

BASE DE DATOS DE NORMACEF**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

Sentencia 2026/2015, de 27 de octubre de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 1755/2015

SUMARIO:

Despido objetivo. Grupo de empresas patológico. Elección de trabajadores con los salarios más elevados que, al mismo tiempo, coinciden en ser los de mayor edad y antigüedad. Subrogación de una empresa a la otra respecto de trabajadores con menor salario que vienen a sustituir a los posteriormente despedidos. La selección de los afectados no se ha realizado en relación a su mayor edad sino debido a que son los conductores con un salario más alto, siendo que se está ante un despido por razones económicas. Por otro lado, la asunción voluntaria de la condición de grupo patológico supone que el análisis de la concurrencia de causas del despido se efectúa en relación a ambas, ya que los datos a valorar son los del conjunto. **Juicio. Medios de prueba.** Valoración en el recurso de Suplicación. Ante la grabación de las vistas orales el Tribunal Superior tiene acceso a todo el material probatorio practicado en el litigio, pudiendo valorarlo en términos similares a como lo hace el juez de instancia que ha conocido del pleito. En consecuencia, la revisión de la convicción del Juzgado se aproxima a valores más propios de un recurso de apelación, si bien limitada a la prueba documental o pericial. **Voto particular.** Buscar la refundición de las empresas que ilícitamente funcionaban independientes y con autonomía para, al amparo de ello, prescindir de los trabajadores más gravosos no parece que sea una práctica querida por el legislador. Se deberían haber seguido los mecanismos lícitos de reducción salarial. La causa objetiva del despido es, a la postre, la disminución productiva y económica, no el coste salarial de los trabajadores.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 1.2, 17.1, 51.1, 52 c) y 55.5.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 193 b).

Ley 1/2000 (LEC), arts. 319.1, 326.1 y 348.

Código Civil, arts. 6.4, 7.2 y 1.258.

PONENTE:

Don Manuel Díaz de Rábago Villar.

En la Villa de Bilbao, a 27 de Octubre de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. MANUEL DÍAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Anselmo contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 10 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 22 de junio de 2015, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Anselmo frente a ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L, Joaquina, IBERICA DE BOMBEO ESPECIALES S.L, Tarsila y RUYMA S.L. .

Es Ponente el Ilmo. Sr Magistrado D. MANUEL DÍAZ DE RABAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"1º.- El demandante DON Anselmo , nacido el NUM000 /1954, ha venido prestando servicios para la empresa RUYMA S.L., con una antigüedad de 6/05/1985, categoría profesional de conductor-mecánico y salario bruto mensual de 3.045,41 euros, con parte proporcional de pagas extraordinarias.

2º.- En el salario se ha venido integrando a través de los conceptos de producción y en parte dietas, las horas extraordinarias que se han venido desarrollando. Estas eran no solo por necesidades de mantenimiento del camión una vez concluida la jornada sino también por cuanto la atención al cliente determinaba una continuidad en el trabajo.

3º.- A la relación laboral le es de aplicación el Convenio Colectivo del Sector Transportes por carretera, grupos de tracción mecánica y agencias de transportes de Bizkaia.

4º.- Con fecha 17/11/14 la empresa hizo entrega al trabajador demandante comunicación escrita de extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, junto con un cheque por importe de 37.149,95 lo que fue rechazado por este.

La empresa remitió carta de extinción por via burofax con la misma fecha, la comunicación contenía lo siguiente:

A la atención personal de D. Anselmo Estimado Sr.:

Por medio de la presente le informamos de que Ruyma, S.L. (en adelante, «la Empresa»

«RUYMA») ha decidido proceder a su despido y, en consecuencia, a la extinción de su relación laboral, basándose en el artículo 52 c) del Real Decreto 1/1995, de 24 de marzo , prp& I., que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, A47.». Esta; decision será efectiva en el mismo día de hoy, 17 de noviembre de 2014.

En concreto la decisión adoptada viene determinada por razones de índole productiva, economica, y Organizativa, consistentes en la disminución de la demanda de los servicios que la Empresa pretende colocar en el mercado, la disminución persistente del nivel de Ingresos producida en la misma y la necesidad de reestructurar y adecuar los recursos hūrlanos de RUYMA al actual volumen de actividad y a la situación económico-financiera de la Empresa. Es decir, con la medida adoptada la Empresapretende aliviar su situación económica ante la repercusión de la crisis, que se ha agravado de manera especial con el transcurso del tiempo, adaptarse a las necesidades existentes y al dramático descenso del volumen de actividad y la actual falta de perspectivas de que esta situación pueda modificarse en el futuro inmediato,

Aunque estarnos seguros de que su propio conocimiento de la situación actual le permite comprender las razones que, nos han conducido a adoptar tal decisión, seguidamente enumeramos las principales, Desde un punto de vista legal, la amortización de su puesto de trabajo se fundamenta en las causas productivas, económicas y organizativas que se exponen a continuación:

I.- Entorno macroeconómico

Con carácter previo, debemos señalar que la situación actual del mercado arroja unas perspectivas nada favorables para la Empresa. Según el Banco Mundial, la economía mundial se enfrenta a varios riesgos-, como (1) la paralización de la_ salida de la crisis en la zona del euro, (ii) los problemas fiscales y de deuda en Estados Unidos, y (iii) la posibilidad de Un recorte abrupto de las inversiones en China. Conviene señalar a este respecto que, seis años después del inicio de la crisis financiera, la economía mundial sigue siendo «frágil».

De lo expuesto, no se extrae atisbo de recuperación alguna respecto de la situación económica actual, Salvo en lo que respecta a las economías emergentes, no parece que vaya a producirse una gran expansión económica mundial en el próximo año, ya que Estados Unidos y la región Euro, de crecer, lo harán con tasas muy reducidas.

En este entorno macroeconómico todos los sectores de actividad se han visto afectados por la crisis, caracterizada por la restricción del crédito en todos los sectores de la economía nacional y por la importantísima caída de la demanda, siendo uno de los sectores más afectados el sector de la Construcción, en el que RUYMA desarrolla su actividad, en el cual se ha producido una disminución del consumo de cemento y, en particular, de hormigón,

II.- Crisis en el sector de la Construcción y, en particular, en el sector del hormigón en el que actúa Ruyma

Lógicamente, el volumen de actividad de RUYMA S.L. depende directamente de las obras de construcción qué se estén ejecutando en cada momento. Su mercado se centra básicamente en el País Vasco, aunque en los últimos tiempos viene desarrollando una intensa actividad comercial para intentar captar servicios fuera de ese entorno geográfico cercano (incluso a nivel internacional), con muy poco éxito; servicios de un volumen que

'bstituye económicamente un desplazamiento duradero de sus máquinas. Como usted sabe la captación de una operación internacional, en el Norte de Francia, permitió a la Empresa mantener un cierto nivel de actividad durante el ejercicio 2013. Es preciso señalar que esta ha sido la única operación que se ha contratado en 29 años.

Según datos de OF10EMEN (Agrupación de Fabricantes de Cemento de España) entre 2007 y 2014 la bajada del consumo de cemento en España es de más de un 80%. De consumirse 56 millones de toneladas de cemento en 2007 se ha pasado en la actualidad a consumirse una cantidad situada en torno a los 11 millones de toneladas (5 veces menos). La bajada de consumo no parece ni siquiera haber concluido: en 2013 descendió un 19% respecto al año anterior (2012) y los datos acumulados de 2014 (al cierre del tercer trimestre, los últimos disponibles) muestran todavía un descenso de un 1% respecto al año anterior (2013),

En relación concretamente con la actividad de producción de hormigón (lógicamente vinculada de manera directa a la actividad de bombeo del mismo donde opera RUYMA), los últimos datos publicados por ANEFHOP (Asociación Nacional Española de Fabricantes de Hormigón Preparado), correspondiente al Segundo trimestre de 2014 MUESTRAN igualmente un descenso brutal desde los máximos de los años 2006-2007 a la actualidad, Siendo actualmente la producción en el conjunto de España de ffierios' de la quinta parte, tal y como se puede apreciar en el cuadro que se reproduce á continuación:

(Se da por reproducido el gráfico que consta en la carta de despido).

Los datos acumulados de producción de hormigón en el conjunto de España de los últimos cuatro trimestres disponibles. (los 2 últimos trimestres de 2013 y los 2 primeros de 2014) suman un total de 15,359.200 m3 (un 16,9% menos que el mismo periodo del año anterior, en el que la producción alcanzó 18.49.1.300 m3).

