rec. n.º. 4369/01 y de 21 de junio de 2004, Rec. 3143/03). En tercer lugar, habrá que atender al sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo; limitándose el ulterior control judicial a la valoración de la adecuación del volumen de empleo a la situación resultante de la causa acreditada, de suerte que la causa económica, técnica, organizativa o productiva actúe sobre la plantilla creando la necesidad de reducir puestos de trabajo (STS de 17 de julio de 2014, Rec. 32/2014).

En definitiva, ni en relación al contenido de la carta de despido, ni en relación a la actividad probatoria a los efectos de los artículos 105.2, 108.1 y 122.1 LRJS, se le puede exigir a la empresa nada más que lo que determina expresamente el artículo 53.1 ET en relación, en este caso, a lo establecido en el artículo 52. C) ET .

Cuarto.

Esta posición tradicional de la Sala, que es anterior incluso a la reforma laboral de 1994 (STS de 28 de abril de 1998), se ha venido aplicando, como se ha visto, hasta fechas recientes y resulta plenamente adecuada a la legislación vigente, siendo absolutamente respetuosa con la dimensión constitucional de la institución extintiva que se examina y con los compromisos derivados de la normativa internacional aplicable. En efecto, por un lado, desde la perspectiva constitucional, los artículos 35.1 y 38 CE condicionan el régimen extintivo del contrato de trabajo por causas atinentes al funcionamiento empresarial, condicionamiento que el Tribunal Constitucional ha integrado al señalar que "en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) 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"; de este modo, "tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma". Ello hace que deba existir la posibilidad de "una reacción adecuada contra el despido o cese" pues, en caso contrario, se "debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE)". Ello no supone, sin embargo, que únicamente el interés del trabajador esté presente en la ordenación del régimen de la estabilidad en el empleo, pues ello "no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad" sin perjuicio, claro, que ello no permita ni "una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad «ad nutum» de despido" (STC 192/2003, de 27 de octubre con cita de las SSTC 22/1981, de 2 de julio y 20/1994, de 23 de febrero).

Por otra parte, el artículo 4 del Convenio 158 OIT establece un principio de causalidad en la terminación de la relación de trabajo por decisión empresarial y en su artículo 9.1 afirma que los organismos nacionales encargados de verificar la integridad de este criterio deben quedar habilitados "para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada". Pero resulta especialmente relevante a los presentes efectos que el apartado 3 de ese mismo artículo 9 contenga una regla especial para el control de los despidos basados en "necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio". De acuerdo con ella, en este tipo de despidos los indicados organismos "estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio"; esto es, de acuerdo con la legislación nacional. No cabe duda, por tanto, que el artículo 9.3 del convenio se mueve en la línea de posibilitar que la legislación y práctica nacionales determinen en cada Estado firmante el alcance que corresponde al control judicial y que resultando inexorable el control de la existencia de la causa, el control de suficiencia puede establecerse o no, y en el caso de que se instaure, puede establecerse en mayor o menor medida; esto es, con el alcance que determine la legislación de cada Estado. En esta línea, la documentación elaborada en el seno de la propia OIT (Protección contra el despido injustificado, 1995, apartado 214) pone de manifiesto que este precepto "permite, en consecuencia, que cada país limite los poderes que tiene el organismo competente, cuando examina si la

terminación está justificada, de ejercer un control sobre la decisión del empleador en cuanto al número de trabajadores de su empresa".

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Manuel Piñeiro Pérez, en nombre y representación de Don Jose Enrique, contra la sentencia dictada el 7 de marzo de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 2110/2013, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo, de fecha 6 de septiembre de 2013, recaída en autos núm. 825/2013, seguidos a instancia de Don Jose Enrique . contra KING REGAL, S.A., sobre DESPIDO. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 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.

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez y el voto particular formulado conjuntamente por los Excmos/as Sr.Sras. D. Fernando Salinas Molina, D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a Rosa Maria Viroles Piñol y D. Jordi Agusti Julia, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN CONJUNTAMENTE LOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS DON Fernando Salinas Molina, DOÑA Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, DOÑA Rosa Maria Viroles Piñol Y DON Jordi Agusti Julia.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Luis Fernando de Castro Fernandez A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN n.º 1621/2014.

