

Documento TOL6.814.656

Jurisprudencia

Cabecera: MABO FARMA SAU, despido objetivo por causas económicas y productivas de visitador médico. La empresa ha tenido pérdidas en los dos últimos años, presente una situación económica negativa y hay una baja importante en la demanda -medicamentos genéricos-. Cuatro meses después del despido del actor la empresa TEDEC-MEIJ I FARM SA contrata a un trabajador, con un contrato de un año de duración, con la categoría de visitador médico para Cádiz y su provincia.

Jurisdicción: Social

Ponente: [María Luisa Segoviano Astaburuaga](#)

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 10/07/2018

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Sección: Primera

Número Sentencia: 726/2018

Número Recurso: 1332/2017

Numroj: STS 3185:2018

Ecli: ES:TS:2018:3185

ENCABEZAMIENTO:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1332/2017

Ponente: Excma. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 726/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 10 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José María Garrido de la Parra, en nombre y representación de la entidad MABO FARMA S.A.U., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 15 de diciembre de 2016, recaída en el recurso de suplicación núm. 2552/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Cádiz, dictada el 6 de abril de 2015, en los autos de juicio núm. 505/2014, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Efrain, contra MABO FARMA S.A.U., TEDEC-MEIJ I FARM, SA. y DECAVI SOCIEDAD LIMITADA, sobre despido improcedente.

Ha sido parte recurrida D. Efrain, representado por el letrado D. Alfonso Jiménez Mateo.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 6 de abril de 2015, el Juzgado de lo Social nº 3 de Cádiz, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta, se declara la IMPROCEDENCIA del despido y se condena solidariamente a las dos entidades demandadas MABO FARMA S.L.U. y a TEDEC-MEIJ I FARM, S.A. a que:

1.- en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia opten entre la READMISIÓN del trabajador o el abono al mismo de la INDEMNIZACIÓN de 36.555,8212841 euros;

2.- asimismo, para el caso de opción por la readmisión, el abono de una cantidad de SALARIOS DE TRAMITACIÓN igual a la suma de los salarios dejados de percibir a razón de 90,528 euros diarios, durante los días posteriores al despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Se ABSUELVE de toda responsabilidad a DECAVI, S.L.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «PRIMERO.- Efrain ha venido prestando sus servicios dirigidos y retribuidos por cuenta de la entidad MABO FARMA, S.A.U. ("Mabo"), conforme a las siguientes características:

*.- desde el 9-1-97;

*.- con aplicación del c.c. de la industria química;

*.- como visitador médico;

*.- presta sus servicios en la Provincia de Cádiz y ceñido a productos farmacéuticos genéricos;

*.- con salario mensual de:

.- salario base: 1.351,94 euros;

.- Plus convenio: 595,02 euros;

.- antigüedad: 67,45 euros;

.- retribución en especie: uso de vehículo por el que la empresa abonaba una cantidad mensual de 403,90 euros; en los recibos de nómina se cuantificaba en la cantidad de 95,73 euros;

.- seguro de vida y accidente: 18,16 euros;

.- prorrata de pagas extras: 587,54 euros;

(suma: 2.715,84 euros mensuales = 90,528 euros diarios)

*.- no ha tenido representación de otros trabajadores.

Son circunstancias a destacar sobre las características de la anteriormente citada entidad Mabo, las siguientes:

*.- dirección:

presidente: Roman ;

consejeros: Roman , Severiano , Teodosio , Teresa , Vidal , Jose Ramón , Jose Miguel , Carlos María , Luis Carlos , Luis Miguel ; secretario: Jesús Ángel ;

apoderados: Carlos María y Jose Miguel ; *.- accionista: TEDEC-MEIJ I FARMA, SA.A. ("Tedec"), el 100%;

*.- domicilio social: Carretera comarcal M-300, km 30,5, Alcalá de Henares; *.- su departamento de recursos humanos, común para Tedec y Mabo, se ubica en Carretera M300, km 30,5, Alcalá de Henares (Madrid), con teléfono: 918870980, extensión 144 y nombre de dominio " tedecmeji.com ";

*.- objeto escriturado: fabricación, producción, distribución, explotación, importación, exportación, promoción, publicidad, compra, venta, representación y gestión de materias primas farmacéuticas, fármacos, productos farmacéuticos; comercio al por mayor de productos farmacéuticos;

*.- productos en los que focalizaba su actividad: comercialización de productos farmacéuticos genéricos y productos propios sin equivalentes de otras marcas;

*.- parte significativa de sus compras las hace a su accionista único Tedec, de la que a su vez recibe gran parte de su financiación (ayuda financiera); el importe de dichas compras fue el siguiente:

.- 2010: 2.785.195 euros;

.- 2011: 3.647.359 euros;

.- 2012: 4.030.807 euros;

.- 2013: 3.262.975 euros.