Los datos de producción correspondientes al País Vasco en ese mismo periodo (2 últimos trimestres de 2013 y 2 primeros de 2014) suman un total de 1.420,300 m3 (un 10,3% menos que el mismo periodo del año anterior, en el que la producción alcanzó 1.581.900 m3). La distribución por Territorios de esa cantidad es la siguiente:

-115,500 a Álava (un 14,4% menos que el mismo periodo del año anterior, en el que la producción alcanzó 135.000 m3).

- 543.300 a Bizkaia (un 28,0% menos que el mismo periodo del año anterior, en el que la producción alcanzó 755.100 m3),

- 761.500 a Guipúzcoa (un 9,9% más que el mismo periodo del año anterior, en el que la producción alcanzó 692.800 m3),

En el año 2012, la producción de hormigón preparado en el conjunto de España alcanzó 21.576.600 m3, y en el País Vasco 1.942.800 m3,

Por su parte, el EUSTAT (Instituto Vasco de Estadística) elabora trimestralmente, para la Comunidad Autónoma del País Vasco, el denominado Índice Coyuntural de la Construcción. Partiendo sobre una base 100 correspondiente al año 2005, el índice refleja el valor 52,7 al cierre del 2013 y el valor 48,1 al cierre del segundo trimestre de 2014 (últimos datos disponibles a fecha de hoy). El nivel de actividad del sector (en el que el EUSTAT incluye tanto la edificación como la obra civil) es así en la actualidad de aproximadamente la mitad que en el año 2005 (momento en el que la actividad inmobiliaria no había alcanzado todavía su mayor nivel de actividad).

La situación actual puede resumirse en el titular con el que un medio digital de gran OM1405 OE H01/'IG°Urfusión (El Confidencial) encabezaba un artículo publicado el 15 de agosto de 2014: "eD consumo de cemento en España baja un 83%: 'El nivel es el de la postguerra'".

III.- Causas productivas

Como usted bien conoce, RUYMA S.L. es una empresa dedicada al bombeo de hormigón. Dispone para ello de diversas máquinas móviles y su actividad consiste básicamente en desplazar esas máquinas a las obras de construcción y prestar allí el servicio a sus clientes, consistente en bombear el hormigón necesario para levantar las le-strilicturas de hormigón.

La Empresa mantiene una estrecha relación con la sociedad ALQUILER DE MAQUINARIA S.L. Para evitar cualquier especulación al respecto, facilitaremos datos con referencia- a ambas sociedades, de manera que puedan valorarse adecuadamente las circunstancias que expondremos, tanto desde la perspectiva individual de RUYMA S.L. como de manera conjunta con ambas sociedades.

A finales de 2011 se extinguió la sociedad BOMBEO DE HORMIGÓN RUYMA S.L. siendo asumidos sus activos y actividad por RUYMA S.L. y ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L.

Por otra parte, y con ánimo de total transparencia, le señalamos que RUYMA S.L. dispone de una participación del 50% en la sociedad BOMBEO ARAGONESES S.L. (actualmente en proceso de liquidación), y que mantiene igualmente participaciones minoritarias en las empresas CANTERAS ZUBI-O.NDO S.L.

(actualmente en ore-concurso de acreedores), e IBÉRICA- DE BOMBEO ESPECIALES S.L., con sede Social en Madrid donde se centra prácticamente toda su actividad, que atraviesa: igualmente dificultades financieras dado que su actividad consiste también en el bombeo de hormigón.

Ditho lo anterior, RUYMA pone en su conocimiento que la caída de actividad en el sector de la Construcción ha tenido un reflejo directo en la actividad que desarrolla la Empresa, tal y como se recoge en el cuadro siguiente (que refleja mes a mes el número de metros cúbicos de hormigón bombeados por las máquinas de la Empresa).

Para poder ofrecer datos comparables se muestran en el cuadro, de forma consolidada, las cifras correspondientes a servicios prestados tanto por RUYMA S.L., como por ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMAempresas que como se ha indicado asumieron a finales de 2011 los activos y actividad de la sociedad BOMBEO DE HORMIGON RUYMA S.L.

Se reproduce el gráfico que consta en la carta de despido.

Como puede apreciarse la actividad ha descendido a aproximadamente la tercera parte de la que la Empresa desarrollaba en 2007.

En relación con lo anterior, debemos indicar además que los datos de 2013 y 2014 reflejan excepcionales que han contribuido a la generación de una parte sustancial de la actividad

- Entró febrero y diciembre de 2013, varias máquinas y trabajadores de RUYMA han estado desplazados de forma continua al Norte de Francia en los trabajos de una infraestructura que se consiguió contratar.

- Entre junio y agosto de 2014 se ha generado una importante actividad para una operación excepcional: la Construcción de un cajonero en el Puerto de Santurtzi.

A día de hoy, desgraciadamente, no existen perspectivas de que vaya a producirse ninguna operación de este tipo en la que RUYMA pueda intervenir,

La empresa entregó la suma indemnizatoria al trabajador

Del cuadro reproducido se desprende que, con excepción de los meses de junio a agosto (por la circunstancia descrita), 2014 está siendo, mes a mes, el peor año desde el inicio de la actual crisis. Se da incluso la circunstancia de que los últimos meses, esto es, septiembre y octubre de 2014, han sido los peores meses en cifras absolutas de actividad de los últimos años. Y ello, a pesar de que las circunstancias climatológicas han sido extraordinariamente favorables, lo que normalmente debería haber conllevado a que los clientes de RUYMA intenten adelantar en lo posible el bombeo de hormigón para aprovechar el buen tiempo.

Este hecho (la baja actividad en un periodo de excepcional buen tiempo), unido a la ausencia de operaciones de cierta envergadura en perspectiva (a pesar del esfuerzo comercial que la Empresa está realizando), confirma la previsión de que la situación actual de baja actividad no es meramente coyuntural sino que desgraciadamente se va a mantener en el tiempo.

En la actividad que desarrolla RUYMA es necesario contar con un cierto margen en cuanto al número de conductores disponibles, de manera que puedan afrontarse los servicios que se encargan con escaso margen temporal de respuesta. Sin embargo, la situación actual de baja actividad se traduce en que la ocupación de este personal (esto es, el número de conductores que diariamente realizan algún servicio) haya descendido hasta situarse en unos niveles bajísimos. Paralelamente, el número de conductores que se encuentran desempleados se ha incrementado muy por encima de los niveles necesarios para atender a los servicios que actualmente se demandan.

El siguiente cuadro muestra la media diaria mes a mes (considerando únicamente los días laborales de cada mes) de ocupación de los conductores de RUYMA.

(Se reproduce el gráfico que consta en la carta de despido).

La tabla refleja la media del número de operarios necesarios para atender los trabajos diariamente (aunque sea uno solo de corta duración) que supongan salida de las instalaciones de la Empresa conduciendo una máquina para proceder a bombeo de hormigón en obra.

Puede apreciarse que en 2013 hubo una media de ocupación de 8,75 conductores diarios, similar a la mantenida durante los meses de junio a agosto de 2014. Esas fechas coinciden con las dos grandes (y excepcionales) Operaciones a las que RUYMA, consiguió acceder (en Francia, en 2013, y en el Puerto de Santurtzi, de junio a agosto de 2014). En ausencia de esas operaciones (esto es; sin considerar los meses de junio, julio y agosto), la media de conductores que han realizado algún servicio diario, entre enero y octubre (incluido) de 2014, se sitúa en 4,13, siendo incluso menor la correspondiente a los dos meses,

Debe señalarse que la Empresa cuenta actualmente con 14 conductores, número con el que ha atendido sobradamente la actividad en los momentos en los que existían las excepcionales operaciones a las que nos hemos referido. La plantilla actual resulta a todas luces excesiva para atender las necesidades de actividad a fecha de hoy, en ausencia de perspectivas de que pueda incrementarse en el futuro.

No tiene sentido mantener una plantilla de 14 conductores cuando la media diaria de ocupación (en los flexibles términos en los que este concepto se ha analizado) es prácticamente de 4. La Empresa entiende

necesario reorganizar el sistema de trabajo para disminuir el número de conductores que permanecen disponibles (y que carecen de ocupación efectiva) para adecuarlo al número de encargos actual, dado que los mismos pueden afrontarse sin problemas con una plantilla de conductores sensiblemente inferior.

A mayor abundamiento, derivado de la situación que estamos viviendo, como Ud. bien conoce se ha venido generando una bolsa de horas para que en lugar de estar en las instalaciones sin nada que hacer, los conductores estén en sus casas con el objeto de poder ir recuperándolas si fuera necesario por un incremento de la actividad.