Tras ser rechazado por mayoritaria decisión de la Sala el proyecto de sentencia que en su momento presenté como inicial ponente en las actuaciones, procedo a cumplir con la prescripción del art. 206.1 LOPJ y a redactar el obligado voto particular, en coherencia con la postura mantenida en el citado proyecto de sentencia y en el curso de su deliberación, a la par que intentar objetar razonablemente la tesis mayoritariamente aceptada.

Primero.

1- Cuestión nuclear que se plantea- La cuestión que en trámite de casación unificadora se ha suscitado a mi juicio versa sobre los exigibles términos de la obligada conexión entre la causa alegada [crisis económica] y la medida adoptada [despido del trabajador] y paralelamente -a manera de dos caras de una misma moneda- el alcance del control que a la jurisdicción social corresponde en la materia, tras la reforma de 2012 [RD-ley 3/2012, de 10/Febrero; y Ley 3/2012, de 6/Julio].

La decisión recurrida -argumentando expresamente la EM de la Ley 3/2012- sostiene que el juicio a realizar por el Juzgador ha de limitarse a la verificación de la existencia de la causa y que la misma tenga «entidad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa, que no son [...] un pretexto o excusa para despedir». Contrariamente, la sentencia de contraste razona que la justificación que ha de acreditarse en vía judicial no sólo comprende la realidad de las causas y su suficiente entidad, sino también «la necesidad de amortizar unos específicos puestos y [...] mostrar la adecuación de las medidas extintivas para responder a esa necesidad ... la conexión de funcionalidad». Y en la misma línea, el recurso sostiene la necesidad de un juicio de «razonabilidad», por el que viene a entender que el necesario control judicial ha de versar sobre la razonable adecuación entre las vicisitudes de la empresa y la decisión de gestión adoptada por el empresario».

Sobre tal base, el criterio mayoritario de la Sala se decanta por considerar que entre las decisiones contrastadas no existe contradicción sobre el genérico alcance del control judicial de los despidos [causa invocada; razonabilidad de la medida extintiva], pero que tal contradicción existe sobre otro más concreto aspecto: si el juicio de razonabilidad ha de alcanzar a la conexión entre la causa y la concreta elección del trabajador. Una afirmación que comparto y que pone de manifiesto la propia carta de despido -ya reproducida en antecedentes-, en la que tras referir en detalle la causa económica y sostener que «la Sociedad ha de acometer de forma urgente medidas que pasan por el ajuste de plantilla», se afirma paladinamente que «en relación con la concreta elección de su puesto de trabajo, la doctrina de nuestros Tribunales determina que cuando una empresa adopta la decisión

de extinguir uno o varios puestos de trabajo por concurrir las causas a las que se refiere el precitado artículo 52.c) del ET [...] corresponde al empresario la elección del concreto puesto a extinguir como una manifestación de sus facultades de dirección y organización de la actividad»; afirmación ésta que dieron por buena tanto la decisión recurrida como la mayoritaria de la que ahora disiento.

2- Punto de partida: la identidad sustancial despido colectivo/despido objetivo- Para llegar a la conclusión opuesta parto de la base de que el nivel de discrecionalidad empresarial debe ser similar en los despidos colectivos que en los objetivos del art. 52.c) ET [«Cuando concurre alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo»], habida cuenta de la identidad sustancial existente entre ambos tipos de extinción de contrato.

Baste recordar al efecto, con la STS 20/01/15 [rcud 401/14]: a) que la extinción contractual que regula el art. 52.c) ET «es una variedad dentro del género de las extinciones colectivas, caracterizada por afectar a menor número de trabajadores que la regulada en el artículo 51», pero siempre referidas -en uno y otro supuesto- a las mismas causas [económicas, técnicas, organizativas o de producción], pues así claramente lo refieren uno y otro precepto, de manera que tanto el despido objetivo [usualmente plural] como el colectivo operan por «causas objetiva» y no subjetivas, al no obedecer a imputación alguna de posible incumplimiento contractual por parte del trabajador; b) que antes de la reforma operada por la Ley 11/1994, todas las extinciones contractuales basadas en causas económicas, técnicas u organizativas, habían de realizarse al amparo del art. 51 ET y mediante ERE en el que la extinción contractual se sometía a la correspondiente autorización administrativa; c) que la citada reforma escindió este tipo de extinciones contractuales colectivas en dos grupos, atendiendo a la entidad numérica de los trabajadores afectados, de forma que los que sobrepasasen los umbrales establecidos en el art. 51 ET habían de seguir precisando autorización administrativa, y los que no alcanzasen tal número, pasaban a ser decididos directamente por el empresario, con el consiguiente control jurisdiccional posterior; y d) que en la actualidad, la única diferencia entre uno y otro supuesto -numéricamente cualificado- radica en el obligado periodo de consultas, con las singularidades procedimentales que ello comporta. De esta forma -concluimos con nuestra precitada sentencia- «es evidente que la única diferencia sustantiva entre las extinciones del artículo 51 y las del artículo 52 c) se halla en el número de trabajadores afectados pues, siendo iguales las causas es, asimismo, idéntico el importe de las indemnizaciones» [SSTS 16/02/98 -rcud 2913/97 -; y 30/06/99 -rcud 2003/98 -]