Son circunstancias a destacar sobre las características de la anteriormente citada entidad Tedec, las siguientes:

*.- dirección:

presidente: Roman ;

consejeros: Teresa , Vidal , Jose Ramón , Jose Miguel , Carlos María , Roman , Teodosio , Luis Carlos , Luis Miguel ;

secretario: Jesús Ángel ;

apoderados: Teodosio , Emiliano , Carlos María , Jose Miguel y Roman ;

*.- domicilio social: Carretera comarcal M-300, km 30.5, Alcalá de Henares; *.- su departamento de recursos humanos, común para Tedec y Mabo, se ubica en Carretera M300, km 30,5, Alcalá de Henares (Madrid), con teléfono: 918870980, extensión 144 y nombre de dominio " tedecmeji.com ";

*.- objeto escriturado: fabricación, producción, distribución, explotación, importación, exportación, promoción, publicidad, compra, venta, representación y gestión de materias primas farmacéuticas, fármacos, productos farmacéuticos; comercio al por mayor de productos farmacéuticos;

*.- objeto real: entre otros, especialidades farmacéuticas genéricas., *- parte de sus ventas las hace a Mabo.

Ambas llevan contabilidades separadas, las cuales reflejan sus transacciones y créditos recíprocos. Ambas entidades, con la absoluta coordinación que le otorga la identidad de los miembros de su dirección, actúan con unidad de criterio a la hora **de** tomar sus decisiones económicas y comerciales, algunas de las cuales son motivadas por el mero ánimo de ayuda recíproca.

SEGUNDO.- La situación económica de dichas entidades es la siguiente:

*.- MABO:

2010:

Volumen de negocio: 10.711.302 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 5.893.460 euros;

Gastos de personal: 3.074.191 euros;

Gastos en servicios exteriores: 1.780.904 euros;

Resultado de explotación: ganancias de 443.648 euros;

2011:

Volumen de negocio: 14.188.894 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 6.951.243 euros;

Gastos de personal: 3.472.743 euros;

Gastos en servicios exteriores: 2.371.661 euros;

Resultado de explotación: ganancias de 1.001.458 euros;

2012:

Volumen de negocio: 12.810.035 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 7.776.092 euros;

Gastos de personal: 3.022.383 euros;

Gastos en servicios exteriores: 3.292.627 euros;

Resultado de explotación: pérdidas de 1.889.812 euros;

Su objeto es la comercialización de especialidades farmacéuticas genéricas;

Sus principales clientes son mayoristas-distribuidores y farmacias seleccionadas;

Es objetivo de la compañía el aumento de las ventas y crecer el volumen de negocio, teniendo previsto el lanzamiento de nuevos productos;

2013:

Volumen de negocio: 12.831.524 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 7.718.771 euros;

Gastos de personal: 2.321.128 euros;

Gastos en servicios exteriores: 2.412.136 euros;

Resultado de explotación: pérdidas de 7.256 euros;

La venta bruta creció un 4,74 %, manteniéndose el nivel de la cifra de negocio; La compañía tiene propósito de aumentar las ventas y crecer en volumen de negocio a medio plazo; para ello se considera pieza clave la mejora en la efectividad de la visita a farmacia, aspecto en el que se está trabajando; seguirá focalizada en el mercado de especialidades farmacéuticas genéricas;

2014:

JUNIO:

Volumen de negocio: 5.291.520,80 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 3.083.267,22 euros; Gastos de personal: 1.286.642,98 euros;

Otros gastos: 1.304.428,16 euros;

Resultado de explotación: pérdidas de 513.384,94 euros;

SEPTIEMBRE:

Volumen de negocio: 7.600.421,74 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 4.679.863,71 euros;

Gastos de personal: 1.706.251,76 euros; Otros gastos: 1.955.961,76 euros;

Resultado de explotación: pérdidas de 941.908,04 euros;

*.- TEDEC:

2011:

Volumen de negocio: 46.364.691 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 23.735.379 euros; Gastos de personal: 13.779.894 euros;

Gastos en servicios exteriores: 7.714.506 euros; Resultado de explotación: ganancias de 2.125.054 euros;

2012:

Volumen de negocio: 37.615.925 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 15.933.033 euros; Gastos de personal: 12.695.543 euros;

Gastos en servicios exteriores: 7.153.488 euros; Resultado de explotación: pérdidas de 645.023 euros;

2013:

Volumen de negocio: 37.115.948 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 14.642.841 euros; Gastos de personal: 12.743.559 euros;

Gastos en servicios exteriores: 6.672.666 euros; Resultado de explotación: pérdidas de 1.034.784 euros;

*.- DECAVI: no consta.

En fecha de 21-11-13 por el Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud se dictó resolución por la que se aprobaba el listado de medicamentos seleccionados para poder ser dispensados por las oficinas de farmacia de Andalucía cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas, listado en el que figuraban medicamentos con principio activo igual a varios de los que comercializa Mabo, aunque sin figurar las empresas Mabo ni Tedec.