De todo lo anterior se desprende que concurren causas productivas en los términos del artículo 51.1 del ET, dado que según el mencionado artículo concurren «causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado»,

IV.- Causas económicas.

El descenso de la actividad: que hemos descrito anteriormente en términos de volumen de metros cúbicos bombeados y ocupación de conductores se ha reflejado igualmente en las cuentas de la Empresa.

Así, la facturación de RUYMA en los tres últimos trimestres, comparados con los mismos periodos del año anterior, reflejan una importante disminución de ingresos.

Reproducimos a continuación cuadros que reflejan la evolución de las ventas en los tres últimos trimestres de 2014, comparados con el mismo periodo de 2013. Para mayor claridad se exponen tanto los datos de RUYMA S.L. como los de la empresa ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. y los datos consolidados de ambas sociedades. Los datos se reflejan en Euros y la referencia "Internacional" se refiere a los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada en Francia durante el ejercicio 2013. Los datos que aparecen en el apartado "inmovilizado" se refieren a ingresos por venta de maquinaria.

(Se dan por reproducidos los gráficos que constan en la carta de despido).

De los cuadros anteriores se aprecia claramente la importante disminución que; en sus ingresos ordinarios viene conociendo la Empresa durante el ejercicio 2014.

Por su parte, los resultados de la Empresa- en los últimos ejercicios se reflejan en los cuadros que reproducimos a continuación, en los que igualmente hemos incluido los correspondientes a la empresa Alquiler de Maquinaria Ruyma S.L. Los datos referidos a 2014 abarcan hasta el cierre del tercer trimestre (en septiembre de 2014).

(Se da por reproducido el gráfico que consta en la carta de despido).

El análisis de los resultados transcrito muestra que, excepto en 2013, año en el que la actividad en Francia generó un volumen importante de ingresos (ingresos desgraciadamente no recurrentes), en el resto de los ejercicios el resultado se ha equilibrado a través de operaciones de inmovilizado (venta de maquinaria). En 2014 cuando las posibilidades de venta de maquinaria son ya muy limitadas, los resultados hasta el cierre del tercer trimestre muestran un importante volumen de pérdidas que, con toda probabilidad, se incrementarán de forma importante al cierre final del ejercicio.

Las dificultades de la situación actual se traducen además en un descenso de precios, derivado de la enorme competencia existente entre las empresas del sector para intentar captar la escasa actividad existente, en enormes dificultades para el acceso al crédito (cerrado- prácticamente para empresas del sector de la construcción) y en la existencia de un cierto volumen de impagos que la Empresa, a pesar de los esfuerzos por gestionar este apartado, no ha conseguido reducir. A modo de ejemplo, el reciente concurso de uno de los principales clientes, la constructora J.A. Olabárrri S.L., ha dejado unas deudas pendientes de cobro de más de 34.000 Euros que se suman a impagos anteriores por encima de los 50.000 Euros.

Es decir concurren asimismo causas económicas que justifican el despido que por medio de la presente se le comunica, si tenemos en cuenta la existencia de una disminución persistente del nivel de ingresos y la actual existencia de pérdidas en la Empresa (cuentas provisionales del tercer trimestre de 2014), lo que concuerda con lo establecido en el artículo 51,1 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual:

«Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior».

V.- Causas organizativas.

La plantilla actual de RUYMA S.L. es de 22 personas. ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. cuenta en la actualidad con un solo trabajador.

Las 22 personas en plantilla de RUYMA S.L. se distribuyen de la siguiente manera:

- 14 son conductores, esto es, el personal que conduce las máquinas a pie de obra y ejecuta las tareas de bombeo de hormigón.
- 2 trabajadores desarrollan su actividad en taller (un encargado y un mecánico).
- Los 6 restantes corresponden a 3 trabajadores del área de administración, un comercial, una persona de limpieza a tiempo parcial (9 horas semanales) y el gerente.

La una trabajadora de ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. desarrolla sus tareas en el área de administración.

A este respecto, el volumen de plantilla (incluyendo los trabajadores subrogados) se mantiene prácticamente invariable desde 2012, a pesar de las evidentes dificultades que la crisis ha generado en la Empresa. Desde esa fecha únicamente se ha producido la baja de un conductor en mayo de 2013 y el alta de una persona contratada con la finalidad de intentar abrir mercado en Navarra, intento finalmente fallido, causando baja esta persona en agosto de 2014. Como se ha indicado más arriba, los ingresos obtenidos con la venta de maquinaria permitieron equilibrar la pérdida de ingresos generada con la menor actividad del sector, sin recurrir hasta ahora a Medidas drásticas en materia de personal.

Ante el descenso de la actividad, la Empresa recurrió anteriormente a 2 ERTES (expedientes de regulación temporal de empleo). que abarcaron los siguientes periodos de diciembre de 2011 a mayo de 2012, así como de enero a mayo de 2014. Esos ERTES derivados de causas productivas afectaron justamente a los 14 conductores en plantilla, al no poderse garantizar su ocupación efectiva, atendiendo al bajo volumen de actividad existente y previsto, ante la falta de obras susceptibles de bombeo. Debe señalarse que todos los trabajadores Suscribieron el acuerdo que puso fin a los periodos de consultas de los ERTES, dato significativo que muestra la percepción por el conjunto de la plantilla de la gravedad de la situación que atravesaba la Empresa.

La Empresa ha abordado igualmente medidas adicionales, dirigidas tanto a obtener ingresos extraordinarios como a reducir gastos, que contribuyeran a mantener la actividad sin recurrir a medidas laborales drásticas. Entre esas medidas se incluyen las siguientes:

Venta de maquinaria, de vehículos industriales (factor que ha resultado decisivo para compensar el déficit de facturación necesario para cubrir los gastos), en las cantidades que se detallan a continuación:

2008: 9 vehículos.
 2009 0 vehículos
 2010 3 vehículos
 2011 21 vehículos
 2012 4 vehículos
 2013 2 vehículos
 2014 1 vehículos

- Reducción salarial del personal no afectado por el ERTE 2014. Todo el personal no afectado aceptó una reducción del 15% durante todo el año 2014.
- Reducción de salarios de directivos,
- Cambios de proveedores y renegociación de condiciones con proveedores habituales.

Asunción por personal propio de administración de tareas anteriormente contratadas externamente, tales como contabilidad, personal....

A pesar de todas las medidas puestas en marcha por la Empresa para ajustar la plantilla a las necesidades reales de la actividad, RUYMA se encuentra en la actualidad con una estructura sobredimensionada, en gran parte derivada de la negativa evolución del mercado doméstico, lo que obliga a la adopción de nuevas medidas de reordenamiento. El desequilibrio existente entre la plantilla y la continua caída del negocio pone de manifiesto una rigidez de la estructura organizativa, tanto desde el punto de vista de personal como de coste, al no adaptarse adecuadamente a los volúmenes reales de actividad, afectando con ello al nivel de rentabilidad.

Resulta claro; por consiguiente, que concurren causas organizativas que justifican la extinción de su contrato de trabajo al amparo del artículo- 51,1 del ETS t< Se entiende: que concurrirán causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del: personal o en el modo de organizar la producción».

VI.- Decisión adoptada por la Empresa

Todas las medidas indicadas iban dirigidas a "aguantar" la situación de descenso de actividad en espera de una mejora de la situación. Sin embargo, esa mejora no ha llegado y además no existen a día de hoy

perspectivas de poder captar operaciones .como las dos que, en 2013 (Norte de Francia) y entre junio y agosto de 2014 (cajonero en el Puerto de Santurtzi), han permitido mantener- un cierto nivel de actividad Del mismo modo en la actualidad, a pesar de que varias de las máquinas se encuentran en venta, no es posible desprenderse de las mismos para compensar el diferencial entre ingresos y gastos, ya que el mercado de maquinaria de segunda mano de construcción está totalmente saturado lo que determina la inexistencia de demanda,

A la vista de los niveles de ocupación que hemos expuesto más arriba, la previsión para los próximos 6 meses (coincidiendo con el periodo de peor tiempo meteorológico), es que la Ocupación media de conductores no alcance los 4 y que, posteriormente (cuando llegue la época de mejor tiempo), no supere: los 6-7. En esas circunstancias no es posible continuar manteniendo la actual plantilla de 14 conductores.