Recordemos también -con nuestra misma STS 20/01/15 - que esta doctrina es compartida por el Tribunal Constitucional al afirmar -si bien a efectos de aplicar el mismo régimen de responsabilidad subsidiaria del FOGASA- que «no cabe duda de la existencia de una identidad sustancial entre las situaciones comparadas» [despido objetivo/colectivo]» (STC 103/2002, de 6/Mayo, FJ 5).

De otra parte, las prescripciones de los arts. 51 y 52 ET ponen de manifiesto que son posibles despidos objetivos -plurales- con un número de trabajadores afectados [hasta veintinueve] muy superior al mínimo que corresponde al despido colectivo [diez], por lo que no se alcanzaría a justificar que el despido -rectius, extinción por causas objetivas- de un mayor número de trabajadores ofreciese menos garantías -en cuanto a su justificación- que el de una cifra muy inferior.

Segundo.

1- Coherente identidad en la justificación/control de la decisión extintiva- La única diferencia apreciable, derivada del especial procedimiento que el legislador ha normado en exclusiva para el PDC, consiste en que en éste se han de especificar los criterios de selección para los trabajadores cuyos contratos han de extinguirse, en tanto que para los despidos objetivos plurales no se hace en la ley prescripción alguna, más allá de los requisitos formales que establece el art. 53 ET .

Ahora bien, la ausencia de prescripción legal específica no supone en mi opinión -contrariamente a lo que la mayoría de la Sala entiende- que el empresario tenga la más absoluta libertad elegir a los trabajadores cuyos contratos van a extinguirse, con tal de que se excluyan el fraude, el abuso del derecho o la vulneración de derechos fundamentales. A lo que entiendo, siempre ha de mantenerse un control judicial de esa discrecionalidad, en tanto que -si es negado su regular ejercicio- ha de acreditarse por el empresario la conexión funcional causa/extinción concreta, que en el PDC se realiza genéricamente durante el periodo de consultas y más concretamente a través de los criterios de selección; pero cuya ausencia -de uno y otros- en la extinción «por causas objetivas», entiendo que no puede atribuir al empresario libérrima discrecionalidad, únicamente limitada por los ya referidos derechos fundamentales, el abuso del derecho o la buena fe. Porque si, como acabo de decir, las medidas extintivas acordadas ex arts. 51 y 52 ET ofrecen homogeneidad ontológica, causal y finalista, me parece obligado sostener que esa misma semejanza justifica la paridad de respuesta en orden a las dos cuestiones que más arriba refería como base del debate: de un lado la justificación de la conexión causal [crisis/despido]; y de otro, la funcional [causa/despido concreto]; sin perjuicio, claro está, de que la gestión empresarial sea patrimonio exclusivo del empresario, obviamente.

2- La cuestión desde la perspectiva constitucional- A tal conclusión apuntan además -como hemos señalado con ocasión del PDC y para rechazar la aparente libertad empresarial el Preámbulo de la Ley 3/2012- elementales consideraciones constitucionales, y muy particularmente el derecho al trabajo [art. 35], que en su dimensión individual se concreta -aparte de facultad de obtención de puesto de trabajo en igualdad de condiciones- en «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedidos sino existe una justa causa» (SSTC 22/1981, de 2/Julio, FJ 8; 125/1994, de 25/Abril, FJ 3 ; y 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4), porque «tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma, 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). Cita a la que añadir -a ella se refiere obviamente la doctrina constitucionalmente citada- la referencia a los arts. 4 y 9 Convenio 158 OIT [relativos a la justificación causal del despido], que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores [art. 96.1 CE]; e incluso actúan como elementos interpretativos de los derechos constitucionalmente reconocidos -el derecho al trabajo, en el caso- (SSTC 36/1991, de 14/Febrero, FJ 5 ; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3 ; 110/2007, de 10/Mayo, FJ 2 ; 247/2007, de 12 de diciembre, F. 20 ; y 62/2010, de 9/Junio, FJ 1).