TERCERO.- En fecha de 3-6-14 por la dirección de Mabo se entregó a Efrain la carta de despido con fecha de efectos para ese mismo día 3-6-14 y que como documento nº 1 se aporta por la parte demandante en el acto de juicio y que ha de tenerse por reproducido en este lugar. Resumidamente se dirá que hace constar como nº de teléfono de Mabo el 918870980, fax 918837023, y como motivos del despido de Efrain y el del resto de delegados comerciales de la zona de Andalucía se exponían cuatro, consistentes en: 1.- la reducción del precio de los medicamentos genéricos en los últimos años por el artículo 93 del RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que ordena revisar trimestralmente los precios de los conjuntos; 2.- la publicación del DL 3/2011, de 13 de diciembre, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por el que se aprueban medidas sobre las prestaciones farmacéuticas del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se procede a un sistema de selección por convocatoria pública de los medicamentos y laboratorios que pueden recetar productos genéricos cuando sean prescritos por principio activo por el Sistema Andaluz de Salud; ello supone que los productos de la demandada quedan fuera de dicha comercialización, de modo que de comercializar libremente 152 referencias, 103 quedan excluidos de las prescripciones del S.A.S.; de los restantes, hay algunos que por ser únicamente elaborados por Mabo no necesitan promoción en farmacia; se añade que se ha comprobado el descenso en los pedidos de productos de farmacia en un 24 % entre 2.013 y 2.014; 3.- fuerte disminución en las ventas entre los años 2011, 2012, 2013 y 2.014, conforme a las cifras que expone; 4.- los resultados han ido empeorando, así:

.- 2011: beneficio de 675.251 euros;

.- 2012: pérdidas de 1.348.109 euros;

.- 2013: pérdidas de 156.704 euros;

.- 2014: pérdidas de 190.396 euros en el primer trimestre.

Simultáneamente se le entregó 31.951,24 euros en concepto de indemnización especial.

En fecha de 5-10-14 por Tedec, se formalizó contrato de trabajo por periodo de un año con el trabajador Secundino, haciéndose constar en el contrato:

.- jefe departamento RR.HH.: Jesús María ;

.- domicilio de la entidad: Carretera M300, km 30,5, Alcalá de Henares;

.- categoría: visitador médico;

.- para cubrir la zona de Cádiz, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

.- a tiempo completo;

.- aplicable el c.c. de industrias químicas.

En fechas próximas, por Mabo, se formalizaron contratos de trabajo con diferentes trabajadores, haciéndose constar en el contrato, cuyo diseño de formato era idéntico al utilizado con Secundino, como domicilio de la entidad Carretera M300, km 30,5, Alcalá de Henares y categorías las de delegado comercial, en concreto:

*.- Inés, formalizado a tiempo completo, con duración prevista del 17-3-14 al 16-9-14, prorrogado hasta el 16-3-15, para cubrir la zona de Cáceres, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de

la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

*.- Argimiro , formalizado a tiempo completo, con duración prevista del 28-7-14 al 27-1-15, para cubrir la zona de Murcia, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

*.- Marcelina , formalizado a tiempo completo, con duración prevista del 26-5-14 al 25-11-14, para cubrir la zona de Comunidad Valenciana, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

*.- Miriam , formalizado a tiempo completo, con duración indefinida desde el 26-5-14, para cubrir la zona de Comunidad- Valenciana, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

*.- Cirilo , formalizado a tiempo completo, con duración prevista del 26-5-14 al 25-11-14, para cubrir la zona de Comunidad Valenciana, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

*.- Pilar , formalizado a tiempo completo, con duración prevista del 26-5-14 al 25-11-14, para cubrir la zona de Baleares, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

*.- Rosaura , formalizado a tiempo completo, con duración prevista del 28-7-14 al 27-1-15, para cubrir la zona de Vizcaya, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

*.- Evaristo , formalizado a tiempo completo, con duración prevista del 28-7-14 al 27-1-15, para cubrir la zona de Madrid, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

*.- Fermín , formalizado a tiempo completo, con duración prevista del 19-10-14 al 18-4-15, para cubrir la zona de Madrid, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

*.- Gerardo , formalizado a tiempo completo, con duración prevista del 26-5-14 al 25-11-14, para cubrir la zona de Cataluña, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

*.- María Virtudes , formalizado a tiempo completo, con duración prevista del 26-5-14 al 25-11-14, para cubrir la zona de Cataluña, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada;

*.- Ismael , formalizado a tiempo completo, con duración prevista del 26-5-14 al 25-11-14, para cubrir la zona de Cataluña, Capital y Provincia, más aquella Plaza o Plazas que a juicio de la Empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada.

CUARTO.- En fecha de 18-6-14 por parte de Efrain se formuló papeleta de conciliación frente a aquellas tres entidades, acto que se celebró el 3-6-14, estando todos citados, asistiendo al acto tan solo el reclamante y Mabo, sin avenencia.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de la entidad MABO FARMA S.A.U. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, dictó sentencia en fecha 15 de diciembre de 2016, recurso 2552/15 , en la que consta el siguiente fallo: «Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por la demandada Mabo Farma S.A.U. contra la sentencia dictada en los autos nº 505/14 por el Juzgado de lo Social número tres de los de Cádiz ,en virtud de demanda formulada por Don Efrain , contra Mabo Farma S.A.U., Tedec-Meiji Farm, S.A., Decavi, S.L. y Fondo de Garantía Salarial debemos de revocar y revocamos la sentencia recurrida solo en lo tocante a la responsabilidad que la misma declara de la

empresa TEDEC-MEIJII FARM, S.A. a quien se absuelva de los pedimentos contra la misma deducidos, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, el letrado D. José María Garrido de la Parra, en nombre y representación de la entidad MABO FARMA S.AU., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de fecha 3 de diciembre de 2015, recurso 2072/2015 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, D. Efrain , se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 4 de julio de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. -1.- La cuestión debatida es si concurren las causas económicas y productivas alegadas por la empresa para proceder al despido objetivo del actor, a saber, si la medida adoptada es razonable.