En ese contexto, RUYMA ha decidido extinguir los contratos de trabajo de los 5 conductores que disponen de la nómina más alta de la plantilla (entre los que se encuentra usted), así como de una persona del área administrativa.

Al mismo tiempo, se abordarán medidas adicionales de ajustes de gastos, con el objetivo de que la media mensual de gastos que actualmente se sitúan en algo más de 191.000 Euros se reduzcan a una cantidad situada en torno a 125/130.000 Euros.

De no abordar todas estas medidas, incluyendo la extinción de los contratos de trabajo indicados, la Empresa podría llegar a situarse en poco tiempo en situación de concurso, lo cual haría peligrar la pervivencia de la totalidad de los contratos de trabajo actuales.

Dicho esto, por lo detalladamente expuesto, y hallándonos ante la concurrencia del supuesto de las causas productivas, económicas y organizativas contempladas en el artículo 52 c) en relación con el artículo 51.1, ambos del ET , ponemos en su conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la propia ley, lo siguiente;

1. Que la Empresa pone a su disposición, en este acto, y simultáneamente a la entrega de esta comunicación escrita, mediante el cheque nominativo, número NUM001 extendido contra CAJA LABORALLABORAL KUTXA Agencia sita en Avda. Madariaga, 12 de Bilbao, la indemnización que legalmente le corresponde, calculada a razón de veinte días de salario por año de servicio y con un máximo de doce mensualidades, que en su caso asciende a un total de 37.149,95 euros, de acuerdo con la antigüedad que tiene acreditada en RUYMA ."y su salario bruto con prorrata de gratificaciones extraordinarias.

2. La decisión extintiva tiene efectos de fecha de hoy, 17 de noviembre de 2014, y por ello, no concediéndose el plazo de preaviso de quince días legalmente previsto, se pone a su disposición la cantidad correspondiente al concepto mencionado; importe que se hará efectivo, junto con su liquidación de salarios, mediante transferencia bancaria -a su cuenta, en la forma habitual.

3. Finalmente le recordamos que la Empresa gestionará los certificados oportunos, con el fin de que pueda tramitar las prestaciones de desempleo a la que usted pudiera tener derecho, y que deba solicitar en forma y plazo reglamentariamente establecido.

Como consecuencia del despido, le rogamos que ponga a disposición de la Empresa todos los efectos y materiales que sean propiedad de la misma y que en dicho momento pudieran encontrarse en su poder. Aprovechamos para recordarle que usted ha estado en contacto con información confidencial de RUYMA y qué la obligación de guardar secreto le resulta exigible aun después de extinguido su contrato.

Finalmente, le significamos que la Empresa es consciente de que la extinción de su contrato de trabajo supone la pérdida de un trabajador capacitado para la realización de una actividad que requiere un importante grado de cualificación, que no puede además obtenerse por nuevas incorporaciones de forma inmediata.

Por ello, y para tratar también de limitar las consecuencias personales de la decisión adoptada, asume el compromiso, que le traslada formalmente, de que en caso de que varíen las actuales circunstancias del mercado y precise en los próximos años. contratar nuevo personal conductor, ofrecerá esos contratos a los trabajadores que hasta hoy han formado parte de la plantilla de la Empresa, de manera preferente a la contratación de nuevo personal sin vinculación anterior con la Empresa.

Sin otro particular, reiterando el reconocimiento hacia la labor desarrollada durante todo el tiempo de prestación de servicios en RUYMA le rogamos que firme copia de la presente comunicación de despido, únicamente a los efectos de que conste su recepción.

Esperando su comprensión respecto a los motivos que han exigido a la Empresa tomar esta decisión, quedamos a su disposición para cualquier aclaración al respecto.> >

La empresa entrega por transferencia la suma indemnizatoria al trabajador

5º.- Junto con el actor la empresa ha procedido al despido por causas objetivas de otros cuatro conductores, los de mayor antigüedad y salario, asimismo ha procedido al despido de una trabajadora del departamento de administración, también la de mayor antigüedad y salario.

6º.- Las empresas RUYMA S.L. y ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. constituyen grupo de empresas a efectos laborales.

7º.- Los resultados de RUYMA S.L. en los ejercicios 2011, 2012 y 2013 (antes de impuestos) son:

Ejercicio 2011: 1.335.661,51 euros.

Ejercicio 2012: 372.579,75 euros.

Ejercicio 2013: 498.567,35 euros.

8º.- El balance de situación y cuentas anuales de RUYMA S.L. a fecha diciembre de 2014 arroja el siguiente resultado:

Ejercicio 2014:

Cifra de negocio: 1.377.903,50 euros.

Gastos de personal: (524.981,94 euros).

Otros gastos de explotación: (228.196,39 euros)

Amortización de inmovilizado: (782.782,16 euros).

Deterioro y resultado por enajenación del inmovilizado: 66.006,38 euros.

Resultado antes de impuestos: (370.182,61 euros).

Resultado del ejercicio: (370.182,61 euros).

9º.- El balance de situación y cuentas anuales de RUYMA S.L. a fecha diciembre de 2014 arroja el siguiente resultado:

Importe neto de cifra de negocio:

Ejercicio 2013: 3.030.435,12 euros.

Ejercicio 2014: 1.631.598,02 euros.

Gastos de personal:

Ejercicio 2013: (931.482,07 euros)

Ejercicio 2014: (963.909,46 euros)

Indemnizaciones: (237.399,92 euros).

Otros gastos de explotación:

Ejercicio 2013: (455.799,08 euros)

Ejercicio 2014: (327.458,28 euros)

Amortización de inmovilizado:

Ejercicio 2013: (812.230,84 euros)

Ejercicio 2014: (1.043.757,24 euros)

Deterioro y resultado por enajenación del inmovilizado:

Año 2013: 134.492,90 euros.

Año 2014: 66.006,38 euros.

Resultado antes de impuestos:

Ejercicio 2013: 498.567,35 euros.

Ejercicio 2014: pérdidas 975.461,54 euros.

Resultado del ejercicio:

Ejercicio 2013: 483.568,55 euros.

Ejercicio 2014: pérdidas 975.461,54 euros.

10º.- Los resultados de ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. en los ejercicios 2011, 2012 y 2013 (antes de impuestos) son:

Ejercicio 2011: (948.505,57 euros).

Ejercicio 2012: (510.888,82 euros)

Ejercicio 2013: 1.839.895,71 euros.

11º.- El balance de situación y cuentas anuales de ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. a fecha septiembre de 2014 arroja el siguiente resultado:

Ejercicio 2013:

Cifra de negocio: 9.950,85 euros.

Gastos de personal: (46.568,97 euros).

Otros gastos de explotación: (29.435,66 euros)

Amortización de inmovilizado: (204.306,67 euros).

Resultado antes de impuestos: (134.793,13 euros).
Resultado del ejercicio: (134.793,13 euros).

12º.- El balance de situación y cuentas anuales de ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. a fecha diciembre de 2014 arroja el siguiente resultado:

Importe neto de cifra de negocio:
Ejercicio 2012: 132.218,40 euros.
Ejercicio 2013: 13.267,80 euros.
Gastos de personal:
Ejercicio 2012: (121.580,28 euros)
Ejercicio 2013: (61.718,40 euros)
Otros gastos de explotación:
Ejercicio 2012: (46.872,63 euros)
Ejercicio 2013: (32.418,67 euros)
Amortización de inmovilizado:
Ejercicio 2012: (265.000,33 euros)
Ejercicio 2013: (257.470,14 euros)
Deterioro y resultado por enajenación del inmovilizado:
Ejercicio 2012: 1.936.031,76 euros.
Ejercicio 2013: 0 euros.
Resultado antes de impuestos:
Ejercicio 2012: 1.839.895,71 euros.
Ejercicio 2013: (154.135,75 euros)
Resultado del ejercicio:
Ejercicio 2012: 1.810.336,96 euros.
Ejercicio 2013: (154.135,75 euros)

13º.- De las declaraciones de IVA aportadas resulta lo siguiente:

RUYMA S.L. (base imponible):
Primer trimestre de 2013: 481.411,20 euros.
Segundo trimestres de 2013: 295.634,94 euros.
Tercer trimestre de 2013: 611.421,04 euros.
Primer trimestre de 2014: 318.071,74 euros.
Segundo trimestre de 2014: 485.066,72 euros.
Tercer trimestre de 2014: 639.519,32 euros.
Operaciones con sujetos pasivos de la UE (operaciones intracomunitarias)
Primer trimestre de 2013: 275.612,54 euros.
Mayo de 2013: 300.000 euros.
Junio de 2013: 151.481,28 euros.
Julio de 2013: 150.000 euros.
Agosto de 2013: 150.000 euros.
Septiembre de 2013: 150.000 euros.
ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. (base imponible):
Primer trimestre de 2013: 43.320 euros.
Segundo trimestres de 2013: 116.616,98 euros.
Tercer trimestre de 2013: 245.069,48 euros.
Primer trimestre de 2014: 56.201,04 euros.
Segundo trimestre de 2014: 56.201,04 euros.
Tercer trimestre de 2014: 56.201,04 euros.