Normativa de rango máximo que por fuerza hemos de tener en cuenta en la materia que tratamos [ámbito del control judicial de la decisión extintiva o modificativa], porque no hay que olvidar que la interpretación de las disposiciones legales ha de ser acorde a la Constitución, a virtud del art. 5.1 LOPJ, lo que significa que de entre los posibles sentidos de la norma haya de elegirse «aquel que sea más conforme con las normas constitucionales» (SSTC 103/1990, de 9/Marzo, FJ 2 ; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3 ; 20/1994, de 27/Enero, FJ 2 ; 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4 ; y 192/2003, de 27/Octubre . Y SSTS 10/12/02 -rec. 1492/02 -; SG 22/12/08 -rcud 3460/06 -; SG 22/12/08 -rcud 856/07 -; 10/11/09 -rcud 2514/08 -; y 10/12/12 -rcud 4389/11 -).

Tercero.

1- Continuidad -en la doctrina de la Sala- de tal solución respecto del despido objetivo- Tampoco parece estar de más destacar que esta doctrina es por completo continuista de la tradicional de la Sala, para la que -la cursiva es nuestra-, si bien «... la selección de los trabajadores afectados por los despidos objetivos del art. 52.c. ET corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios», en todo caso el empresario tiene que acreditar que la «actualización de la causa económica afecta al puesto de trabajo» amortizado (SSTS 19/01/98 -rcud 1460/97 -; 15/10/03 -rcud 1205/03 -). Doctrina reiterada por la Sala con posterioridad a la Ley 3/2012 (STS 14/10/14 -rcud 3054/13 -) y con cuya básica afirmación -el empresario tiene la carga de acreditar la conexión causa/extinción- es claro que nos referimos, aunque con diferentes palabras, a los indicados juicios de «adecuación» y «razonabilidad» que con reiteración se han mantenido para el despido colectivo, y cuya exigibilidad constituye la cuestión nuclear que se debate en las presentes actuaciones.

2- La justificación de la «razonabilidad» en el despido objetivo- A la Sala no se le oculta que en determinados supuestos, la propia exposición de la causa -económica, técnica u organizativa- puede prácticamente implicar de suyo la justificación de la concreta decisión extintiva que se haya adoptado, en tanto que tal relato puede ya contener implícitamente los dos referidos juicios [conexión causal; y conexión funcional], muy particularmente cuando se trate de empresas pequeñas, o sean reducidos los ámbitos afectados por la causa legal o se proyecten causa y medida sobre un colectivo de trabajadores profesionalmente homogéneo, sobre el que el empresario puede tomar su decisión -la elección del trabajador o trabajadores afectados- con la discrecionalidad propia del poder de dirección; ni que decir tiene que en tales casos ha de prescindirse de todo formalismo enervante y entender cumplida la exigencia de exponer la razonabilidad del cese.

Pero muy diversamente ha de seguirse la regla general y la exigencia explicativa -conexión funcional- ha de cumplirse de manera explícita cuando estas características no concurren y la plena justificación de los concretos ceses en los términos más arriba indicados se vean precisados de esclarecimientos adicionales. Explicaciones que si bien parece que deseablemente pudieran constar en la propia carta de despido, para la más escrupulosa satisfacción del derecho de defensa, lo cierto es que no solamente ninguna norma impone su expresa constancia en la comunicación de cese, por lo que su ausencia determinaría que su justificación -la del nexo funcional causa/despido- ha de realizarse ya en sede judicial si hubiese sido cuestionada por el trabajador despedido.

3- La aplicación de la doctrina al caso enjuiciado- En el supuesto que es objeto de debate, los HDP relatan que en la carta de despido el empresario expone con todo detalle la existencia de las causas económicas que requiere el art. 52.c) ET para proceder a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas; con lo que está

claro -ni se cuestiona por la parte recurrente- que se ha acreditado cumplidamente la situación económica negativa que es presupuesto de la decisión extintiva objeto de debate.