2.- El Juzgado de lo Social número 3 de los de Cádiz dictó sentencia el 6 de abril de 2015 , autos número 505/2014, estimando parcialmente la demanda formulada por D. Efrain contra MABO FARMA SAU, TEDEC-MEIJII FARM SA y DECAVI SOCIEDAD LIMITADA sobre DESPIDO, declarando la improcedencia del despido y condenando solidariamente a las demandadas MABO FARMA SAU y TEDEC-MEIJII FARM SA a que, en plazo de cinco días a contar desde la notificación de la sentencia, opten entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización de 36.555,8212841 €, asimismo en el caso de que la opción fuera por la readmisión, deberán abonar los salarios dejados de percibir, a razón de 90,528 E diarios, durante los días posteriores al despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. Absolviendo a DECAVI SL.

Tal y como resulta de dicha sentencia el actor ha venido prestando servicios para MABO FARMA SAU desde el 9 de enero de 1997 como visitador médico para la provincia de Cádiz.

Las circunstancias de dicha empresa son las siguientes:

Presidente: Roman ;

Consejeros: Roman , Severiano , Teodosio , Teresa , Vidal , Jose Ramón , Jose Miguel , Carlos María , Luis Carlos , Luis Miguel ;

Secretario: Jesús Ángel ;

Apoderados: Carlos María y Jose Miguel ; *.-

Accionista: TEDEC-MEIJII FARMA, SA.A. ("Tedec"), el 100%;

*.- Domicilio social: Carretera comarcal M-300, km 30,5, Alcalá de Henares; *.- su departamento de recursos humanos, común para Tedec y Mabo, se ubica en Carretera M300, km 30,5, Alcalá de Henares (Madrid), con teléfono: 918870980, extensión 144 y nombre de dominio "tedecmeji.com ";

*.- Objeto escriturado: fabricación, producción, distribución, explotación, importación, exportación, promoción, publicidad, compra, venta, representación y gestión de materias primas farmacéuticas, fármacos, productos farmacéuticos; comercio al por mayor de productos farmacéuticos;

*.- Productos en los que focalizaba su actividad: comercialización de productos farmacéuticos genéricos y productos propios sin equivalentes de otras marcas;

*.- Parte significativa de sus compras las hace a su accionista único Tedec, de la que a su vez recibe gran parte de su financiación (ayuda financiera); el importe de dichas compras fue el siguiente:

.- 2010: 2.785.195 euros;

.- 2011: 3.647.359 euros;

.- 2012: 4.030.807 euros;

.- 2013: 3.262.975 euros.

Las circunstancias de la empresa TEDEC-MEIJİ FARM SA son las siguientes:

Presidente: Roman ;

Consejeros: Teresa , Vidal , Jose Ramón , Jose Miguel , Carlos María , Roman , Teodosio , Luis Carlos , Luis Miguel ;

Secretario: Jesús Ángel ;

Apoderados: Teodosio , Emiliano , Carlos María , Jose Miguel y Roman ;

*.- Domicilio social: Carretera comarcal M-300, km 30.5, Alcalá de Henares; *- su departamento de recursos humanos, común para Tedec y Mabo, se ubica en Carretera M300, km 30,5, Alcalá de Henares (Madrid), con teléfono: 918870980, extensión 144 y nombre de dominio " tedecmeji.com ";

*.- Objeto escriturado: fabricación, producción, distribución, explotación, importación, exportación, promoción, publicidad, compra, venta, representación y gestión de materias primas farmacéuticas, fármacos, productos farmacéuticos; comercio al por mayor de productos farmacéuticos;

*.- Objeto real: entre otros, especialidades farmacéuticas genéricas., *- parte de sus ventas las hace a Mabo.

Ambas empresas llevan contabilidades separadas. Actúan con unidad de criterio a la hora de tomar sus decisiones económicas y comerciales.

La situación económica de la empresa MABO FARMA SAU es la siguiente:

2010:

Volumen de negocio: 10.711.302 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 5.893.460 euros;

Gastos de personal: 3.074.191 euros;

Gastos en servicios exteriores: 1.780.904 euros;

Resultado de explotación: ganancias de 443.648 euros;

2011:

Volumen de negocio: 14.188.894 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 6.951.243 euros;

Gastos de personal: 3.472.743 euros;

Gastos en servicios exteriores: 2.371.661 euros;

Resultado de explotación: ganancias de 1.001.458 euros;

2012:

Volumen de negocio: 12.810.035 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 7.776.092 euros;

Gastos de personal: 3.022.383 euros;

Gastos en servicios exteriores: 3.292.627 euros;

Resultado de explotación: pérdidas de 1.889.812 euros;

Su objeto es la comercialización de especialidades farmacéuticas genéricas;

Sus principales clientes son mayoristas-distribuidores y farmacias seleccionadas;

Es objetivo de la compañía el aumento de las ventas y crecer el volumen de negocio, teniendo previsto el lanzamiento de nuevos productos;

2013:

Volumen de negocio: 12.831.524 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 7.718.771 euros;

Gastos de personal: 2.321.128 euros;

Gastos en servicios exteriores: 2.412.136 euros;