14º.- El total de metros cúbicos bombeados por la empresa RUYMA S.L. ha sido de:

Año 2012: 325.707
Año 2013: 212.604 (de los cuales 193.468 corresponde a la actividad en territorio nacional y 19.137 a la actividad desarrollada en Francia).
Año 2014: 174.235
Año 2015 (enero a abril): 20.774.

15º.- La empresa RUYMA S.L. ejecutó una obra en Francia entre febrero y diciembre de 2013 por la que facturó un importe de 1.590.619 euros.

16º.- La empresa RUYMA S.L. ejecutó una obra en el Muelle Punta Sollana entre junio y agosto de 2014 por la que facturó un importe de 433.044,59 euros.

17º.- Se da por reproducido el documento nº 13 del ramo de prueba de las demandadas RUYMA S.L. y ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. relativo a la media de ocupación de los conductores desde enero de 2013 a la actualidad en meses comparados. En todo caso, destacar que a fecha de despido (noviembre de 2014) la empresa contaba con un total de 14 conductores.

18º.- En mayo de 2013 la empresa RUYMA S.L. procedió a la subrogación de cuatro trabajadores procedentes de la empresa ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. Estos no aparecen en el impreso 190 al tributar en la Hacienda Foral de Alava.

19º.- En diciembre de 2013 la empresa ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. ha procedido a la venta de maquinaria a RUYMA S.L. por un importe de 2.159.850 euros.

20º.- ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L., como arrendador, tiene suscritos diversos contratos de arrendamiento con RUYMA S.L., como arrendatario.

21º.- En fecha 01/12/13 la empresa RUYMA S.L. procedió a la venta de un terreno situado en el Polígono Industrial "La Cruz" (Zamudio/Lezama) a la mercantil ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. por un importe de 1.200.000 euros.

22º.- BOMBEOS DE HORMIGÓN RUYMA S.L. tenía su domicilio en el Polígono Pinoa pabellón 1 A de Zamudio, su objeto social se centra la actividad industrial de bombeo de hormigón, a base de la adecuada maquinaria bombeadora instalada sobre camiones, transportes, compraventa de materiales para la construcción y en general, cualquier otra actividad industrial, mercantil o de servicios relacionada directa o indirectamente con el ramo de construcción. Su administradora única es DOÑA Joaquina . Y apoderados DON Dimas , DOÑA Tarsila y DOÑA Felisa .

En julio de 2011 se acordó por la junta general de la sociedad la escisión de la misma con transmisión de todo su patrimonio a RUYMA S.L. y ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. En concreto, se acordó que el patrimonio consistente en bienes inmuebles y pasivo correspondiente fuera transmitido a ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. y el resto del activo que estaba conformado por el patrimonio social de la mercantil y su correspondiente pasivo fuera transmitido a RUYMA S.L., sociedad que desarrolla actividad económica similar a la actividad a la que se encontraba afectado el activo y pasivo que recibía de BOMBEOS DE HORMIGÓN RUYMA S.L.

ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L. tiene su domicilio social en el Polígono Industrial Arriaga calle Artepadura s/n de Vitoria-Gasteiz, su objeto social se centra en la actividad industrial de bombeo de hormigón, a base de la adecuada maquinaria bombeadora instalada sobre camiones, transportes, compraventa de materiales para la construcción y en general, cualquier otra actividad industrial, mercantil o de servicios relacionada directa o indirectamente con el ramo de construcción, asimismo adquirir, enajenar y arrendar bienes inmuebles, acciones participaciones sociales, bonos de caja, certificados de depósitos y pagarés de todas clases de empresas o negocios. Su administradora única es DOÑA Tarsila . Y apoderado DON Dimas .

Fueron las perspectivas del mercado cuando existió la necesidad de disgregar la sociedad citada BOMBEOS DE HORMIGON RUYMA SLU en las dos sociedades. Así el encaje del personal en RUYMA S.L. y el patrimonio inmobiliario en ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L., y ello para separar el patrimonio ante los riesgos de la actividad empresarial.

23º.- La empresa RUYMA S.L. presentó un primer ERTE entre diciembre de 2011 y mayo de 2012 y otros segundo entre enero y mayo de 2014, ambos con acuerdo. En diciembre de 2014 se presentó acuerdo de descuelgue salarial de cinco empleados hasta el 31/12/14.

24º.- En la actualidad se encuentra en vigor ERTE hasta junio de 2015 acordado con los trabajadores con posterioridad a los despidos de noviembre de 2014.

25º.- Dña Joaquina es titular de las participaciones de ambas sociedades RUYMA SLU y ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA SLU, siendo la administradora única su hija Dña Tarsila . En fecha 28/01/13 DOÑA Tarsila ha transferido a la mercantil RUYMA S.L. el importe de 50.000 euros, DON Dimas de 120.000 euros y DOÑA Felisa de 130.000 euros.

26º.- RUYMA S.L. ha prestado servicios para la empresa IBERICA DE BOMBEOS ESPECIALES S.L. durante los años 2011 y 2012. IBERICA DE BOMBEOS ESPECIALES S.L. no ha formalizado ningún contrato para la ejecución de obra en Francia.

27º.- IBÉRICA DE BOMBEOS ESPECIALES S.L. está constituida por las sociedades BOMBEOS DEL MEDITERRANEO S.L., JET BOMBEOS DE HORMIGÓN S.L., TRANS Y BOMBEOS BEDMAR S.A., BOMBEOS SOL S.L., BOMBEOS GRAMA S.L., ALQUILER DE MAQUINARIA JCB S.L. y RUYMA S.A. Tiene su domicilio social en la calle Dr. Fleming nº 17 de Arganda del Rey (Madrid), su objeto social se centra en la fabricación, venta, distribución y bombeo de hormigón para toda clase de edificaciones y construcciones, tanto públicas como privadas. Entre los administradores de la sociedad se encuentra la sociedad RUYMA S.L., con una participación

del 20%. Se dedica a la actividad de bombeo de hormigón mediante equipos de bombeo estáticos y plumas estacionarias.

28º.- El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical.

29º.- Con fecha 09/01/15 se celebró el preceptivo acto de conciliación con resultado sin avenencia y sin efecto".

Segundo.

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que acogiendo la excepción de excepción de caducidad respecto a la acción promovida frente a la empresa IBÉRICA DE BOMBEO ESPECIALES S.L. y acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva de las personas DOÑA Joaquina , DOÑA Tarsila y desestimando la demanda formulada por DON Anselmo contra RUYMA S.L., ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L., IBÉRICA DE BOMBEO ESPECIALES S.L., DOÑA Joaquina , DOÑA Tarsila y MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro la extinción del contrato de trabajo en virtud de causas objetivas acordada por las empresas RUYMA S.L., ALQUILER DE MAQUINARIA RUYMA S.L., respecto del actor como procedente, y por tal declarando tal extinción del contrato debo absolver a los citados demandados de lo interesado en la demanda, consolidando la indemnización abonada al demandante".

Tercero.

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por Ruyma SL y Alquiler de Maquinaria Ruyma SL en un escrito único.

Cuarto.

El 29 de septiembre de 2015 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el 20 de octubre siguiente, fecha en la que se denegó la admisión de la prueba documental que el demandante adjuntaba con su recurso (copias de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social nº 1 y 3 de Bilbao el 19 y 23 de junio de 2015, en el caso de los despidos de otros dos conductores), al no constar su firmeza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

D. Anselmo recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, de 22 de junio del año en curso, que ha declarado procedente el despido por causas económicas, productivas y organizativas de que fue objeto el 17 de noviembre de 2014 por su empresario, Ruyma SL y Alquiler de Maquinaria Ruyma SL, confirmando la extinción de su contrato de trabajo y consolidando su derecho a la indemnización de 37.149,95 euros ya cobrada, desestimando así la demanda que interpuso el 30 de diciembre de 2014 pretendiendo que se declarase nulo y se condenase a dicho empresario a readmitirle y pagarle los salarios dejados de percibir. Sentencia que también desestimó la demanda, en cuanto dirigida frente a: 1) Dª Joaquina y Dª Tarsila , por no tener la condición de coempresarias del demandante (técnicamente, excepción de falta de legitimación pasiva); 2) Ibérica de Bombeos Especiales SL, por haberla demandado fuera de plazo (técnicamente, acción caducada).