Pero en absoluto se cumple -ni expresa ni implícitamente- la evidencia de «conexión funcional» entre la situación acreditada de crisis y la concreta medida extintiva acordada, la del Comercial que ahora recurre, porque si bien hemos de coincidir con la comunicación de cese en que la negativa situación económica que se relataba obligaba a la Sociedad «a acometer de forma urgente medidas que pasan por el ajuste de plantilla», en lo que por fuerza hemos de disentir es en su pretensión de que acreditada la crisis, huelga ya toda justificación de la medida concreta que se vaya a adoptar, porque -entiende la empresa- «corresponde al empresario la elección del concreto puesto a extinguir como una manifestación de sus facultades de dirección y organización de la actividad».

En mi opinión, ésta no es -ni puede ser- la doctrina de este Tribunal Supremo, porque ya vimos que las causas invocadas «deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir»; pero precisamente esa obligada «razonable relación» es la que se elude por la empresa en el caso debatido y además de forma expresa, argumentando que esa decisión le compete en exclusividad por sus «facultades de dirección y organización», de manera que en el presente supuesto no se ofrece -ni en la comunicación ni con posterioridad en trámite procesal- el necesario «juicio de adecuación» entre la causa económica invocada y el concreto cese del trabajador, quien otra parte ostenta una concreta categoría profesional -Comercial- que en principio se presenta como una de las menos prescindibles; dándose, por otra parte, la coincidencia de que también el trabajador despedido en la sentencia de contraste ostentaba igual categoría de Comercial, con lo que -a falta de toda explicación al respecto- no se alcanza a comprender [fuera de improcedentes elucubraciones] que el ajuste de plantilla se limite -ni tan siquiera consta otra cosa en autos- a quienes tienen la función de promocionar el producto que la empresa sitúa en el mercado, y en este sentido la decisión se muestra carente de la «adecuación», «razonabilidad» o «relación causa/extinción» a que se concreta nuestro posible control.

Ciertamente que esa falta de justificación se esgrime por primera vez en trámite de Suplicación, pero no cabe omitir que la empresa ni se opuso al alegato ni tampoco ofreció explicación alguna complementaria [en realidad, no llegó a impugnar el recurso], dando lugar a que tal cuestión fuese respondida por la Sala de Suplicación, aceptándolo tácitamente como válido tema de debate en suplicación y posible objeto del presente recurso de casación para la unidad de la doctrina. Y aunque en el escrito de impugnación de este trámite casacional se intenta subsanar aquella falta de explicación, aduciendo que el actor no había alcanzado los objetivos de ventas y que su cese o sustitución por otro Comercial era una medida obligada, de todas formas la aclaración -o justificación- resulta extemporánea, pues debiera haberse invocado -conforme a lo dicho- o bien en la propia carta de cese, o en el acto de juicio o en la fase de Suplicación, pues la conexión funcional antes referida actúa en abstracto como necesaria salvaguarda del interés del trabajador frente a posibles arbitrariedades, y ello aunque haya de admitirse la limitada defensa que aquél pudiera hacer frente a la facultad directiva empresarial de elegir uno u otro empleado como objeto de despido. Pero éste es un debate ajeno a autos, en el que no se cumple el requisito -la tan citada «relación razonable»- que legitima el cese.

Cuarto.

Todas estas razones me lleva a concluir que debiera haber sido acogido el recurso y desestimado la STSJ Asturias 07/Marzo/2014 [rec. n.º 2110/13], con la consiguiente pronunciamiento de improcedencia y las declaraciones indemnizatoria y salarial que prescribe el art. 53 [apartados 4 y 5] ET, en relación con la DT Quinta RD-ley 3/2010 .

Madrid a 24 de noviembre de 2015

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulamos voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 1681/2014, por discrepar, -siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución, dado que:

a) La doctrina que se sienta en la sentencia mayoritaria supone un muy importarte retroceso en las facultades de control judicial de los despidos individuales o plurales fundados en " causas económicas, técnicas, organizativas o de producción " (art. 52.c ET); con olvido de la propia jurisprudencia de esta Sala, de los convenios y tratados internacionales suscritos por España (arts. 4 y 9 Convenio n.º 158 OIT - rechazamos también la singular y restrictiva interpretación que de dichos preceptos se efectúa en la sentencia mayoritaria --, arts. 10.2 y 96.1 CE) e incluso de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que salva los puntos más conflictivos de la reforma laboral ex Ley 3/2012, de 6 de julio pero siempre que exista la posibilidad de un control judicial pleno sobre las decisiones empresariales (art. 5.1 LOPJ, STC 8/2015 de 22 de enero);