Resultado de explotación: pérdidas de 7.256 euros;

La venta bruta creció un 4,74 %, manteniéndose el nivel de la cifra de negocio; La compañía tiene propósito de aumentar las ventas y crecer en volumen de negocio a medio plazo; para ello se considera pieza clave la mejora en la efectividad de la visita a farmacia, aspecto en el que se está trabajando; seguirá focalizada en el mercado de especialidades farmacéuticas genéricas;

2014:

JUNIO:

Volumen de negocio: 5.291.520,80 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 3.083.267,22 euros; Gastos de personal: 1.286.642,98 euros;

Otros gastos: 1.304.428,16 euros;

Resultado de explotación: pérdidas de 513.384,94 euros;

SEPTIEMBRE:

Volumen de negocio: 7.600.421,74 euros;

Gastos de aprovisionamiento: 4.679.863,71 euros;

Gastos de personal: 1.706.251,76 euros; Otros gastos: 1.955.961,76 euros;

Resultado de explotación: pérdidas de 941.908,04 euros;(COPIAR DOC 3).

En fecha de 21-11-13 por el Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud se dictó resolución por la que se aprobaba el listado de medicamentos seleccionados para poder ser dispensados por las oficinas de farmacia de Andalucía cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas, listado en el que figuraban medicamentos con principio activo igual a varios de los que comercializa Mabo, aunque sin figurar las empresas Mabo ni Tedec.

El 3 de junio de 2014 MABO FARMA SAU entregó carta de despido al actor exponiendo como motivos, al igual que para los otros delegados comerciales despedidos, los siguientes:

«1.- la reducción del precio de los medicamentos genéricos en los últimos años por el artículo 93 del RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que ordena revisar trimestralmente los precios de los conjuntos; 2.- la publicación del DL 3/2011, de 13 de diciembre, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por el que se aprueban medidas sobre las prestaciones farmacéuticas del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se procede a un sistema de selección por convocatoria pública de los medicamentos y laboratorios que pueden recetar productos genéricos cuando sean prescritos por principio activo por el Sistema Andaluz de Salud; ello supone que los productos de la demandada quedan fuera de dicha comercialización, de modo que de comercializar libremente 152 referencias, 103 quedan excluidos de las prescripciones del S.A.S.; de los restantes, hay algunos que por ser únicamente elaborados por Mabo no necesitan promoción en farmacia; se añade que se ha comprobado el descenso en los pedidos de productos de farmacia en un 24 % entre 2.013 y 2.014; 3.- fuerte disminución en las ventas entre los años 2011, 2012, 2013 y 2.014, conforme a las cifras que expone; 4.- los resultados han ido empeorando, así:

.- 2011: beneficio de 675.251 euros;

.- 2012: pérdidas de 1.348.109 euros;

.- 2013: pérdidas de 156.704 euros;

.- 2014: pérdidas de 190.396 euros en el primer trimestre.»

En fecha 5 de octubre de 2014 la empresa TEDEC-MEIJ I FARM SA contrató por el periodo de un año a un trabajador, con la categoría de visitador médico, para cubrir la zona de Cádiz capital y provincia, más aquella plaza o plazas que, a juicio de la empresa, deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada.

En fechas próximas a la del despido del trabajador la empresa MABO FARMA SAU formalizó contratos de trabajo con diferentes trabajadores (7 antes de la fecha del despido del actor y 5 con posterioridad a su despido) con la categoría de visitador médico para cubrir zonas diferentes a aquella que tenía encomendada el actor.

3.- Recurrída en suplicación por el Letrado D. José María Garrido de la Parra, en representación de MABO FARMA SAU, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla dictó sentencia el 15 de diciembre de 2016, recurso número 2552/2015, estimando en parte el recurso formulado, revocando la sentencia recurrida en el extremo relativo a la responsabilidad que la sentencia declara de la empresa TEDEC-MEIJ I FARM SA, a la que se absuelve de los pedimentos contra la misma formulados, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

La sentencia entendió que no existe grupo de empresas entre MABO FARMA SAU y TEDEC-MEIJ I FARM SA ya que no existe apariencia externa de unidad, pues se trata de dos sociedades legalmente constituidas y con personalidad jurídica propia e independiente, sin que se haya acreditado que la coordinación de actividades suponga una transcendencia real en las relaciones laborales de los trabajadores, no constando acreditado que entre ambas empresas se produzca confusión de patrimonios o capitales sociales o caja común, aunque TEDEC-MEIJ I FARM SA sea propietaria del 100% del capital social de MABO FARMA SAU ya que tal dato no es suficiente para justificar la existencia de "grupo laboral". Lo que resulta acreditado es que las codemandadas funcionan como realidades económicas y empresariales bien diferenciadas, sin que pueda apreciarse, ni siquiera indiciariamente ni abuso de

derecho ni fraude de ley en el uso de la personalidad jurídica propia de cada una de ellas en perjuicio del actor.