Su recurso pretende que el despido se declare nulo o, cuando menos, improcedente, con su efectos legales, con cargo a dicho empresario (las dos sociedades, en cuanto grupo laboral). Funda la pretensión principal en que es un despido discriminatorio por razón de su edad; la subsidiaria, en que no se han acreditado las causas invocadas para su despido. Articula, al amparo del art. 193.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), un motivo para denunciar las infracciones jurídicas cometidas por haberse desestimado esas pretensiones; y, con carácter instrumental para ambas, un primer motivo, al amparo del art. 193.b) LJS, para ampliar el relato de hechos probados.

Recurso impugnado, en común escrito, por las dos sociedades que en el litigio han admitido su condición de coempresarias del demandante en cuanto constituyen un grupo laboral. Ibérica de Bombeos Especiales SL, por su parte, se ha limitado a presentar un escrito indicando que nada tiene que decir sobre el recurso, dado que no se pretende su condena.

Segundo.

A) El art. 193.b) LJS establece la posibilidad de revisar los hechos probados de la sentencia recurrida al amparo de prueba documental o pericial.

La norma en cuestión no establece parámetros legales para esa revisión, pero su recto sentido, en interpretación sistemática, es la de que habrá de prosperar cuando el documento o pericia que se aduce no haya sido objeto de valoración con arreglo a los criterios legales de valoración de prueba dispuestos por nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso de la prueba pericial, ese criterio es "la sana crítica" (art. 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ¿LEC -), cuyo concreto alcance es el de estimar que, con arreglo a la totalidad del material probatorio obrante en autos, la convicción del Juzgado sobre su valor probatorio (positivo o negativo) resulte razonable, acogiendo la revisión cuando se advierta que, dentro de esa valoración global de la prueba practicada en relación a las materias objeto de la pericia, la conclusión del Juzgado parezca contraria al sentido común (esto es, a lo que generalmente concluiría la mayor parte de las personas ante ese material probatorio).

En el caso de la prueba documental privada, existe regla que dispone su valor de prueba plena en el caso del documento cuya autenticidad no se haya impugnado, pero bien entendido que ese efecto probatorio contrae su alcance a la existencia del documento y contenido que tiene (art. 326.1 LEC , en relación con el art. 319.1 LEC), pero no a que lo que ahí se dice responda fielmente a la realidad. Conclusión lógica, por lo demás, como lo pone de manifiesto lo que sucedería ante documentos de autenticidad no cuestionada pero con contenido contradictorio. En este terreno, por tanto, también entra en juego la regla general básica en nuestro ordenamiento, en materia de valoración de prueba, que es la de atenerse a criterios de sana crítica.

Una precisión última sobre los criterios aplicativos que se han venido siguiendo por los Tribunales Superiores de Justicia al dar respuesta a motivos de recurso destinados a la revisión de hechos probados: se ha seguido, con carácter habitual, una inercia de valoración sujeta a la rigidez propia de la revisión de corte casacional, que si podía tener sentido cuando el recurso de suplicación cumplía una función sustancialmente análoga (al interponerse ante un único órgano: Tribunal Central de Trabajo) y el órgano que lo resolvía no tenía a su alcance la totalidad del material probatorio practicado en la instancia, su razón de ser desaparece una vez atribuido su conocimiento a los Tribunales Superiores de Justicia y quedar sujeta su resolución a la función casacional que dispensa el Tribunal Supremo mediante el recurso de casación para unificación de doctrina (lo que sucedió a partir de mayo de 1989), resultando significativo que, desde entonces, los sucesivos textos de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), siguiendo el mandato de la inicial Ley de Bases, contemple la revisión de hechos probados propia del recurso de suplicación en términos diferentes a los del recurso de casación ordinaria, al exigir para este último que el documento que se invoca no esté contradicho por otro elemento probatorio (art. 205.d LPL), en requisito no contemplado para la revisión fáctica propia del recurso de suplicación (art. 191.b LPL); criterio consumado tras la vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en enero de 2001, en cuanto impuso la grabación de las vistas orales (art. 187.1), en regla que era de plena aplicación en el ámbito del proceso laboral por su carácter supletorio (art. 4), y hoy en día, en la nueva Ley, tiene reflejo expreso (art. 89.1 LJS), ya que con ella el Tribunal Superior tiene acceso a todo el material probatorio practicado en el litigio, pudiendo valorarlo en términos similares a como lo hace el Juez de lo Social que ha conocido del pleito en la instancia. Nueva ley que mantiene esa misma diferencia entre el art. 193.b) LJS y el art. 207.d) LJS. En consecuencia, la revisión de la convicción del Juzgado se aproxima a valores más propios de un recurso de apelación, si bien que limitada a prueba documental o pericial .

No queda sino concluir que para el éxito del motivo destinado a la revisión de los hechos probados se precisa, además, un factor adicional, como es que el error en la valoración de la prueba documental o pericial resulte trascendente para alterar el resultado del litigio en los términos pretendidos en el recurso total o parcialmente, pues de lo contrario estaremos ante un error irrelevante.

A la luz de lo expuesto vamos a analizar el motivo inicial del recurso del demandante.

B) D. Anselmo propone un nuevo hecho probado, con una redacción concreta, en el que básicamente quiere incluir: 1) la edad, categoría, antigüedad y partidas salariales fijas de los trabajadores de Ruyma SL en los términos que resultan del documento nº 1 aportado por Ruyma SL a instancias del demandante y el documento 28º de los aportados por su propia iniciativa; 2) el salario variable del demandante en los meses de octubre de 2013 a noviembre de 2014 (prima de producción, dietas y horas extras) en los términos del documento nº 4 aportado por Ruyma SL a petición del recurrente, así como de los documentos 2 a 4 presentados por éste; 3) la compra de carburantes en 2013 (227.726,64 euros y 2014 (237.123,44 euros), la facturación en esos años (1.631.598,02 euros y 3.030.435,12 euros) y los gastos de alquileres (162.000 euros en ambos) en Ruyma SL, revelados por el documento 6 suyo y el 19D de Ruyma SL.

La Sala lo admite, si bien salvando un lapsus del recurrente en la redacción del hecho propuesto en lo que se refiere a los datos sobre compras de carburantes y facturación, dado que ha invertido los mismos, asignando a 2013 los del año 2014 y viceversa (como revela la prueba invocada y, por lo demás, consta ya en el hecho probado noveno en cuanto al importe neto de la cifra de negocio en ambos años).

Conviene indicar, no obstante, su falta de relevancia para alterar el resultado del litigio, como luego razonamos, teniendo en cuenta: a) que queda intacto que su empresario seleccionó a los cinco conductores y a la administrativa objeto de despido en función de que eran los que tenían un salario más alto dentro de su categoría, lo cual se declara expresamente probado que es cierto en el hecho probado quinto, sin que en el recurso se haya

propuesto su revisión; b) que la similitud esencial de gastos de alquileres y compra de carburantes en ambos años no son datos reveladores de que no concurren las causas económicas y productivas tenidas en cuenta por el Juzgado para sustentar la procedencia del despido.

Tercero.

A) Se denuncia, en el motivo segundo, que la sentencia ha infringido el art. 14 de nuestra Constitución en su vertiente de prohibición de discriminación por edad, en relación con los arts. 17.1, 51, 52.c) y 55.5 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), por no haber declarado nulo el despido del demandante, condenando a su empresario a readmitirle y pagarle los salarios dejados de percibir en el ínterin, dado que su selección como uno de los cinco conductores objeto del despido por causas económicas, productivas y organizativas efectuado el 17 de noviembre de 2014 proviene de su edad, dado que los elegidos han sido los cinco conductores de mayor edad.

B) Nuestra Constitución prohíbe la discriminación por causa odiosa, en lista abierta (art. 14 CE), en regla que si bien no incluye a la edad entre las que menciona, la abarca, habiendo sido admitida por su autorizado intérprete, el Tribunal Constitucional, como expresamente lo reconoce en el fundamento de derecho 3 de su sentencia 66/2015, de 13 de abril de 2015, con cita de sus precedentes en igual sentido, en conclusión reforzada a la vista del art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe expresamente la discriminación por razón de edad, hasta el punto de constituir un "principio general del derecho de la Unión", en palabras de la sentencia dictada por la Gran Sala de su Tribunal de Justicia el 19 de enero de 2010 (asunto Küçükdeveci, C- 555/2007).