b) El propio Tribunal Constitucional, -- en la citada STC 8/2015 de 22 de enero, sobre la reforma ex Ley 3/2012 --, y aunque referido al art. 41 ET, equipara a los efectos del control judicial las modificaciones sustanciales

de condiciones de trabajo individuales con las colectivas, argumentando, en esencia, que << Como puede observarse, el precepto impugnado somete la decisión empresarial al control judicial ante la jurisdicción social, en todo caso, al ser reclamable la decisión modificativa tanto individual como colectivamente, por lo que, como apunta el Abogado del Estado, no cabe apreciar limitación objetiva o subjetiva del enjuiciamiento judicial de la decisión del empresario adoptada al amparo del art. 41 LET impugnado >>

c) Difícilmente, con la tesis adoptada mayoritariamente en la sentencia que objetamos, los jueces y tribunales van a poder controlar jurisdiccionalmente un despido ex art. 52.c) ET en orden a la elección del trabajador despedido, -- salvo en empresas pequeñas, en las que sea fácil determinar las condiciones de los distintos puestos de trabajo en relación con la causa económica, técnica, organizativa o de producción que resulte acreditada --, sí resulta que el empresario no tiene ni siquiera que escuetamente reflejarlos en la carta del despido, -- y puede permitirse el lujo, como resulta en el presente supuesto, de indicar expresamente en la carta de despido que " cuando una Empresa adopta la decisión de extinguir uno o varios puestos de trabajo por concurrir las causas a que las que se refiere el precitado artículo 52.c) del ET, como es el caso que nos ocupa, corresponde al Empresario la elección del concreto puesto a extinguir como una manifestación de sus facultades de dirección y organización de la actividad " --, por lo que si el trabajador no lo conoce tampoco lo va a conocer el órgano judicial que no podrá determinar la posible adecuación entre la posible causa objetiva y el concreto cese del trabajador; resultando, por tanto, la fórmula que se utiliza en la sentencia mayoritaria (" la selección de los trabajadores afectados por los despidos objetivos del art. 52.c. ET corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios ") un modo de intentar dar cuerpo a algo que en la práctica quedará, en la inmensa mayoría de los supuestos, vacío de contenido real.

c) No encontramos sentido a que en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE y, entre otras, STC 192/2003) en el que se protege el derecho al trabajo (art. 35 CE) en su manifestación del derecho a no ser despedido sino existe justa causa (entre otras, SSTC 22 / 1981, 125/1994, 192/2003 e incluso en la citada STC 8/2015 de 22 de enero), -- y también con olvido de la propia jurisprudencia de esta Sala (entre otras, STS/IV 20-enero-2015 -rcud 401/2014) --, ante dos supuestos de despidos fundados en " causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ", los del art. 51 o los del art. 52.c) ET, diferenciados legalmente por el mero hecho de que se superen o no los umbrales numéricos y de centro de trabajo que se establecen en el art. 51.1 ET en desarrollo de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20-julio-1998 (relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos) y ahora con referencia también a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, SSTJUE 7-diciembre-1995 -C-499/93, Rockfon; 15-febrero-2007 -C-270/05, Athinaiki Chartopoiia AE; 30-abril-2015 -C-80/14, Sindicato USDAW ; 13-mayo-2015 -C-182/13, Valerie Lyttle y otros y 13-mayo- 2015 -C-393/13, Rabel Cañas), en el primer supuesto sea un requisito necesario para la regularidad del despido la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados con pleno control judicial de los mismos y en el segundo supuesto el empresario no tenga que indicarlos (sin perjuicio, de que luego se dejen a salvo los criterios de oportunidad como facultad empresarial) con lo que los trabajadores afectados no los conocen y el juez no podrá controlarlos.

Las líneas de discrepancia expuestas nos llevan a no compartir el criterio sustentado en la sentencia mayoritaria, a entender que el recurso de casación unificadora interpuesto por el trabajador debió ser estimado y, finalmente, a adherirnos plenamente al voto particular que a dicha resolución se ha formulado también por el Excmo. Sr. Magistrado Don Luis Fernando de Castro Fernandez.

Madrid 24-noviembre-2015

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.