En cuanto a la justificación de las causas del despido, la sentencia razona que la empresa MABO FARMA SAU lleva desde el año 2012 con pérdidas, sin que el volumen de negocio haya disminuido de manera significativa, habiendo reducido los gastos de aprovisionamiento y los gastos en servicios exteriores. La empresa presenta una situación económica negativa, con pérdidas durante al menos dos años seguidos -2012, 2013 y el semestre del siguiente año-. La sentencia señala que, no obstante, ha de tenerse en cuenta el coste que ha supuesto en estos años el pago de las indemnizaciones por despidos de Directores de Área y visitadores médicos de la provincia de Cádiz, lo que supone un incremento de las cifras de pérdidas, por lo que no concurre la causa económica alegada como justificativa del despido. Tampoco concurre la causa productiva ya que, aunque se ha producido una baja importante en la demanda -medicamentos genéricos- los productos que la empresa comercializa no figuran en el listado de medicamentos seleccionados según la resolución 21-11-13 del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud, que aprobaba el listado de medicamentos seleccionados para poder ser dispensados por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas, sin que sea razonable que solo cuatro meses después de haber cesado al actor, se contrate a un trabajador temporal con su misma categoría profesional para realizar las mismas funciones y en la misma provincia, careciendo de transcendencia, a estos efectos, que la contratación haya sido efectuada por la empresa TEDEC-MEIJ I FARM SA porque ésta distribuye los productos que vende MABO FARMA SAU, no siendo de recibo despedir a un trabajador indefinido para contratar a uno temporal que venda los mismos productos, por lo que se ha de mantener la improcedencia del despido del actor.

4. - Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. José María Garrido de la Parra, en representación de MABO FARMA SAU, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, el 3 de diciembre de 2015, recurso número 2072/2015 .

El Letrado D. Alfonso Jiménez Mateo, en representación de D. Efrain ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser estimado.

SEGUNDO. -1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, el 3 de diciembre de 2015, recurso número 2072/2015 , desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Santos frente a la sentencia de fecha 3 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de los de Granada , en autos número 745/2014, seguidos a instancia de dicho recurrente frente a MABO FARMA SAU, TEDEC-MEIJ I FARM SA y DECAVI SOCIEDAD LIMITADA sobre DESPIDO, confirmando la sentencia recurrida.

Consta en dicha sentencia que el actor viene prestando servicios para la demandada MABO FARMA SAU con la categoría de visitador médico, en la provincia de Granada.

La empresa MEIJ I SEIKA PHARMA, LTD, es la matriz de un grupo de empresas, del que forman parte las otras dos codemandadas, MABO FARMA SAU y TEDEC MEIJ I FARMA, SA, con el mismo domicilio en la Ctra. M-3000 km 30,500 de Alcalá de Henares, Madrid, 28802. Mabo Farma se dedica a la distribución y venta de medicamentos genéricos en España, todos los cuales se los suministra Tedec-Meiji Farma, SA, propietario del 100% del capital social de aquella. Tedec-Meiji Farma, SA, además de a la fabricación de productos farmacéuticos, se dedica a la venta y distribución de aquellos que son de marca. Tedec-Meiji Farma, SA, es la empresa dominante, y Mabo Farma, la dependiente, siendo aquella la que formula cuentas anuales consolidadas. Ambas sociedades tienen el mismo presidente, D. Adriano , coincidiendo también los miembros del Consejo de Administración, compartiendo al Director de Recursos Humanos, igualmente, D. Jesús María .

La empresa notificó al actor carta de despido el 3 de junio de 2014 por causas económicas y productivas. Las primeras consisten básicamente en la disminución de las ventas, en la existencia de pérdidas en los

años 2012 y 2013, y en la previsión de pérdidas futuras, por los datos del primer trimestre de 2014. En concreto, se alega la reducción de los precios de los medicamentos genéricos; la Publicación del Decreto Ley 3/2011 de 13 de diciembre de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, que prevé un sistema de subastas entre los distintos laboratorios para elegir cuáles podrán vender en farmacia los productos que resulten recetados, excluyendo al resto de laboratorios, con resultados negativos para la demandada, según la misma alega en su carta. En cuanto a las causas productivas se invoca la necesidad de suprimir puestos de delegados del área de Andalucía y, en definitiva, dejar de tener actividad en esta Comunidad Autónoma .

Desde el día 21-4-2014 al 28-7-2014, la demandada ha contratado a 18 trabajadores, todos ellos fuera de la Comunidad Autónoma andaluza, para el departamento de "fuerza de ventas", salvo uno para "central ventas".

Por la empresa Mabo Farma SAU se presentaron beneficios en el año 2011 por importe de 675.251 euros. Sin embargo, en los años 2012 y 2013, su cuenta de pérdidas y ganancias arroja resultados negativos. Así en el año 2012, presentó pérdidas por valor de 1.348,109 euros. En el año 2013, las pérdidas lo fueron por importe de 156.705 euros.

El RD Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones ha supuesto una reducción de precios de los medicamentos genéricos.

El Decreto Ley 3/2011 de 13 de diciembre de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, ha provocado una disminución de los productos de Mabo Farma que pueden venderse en farmacia.