Prohibición de expresa aplicación en el ámbito de la relación laboral (art. 17.1 ET), al punto de establecerse que sea nulo el despido por causas económicas, productivas, técnicas u organizativas de un trabajador que tenga como móvil esa causa de discriminación (art. 53.4 ET) y determina la condena empresarial a readmitirle y pagarle los salarios de tramitación, con devolución de la indemnización percibida (arts. 53.5 y 55.6 ET).

Prohibición que, según nuestro Tribunal Constitucional, no significa que la edad no pueda ser un factor de selección de los trabajadores afectados por despidos debidos a excesos de plantilla por ese tipo de causas, si bien se exige que concorra una rigurosa justificación y proporcionalidad, como lo muestra que en esa sentencia haya entendido que no vulnera ese derecho fundamental el despido colectivo en una determinada empresa en atención a que uno de los criterios de selección de los 211 afectados fue el de ser mayor de 55 años, ya que considera que se da ese requisito de justificación y proporcionalidad adecuada por el hecho de que quedaban en una situación de mayor protección frente al desempleo que los trabajadores de menor edad, en base a: 1) la cobertura que da nuestro sistema de seguridad social en esta materia, a través del subsidio para mayores de 55 años previsto para quienes carezcan de determinados niveles de renta y se prolonga hasta el acceso a la pensión de jubilación; 2) la obligación empresarial de concertar un convenio especial con la TGSS en esos casos (art. 51.9 ET); 3) la prestación complementaria por desempleo que había dispuesto la empresa para los trabajadores de mayor edad.

C) En el caso de autos resultan estériles los argumentos del demandante defendiendo que su despido vulnera esa concreta prohibición y ello pese a que los cinco conductores despedidos al tiempo que él y por las mismas causas son los cinco de mayor edad.

La razón principal de ello ha de verse en que su selección como afectados no se ha realizado por tal causa sino debido a que son los conductores con un salario más alto, siendo así que estamos ante un despido por causas económicas, lo que constituye razón más que suficiente para haber adoptado ese criterio, máxime si como es el caso, apreciamos que esas diferencias salariales son de entidad, ya que según revelan los conceptos salariales fijos de todos ellos que constan en la relación que hemos admitido a instancias del recurrente, todos los despedidos tienen un salario superior en más de ochocientos euros mensuales que los tres conductores con salario más bajo y más de quinientos euros con los dos siguientes (y, en el concreto caso del recurrente, la diferencia es de novecientos noventa euros con los tres primeros, de algo más de setecientos euros con los dos siguientes y de más de quinientos euros con cualquiera de los conductores no despedidos). Criterio que igualmente se tuvo en cuenta para elegir a la administrativa despedida, de entre los trabajadores de este grupo profesional, dándose la circunstancia de que en la empresa existen dos conductores no despedidos y un jefe de taller con mayor edad que dicha administrativa, poniendo de manifiesto que la edad no es el factor que ha determinado la selección de afectados.

Argumento suficiente para desestimar la pretensión de nulidad del despido, a lo que cabe añadir, no obstante, como razón de refuerzo, que aunque se le hubiese elegido, al igual que a los otros conductores despedidos, por razón de su edad, concurren circunstancias que lo justificarían, dado que los cinco son mayores de 55 años al tiempo de su despido, a diferencia de los restantes (con menos de 45 años, salvo el representante de los trabajadores, que goce de preferencia legal para no ser despedido), con lo que gozan de la singular protección frente al desempleo que contempla nuestro sistema de seguridad social a través del subsidio para mayores de 55 años, que no tiene más límite temporal que el acceso a la pensión de jubilación, estando

esencialmente protegida la cuantía de ésta debido a que incluye la cotización para jubilación (arts. 216.3 y 218.1 del vigente texto refundido de nuestra Ley General de la Seguridad Social ¿LGSS -), en doble circunstancia que no concurre en quienes quedan en desempleo a edad inferior a 45 años, a lo que se añade la obligación contraída por su empresario, recogida en la carta de despido, dándole preferencia para contratarle sobre personas ajenas a la empresa.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

Cuarto.

A) Se denuncia, en el motivo último, que la desestimación de la pretensión de improcedencia del despido vulnera los arts. 52.c), 53 , 55 y 56 ET , en relación con los arts. 6.4 , 7.1 y 1258 del Código Civil (CC), dada la conducta fraudulenta de Ruyma SL, revelada por el hecho de que efectúe estos despidos después de haberse subrogado en cuatro trabajadores de Alquiler de Maquinaria Ruyma SL en mayo de 2013, haber transmitido a ésta su patrimonio inmobiliario y recibido el mobiliario de la misma, sin que tampoco sea real el descenso de facturación en 2014 sobre 2013 sin más que advertir que la compra de carburantes fue similar y, por último, dado que al demandante se le venían pagando cantidades importantes por horas extras. Alega también que las pérdidas de 2014 deben reducirse en el importe correspondiente a los gastos de alquileres (al darse entre ellas) y el de mano de obra de esos cuatro trabajadores subrogados. Concluye, en suma, que no se han acreditado las causas alegadas por la empresa para despedirle.

B) La denuncia del demandante carece de amparo jurídico.

En efecto, lo primero a señalar a este respecto es que los movimientos de personal y patrimonio producido entre las dos sociedades condenadas en calidad de coempresarios del demandante carecen de trascendencia jurídica para alterar la calificación del despido desde el momento en que ambas han asumido, tanto al despedirle como en el litigio, su condición de unidad empresarial por constituir un grupo de empresas patológico, con lo que han aplicado ya el efecto propio del fraude de ley en el uso de la personalidad jurídica, aplicando la norma que se quiso eludir (art. 6.4 CC): la condición empresarial conjunta de ambas sociedades en la relación laboral del demandante. La situación empresarial a analizar, como se invocaba en la carta, es la de ambas en global, razón por la que es inocuo descontar los gastos de alquileres pagados por Ruyma SL a Alquiler de Maquinaria Ruyma SL, como también el de mano de obra de los cuatro trabajadores de ésta subrogados por aquélla en mayo de 2013, ya que los datos a valorar son los del conjunto. En tal sentido, el recurrente fluctúa en su alegato, queriendo a veces que se valoren los datos sólo de Ruyma SL, para luego señalar que han de tenerse en cuenta los de las dos sociedades.

Sentada la vertiente correcta del análisis (la situación del grupo), la Sala comparte la valoración del Juzgado considerando que concurren tanto causa económica como productiva que justifica el despido.

En efecto, se da la primera tanto desde la vertiente de pérdidas actuales como desde la relativa a la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas (art. 51.1 ET), ya que: 1) en 2014 Ruyma SL tuvo pérdidas por valor de 370.182,61 euros y Alquiler de Maquinaria Ruyma SL por importe de 134.793,13 euros, cuya relevancia ha de medirse en función de la cifra de negocio que tuvieron ese año (1.377.903,50 euros y 9.950,85 euros), lo cual demuestra la importancia de las mismas; 2) el importe neto de la cifra de negocio descendió en Ruyma SL desde 3.030.435,12 euros en 2013 a 1.631.598,02 euros en 2014, mientras que en la otra pasó de 13.267,80 euros a 9.950,85 euros, por lo que globalmente el descenso fue en torno al 45%. La reducción de gastos de personal que traen los despidos adoptados el 17 de noviembre de 2014 resulta medida eficiente para reducirlas, máxime teniendo en cuenta el exceso de conductores existente (como ahora veremos).

Concurre la segunda (cambio en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, según el art. 51.1 ET), dado: 1) el descenso en el total de metros cúbicos de hormigón bombeados en una empresa como la que regentan ambas sociedades, dedicada al bombeo de hormigón, que en 2012 fue de 325.707, en 2013 de 212.604 y en 2014 de 174.235; 2) la media de ocupación de conductores desde enero de 2013 a noviembre de 2014 (en 2013 osciló entre 6,36 y 10,74; en 2014, de 3,37 a 9,14, siendo inferior a 5 en todos salvo en los meses de junio, julio y agosto), teniendo en cuenta que la empresa contaba a la fecha del despido litigioso con 14, debiendo resaltar que precisó un ERTE suspensivo en el primer semestre de 2014 y otro en el de 2015. Se revela, con ello, el exceso de plantilla de conductores concurrente para atender esa reducción de servicios que se viene produciendo, lo que también justifica el despido litigioso.

El recurso, por cuanto se ha expuesto, se desestima.

Quinto.

El demandante disfruta del beneficio de justicia gratuita, dado que litiga contra su empresario por razón del contrato de trabajo (art. 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita), lo que impide imponerle el pago de las costas causadas por su recurso, al no concurrir ya el supuesto previsto al efecto en el art. 235.1 LJS.

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. Anselmo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, de 22 de junio de 2015, dictada en sus autos nº 7/2015, seguidos a instancias del hoy recurrente, frente a Ruyma SL, Alquiler de Maquinaria Ruyma SL, Ibérica de Bombeos Especiales SL, Dª Joaquina y Tarsila, sobre despido por causas objetivas, confirmando lo resuelto en la misma. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

VOTO PARTICULAR. que formula el Ilmo. Sr. Magistrado FLORENTINO EGUARAS MENDIRI en el recurso de suplicación 1755/2015, en el que se basa en el art 260 LOPJ, y en los siguientes FUNDAMENTOS DE DERECHO que paso a exponer:

Unico.

Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria aprobada por la Sala, si bien coincido con su planteamiento principal, es a partir del fundamento de derecho cuarto donde me separo de la misma, pues entiendo que el motivo tercero del recurso debía estimarse, concurriendo, siempre a mi entender, un elemento distorsionador del despido que por la vía del art 6,4 del Código Civil, así como del abuso de derecho, puede llevar a conclusiones distintas a la ratificación de la sentencia recurrida.

En efecto, deduzco del motivo que esgrime el recurrente que este está cuestionando, al menos inicialmente, el que es irregular dentro del derecho el que las empresas demandadas bajo esa manifestación de grupo empresarial estén incorporando trabajadores de una a otra, cuyo resultado final sea el despido de aquellos operarios con mayores salarios. El recurrente señala la contradicción que es el, por un lado, subrogar trabajadores de otra empresa; y, de otro, proceder al despido de parte de los operarios que prestaban sus servicios, y, justamente, aquellos cuyos salarios eran superiores.

Coincido con el argumento del recurrente. Considero necesario realizar una primera puntualización que se refiere a que todos los contratos de trabajo deben ser examinados desde una proyección del criterio de la buena fe que en todos ellos debe regir (TS 31 de Mayo de 2006, recurso 5310/2004). La buena fe debe ser un elemento primordial dentro de toda contratación, pero con mayor motivo en los contratos de trabajo, porque ellos incorporan un elevado grado de asimetría entre los sujetos contratantes, con una clara prevalencia de la posición del empresario en la dinámica contractual. Dicho ello, y, todavía en esta aproximación, me parece importante resaltar la aplicación de la doctrina de los actos propios en los contratos de trabajo. Supone este instrumento un apotegma construido sobre la buena fe del contrato y el artículo 7 del Código Civil que prohíbe el abuso del derecho (TS 30 de Septiembre de 2013, recurso 97/2012), y que significa la necesidad de ajustarse a las declaraciones de voluntad previas, de forma que no existan contradicciones con ellas, y se trata con ello de evitar que las actuaciones sean desvinculadas de lo que previamente se llevo a cabo, manifestó o declaró (TS 13 de Noviembre de 2013, recurso 63/2013).

Partiendo de esos dos elementos, y centrándonos en la extinción del contrato por vía objetiva que se ha articulado, no es factible el que esta responda a causas buscadas de propósito por el empleador, o lo que es lo mismo: no puede alegarse una causa introducida directamente por el empresario, pues ello supone realizar un manejo del contrato o, en términos más precisos, una manipulación de la eficacia del mismo, quebrando el artículo 1256 del Código Civil. Así es, la razonabilidad del despido nunca se acomoda con la búsqueda de un elemento direccional que conduzca por voluntad empresarial a la extinción del contrato (TS 25 de Junio de 2014, recurso 165/2013). Pero, a ello, añadido otro elemento, y es que para la sentencia mayoritaria hay un presupuesto del que debe partirse, como es que las empresas reconocen un obrar fraudulento y asumen su responsabilidad derivada del denominado grupo de empresa patológico.

Esta denominación de grupo de empresa patológico lo que viene a significar, básicamente, es que ha existido una confusión entre los elementos empresariales de manera que el titular empresarial no es único, sino que se confunde, requiriéndose para paliar una realidad fraudulenta la instrumentalización de la denominada "teoría del levantamiento del velo", que intenta buscar la realidad subyacente en aquella vestimenta que las personas jurídicas han intentado encubrir (TS 23 de Octubre de 2012, recurso 351/2012 y 24 de Febrero de 2015, recurso 124/2014). Si la sentencia de la que discrepo asume que la empresa ha actuado confundiendo elementos personales, patrimoniales, de actividad productiva y dirección; si esto se asume, creo que cuando menos, habrá

que examinar con cierto recelo la operativa empresarial, pues su capacidad de enmascarar realidades, o siquiera de desatender las obligaciones y normativas legales debe ser un presupuesto para enjuiciar la situación acontecida. Es un principio del derecho el que no cabe primar indebidamente una conducta patronal irregular (TS 10-4-00, rc 2646/99 y 18-12-07, rc 148/06), o lo que es lo mismo, de la ilegalidad no pueden nacer derechos o situaciones de protección a favor de quien la propicia; y aquí ello significa que el proceder empresarial debe ser fiscalizado y comprendido dentro de su propio actuar, sin derivarle un trato como si se tratase de otro sujeto ordinario.

Y, aunque no tuviese en cuenta el elemento anterior y prescindiese de él, lo cierto es que si que es conveniente analizar otro extremo, como es el de que las causas que define el legislador en el despido objetivo, artículo 51 ET , no incluyen el abaratamiento, reducción o disminución salarial. Para ello voy a partir de que el derecho debe "evitar la precarización de la situación de los asalariados" (TSJUE 26-11-2014, C- 22/13). Me explico, la tesis que está manejando para declarar la procedencia del despido es que concurre una causa de extinción porque el salario del trabajador parece excesivo, y se sustituye esta carestía mediante la subrogación de otro trabajador con salario inferior. Esto no es una causa de despido, será de actualización de los mecanismos reductores del salario, pero, en sí, no supone ninguna causa, pues la misma devendrá por la situación productiva de la empresa, no por el salario que cobra el trabajador. Es diferenciable el aspecto financiero del económico, y sólo este es causa del despido. Dicho ello, y enlace con la teoría de los actos propios, tampoco creo que sea adecuado y ajustado a derecho el que la empresa según reza el hecho probado decimotercero, proceda a subrogar a cuatro trabajadores en Mayo de 2013, y en noviembre de 2014 extinga el contrato del demandante, y además concorra la circunstancia de que posee una mayor antigüedad, y , hecho probado quinto, más salario. Si observo estos datos puedo deducir lo siguiente: la empresa ha sucedido/ subrogado a trabajadores " de coste más barato" para sustituir a otros de "coste superior". Ello, a mi entender, supone una distorsión de la mecánica operativa del despido objetivo, pues se está intentando objetivar una causa con la que se obtiene un resultado que no es el que busca la extinción del contrato (abaratar los costes, por las propias condiciones que mantiene el trabajador), pues para ello existen los mecanismos lícitos de reducción salarial. En definitiva, con este actuar, aparentemente idóneo, de la empresa, a la postre se están devaluando las condiciones de trabajo, e instrumentalizando un mecanismo de resolución de contratos que quiebran la dinámica laboral. El proceder empresarial que se manifiesta es: resuelvo contratos de trabajo más caros mediante la incorporación a la empresa de otros más económicos. Si en el 2013 la empresa tenía capacidad para subrogar a trabajadores, concurriendo ya las causas que posteriormente se esgrimen en su comunicación de despido, manifiesta una declaración contraria a sus actos procedentes cuando, incidiendo directamente en esa causa despide al actor. En resumen de lo dicho: buscar la refundición de las empresas que ilícitamente funcionaban independientes y con autonomía para al amparo de ello prescindir de los trabajadores más gravosos no parece que sea una práctica querida por el legislador (art. 6 CC).

Conclusión de todo lo anterior, y así lo he manifestado en la deliberación, es que el recurso debía estimarse en este apartado, con revocación de la sentencia recurrida.

Así por este mi voto particular lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, junto con el VOTO PARTICULAR del Ilmo. Sr. D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

DVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar , al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1813-15.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala

de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1813-15.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

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