La sentencia entendió que tanto en la anterior redacción del Art. 51.1 del ET como en la vigente, en el presente caso estamos ante aquella situación de evolución negativa de la empresa, de la falta de venta en farmacias de sus productos y disminución por ende de sus ventas, que se traduce en pérdidas importantes en los ejercicios del 2012 y 2013, se traducen en las causas objetivas que justifican el cese. Ello por cuanto inciden de forma esencial en el núcleo de la empresa demandada que se ha visto obligada, a reducir su presencia drásticamente en el territorio de Andalucía. Ha de abundarse que ello tiene amparo normativo en la Reforma Laboral del 2010, a tenor de las sentencias de TTSJ y del TS , evidenciaba un mejor concepto de situación económica negativa clarificando el mismo y en aras de las finalidades que persigue ya se refiere tanto a la existencia de pérdidas actuales o previstas, cuando la previsión deviene fundada o razonable, como a la disminución persistente de su nivel de ingresos, con lo que la caída de beneficios, si es de una cierta entidad, tiene cabida dentro del mismo cuando afecten a su viabilidad o a la capacidad de mantener el volumen de empleo de las empresas.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos se trata de visitantes médicos, que prestan servicios para la empresa MABO FARMA SAU -en la recurrida en Cádiz, en la de contraste en Granada- que son despedidos el 3 de junio de 2014, por causas objetivas económicas y productivas, siendo idéntico el contenido de la carta de despido habiendo procedido los trabajadores a impugnar sus respectivos despidos.

No impide la concurrencia de la contradicción que en la sentencia recurrida conste que a los cuatro meses de contratar al actor la empresa, TEDEC-MEIJ FARM SA procedió a contratar a otro trabajador, por periodo de un año, con la categoría de visitador médico, para cubrir Cádiz capital y provincia más aquella plaza o plazas que, a juicio de la empresa deban ser realizadas de forma circunstancial o permanente, ya que tal dato, como luego se verá, es irrelevante para resolver la cuestión debatida, ya que el contrato no se ha efectuado por la empleadora del actor, sino por otra empresa.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO. - 1.- Al amparo de lo establecido en el artículo 207 e) de la LRJS , el recurrente alega infracción de los artículos 52 c), 51.1 , 53 y 56 del Estatuto de los Trabajadores .

En esencia aduce que con la nueva redacción que se otorga al artículo 51.1 ET , basta simplemente con acreditar que existe una modificación -que se han cambiado- en los medios o instrumentos de producción, los sistemas y métodos de trabajo del personal o la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado para que se den las causas legales que justifiquen la extinción contractual, y que de ellas se deduce razonablemente la decisión de despedir, de tal manera que con ello se contribuya a prevenir (con lo que se elimina la actualidad)"una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

2.- Reproducimos a continuación las normas de aplicación al supuesto debatido:

El artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores , que regula el despido objetivo, dispone: "El contrato podrá extinguirse...c) Cuando concorra 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".

Por su parte el artículo 51.1 de dicha norma establece: "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.

Se entiende que 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".

3.- Respecto a la amplitud del control que corresponde a los Tribunales sobre las causas justificadoras del despido objetivo y colectivo, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse entre otras, en las siguientes sentencias:

La sentencia de 27 de enero de 2014, casación 100/2015 , contiene el siguiente razonamiento:

« **CUARTO.-** 1.- Con independencia de otros aspectos que ninguna relación guardan con la cuestión debatida, el examen comparativo de ambos preceptos pone de manifiesto que la reforma laboral de 2012 afecta a tres cuestiones fundamentales para la presente litis: a) el ámbito de las modificaciones; b) el contorno de las causas; y c) la instrumentalidad de las primeras -modificaciones- sobre las segundas -causas-.

2.- Está clara la novedad que se produce en el primer aspecto, puesto que la redacción vigente no ofrece duda interpretativa alguna respecto de que el salario puede ser modificado a la baja por unilateral voluntad del empresario [aunque ya se había admitido en la anterior referencia legal al «sistema de remuneración»], con el límite de la retribución prevista en el convenio colectivo, que únicamente es modificable por los trámites previstos en el art. 82.3 ET ; o lo que es igual, la exclusiva decisión empresarial únicamente alcanza -en lo que al salario se refiere- a las cuantías que el trabajador perciba como mejora del Convenio.

En lo que al segundo aspecto se refiere, se mantienen los cuatro ámbitos de las causas desencadenantes y que -vid. STS 17/09/12 rcud 578/12 - siguen siendo: a) los medios o instrumentos de producción [causas técnicas]; b) los sistemas y métodos de trabajo del personal [causas organizativas]; c) los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado [causas productivas]; y d) los resultados de explotación [causas económicas, en sentido restringido].

Pero -entramos con ello en el tercer aspecto de los referidos- a diferencia del texto derogado, en la vigente redacción no es preciso que las modificaciones tengan el objetivo acreditado -en conexión de funcionalidad o instrumentalidad- de «prevenir» una evolución negativa o «mejorar» la situación y perspectivas de la empresa, sino que basta con que las medidas estén «relacionadas» con la competitividad, productividad u organización técnica. Lo que nos sitúa ya en la cuestión realmente decisiva, cual es la del alcance que pueda tener el control judicial de la medida empresarial adoptada.

3.- Sobre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos [competitividad; productividad] o de simple gestión empresarial [organización técnica o del trabajo], y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma [«prevenir»; y «mejorar»], no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el «ius variandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas [SSTS 19/03/01 -rcud 1573/00 -; ... 24/09/12 -rco 127/11 -; 12/11/12 -rco 84/11 -; y 12/03/13 - rco 30/12 -] , sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» -y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».

Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales.

Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse -incluso- a lo que se ha llamado «dumping» social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede -sin más y por elemental justicia- ser admisible en cualesquiera términos. Con mayor motivo cuando el art. 151 del Tratado Fundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros «la mejora de las condiciones de ... trabajo», a la que incluso se subordina «la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión»; y no cabe olvidar la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación *pro communitate* que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, en aplicación del art. 10.2 CE (SSTC 28/1991, de 14/Febrero , FJ 5 ; 64/1991, de 22/Marzo, FJ 4 ; y 13/1998, de 22/Enero , FJ 3. STS 24/06/09 -rcud 1542/08 -).

4.- En el caso de que tratamos, la caída de ventas en torno al 30 % tanto para todo el sector minorista textil como para el grupo empresarial demandado, nos parece que innegablemente constituye -en abstracto- «causa» legal que puede justificar la modificación de condiciones consistente en fijar un suelo mínimo para percibir la comisión por ventas fijada extra convenio, en tanto que con tal medida se puede promover -qué duda cabe- el incremento de la productividad y de la competitividad, persiguiendo añadir a las ventas que son iniciativa del cliente aquellas otras que puedan resultar por sugerencia incentivada del propio vendedor. La cuestión radica entonces -en el presente caso-, en determinar si la medida en concreto acordada por la empresa se justifica también en términos del juicio de razonable idoneidad que a este Tribunal corresponde, y que por lo mismo ha de rechazar - por contraria a Derecho- la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines -legales- que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable [reproche que en concreto hace la parte recurrente], o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta.

La cuestión no ofrece una clara salida, por cuanto que -como más arriba se ha indicado- no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea» de la modificación ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, pero tampoco podemos hacer dejación de nuestro obligado deber de enjuiciar la racional «adecuación» de la SMCT, y aunque no dejemos de apreciar -en el caso de autos- que se trata de una decisión innegablemente drástica e incuestionablemente penosa para los trabajadores [afecta a la más importante condición de trabajo y que constituye razón de ser del mismo], lo cierto es que la recurrente se limita -en su poco extenso recurso- a afirmar que se trata de un objetivo inalcanzable, desproporcionado e irracional, pero sin tan siquiera añadir argumentación o remisión a prueba

acreditativa algunas, que propiciasen convencer a esta Sala de que sus categóricas afirmaciones se ajustaban a la realidad. Muy al contrario, en su impugnación, la empresa hace observaciones significativas en orden a la confirmación de la sentencia de instancia y en contra del planteamiento recurrente, como que ya el primer mes posterior a la MSCT el 31,8% de las tiendas habían alcanzado el nuevo suelo de ventas para devengar comisión [en este sentido, los documentos 29 y 30 de su ramo de prueba; descripciones 64 y 65 en el CD de digitalización de los autos]; que ese mínimo para el devengo tiene la contrapartida - alcanzado el suelo de ventas fijado- del incremento de los porcentajes de comisión, como se expresa en la comunicación individual y colectiva de la MSCT [así, la descripción 51 del indicado CD]; y que la prolongación del un nivel de ventas inferior al de 2007 [ahora con 40.000 m² más de superficie comercial] «haría irreversible la necesidad de cierre de todas las tiendas que no son rentables por sí mismas, con la pérdida de empleos que ello supone»; precisamente en los términos que sostiene el Ministerio Fiscal en su razonado informe.»

Por su parte la sentencia de 26 de marzo de 2014, casación 158/2013, se ha pronunciado acerca del despido colectivo de un grupo de empresas TM, con una plantilla de 1161 trabajadores, que proceden a despedir a 925 trabajadores, alegando insuficiencia presupuestaria, es decir causa económica, aunque en realidad proceden a la elaboración de un nuevo modelo empresarial, que comportaba la externalización de servicios. Respecto a esta cuestión la sentencia se expresa en los siguientes términos:

«Sobre la oportunidad de tal externalización, respecto a la que consta que forma parte de un "nuevo modelo" empresarial que en su caso podría estar amparado en causas organizativas, la Sala no debe pronunciarse, pues la causa alegada, como queda dicho, es la insuficiencia presupuestaria, causa de naturaleza económica -no organizativa-, por ello expresando el parecer de la mayoría de la Sala, la conducta empresarial no puede calificarse en fraude de ley que daría lugar a la nulidad del despido colectivo, ni tampoco puede afirmarse que haya existido ausencia de buena fe en la negociación. Tal conducta sin alcanzar aquel grado superior, aceptando el iter fáctico que se constata en el relato de hechos probados de instancia, ha de calificarse desleal, aceptando la calificación de la sentencia recurrida".

Respecto a la concurrencia de la causa económica la Sala señala lo siguiente: "Partiendo de la doctrina unificadora expuesta, ha de concluirse que, corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al Standard de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada.

Como señala la sentencia recurrida, una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de 925 trabajadores de una plantilla total de 1161.

Tal medida ha de estimarse desproporcionada en todo caso.

Ahora bien, como se ha reiterado, no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea», ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, por ejemplo reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación de la medida dentro de los términos expuestos.

Con ello llegamos a la conclusión de que no es suficiente para acreditar la causa extintiva con acreditar una reducción en el presupuesto, que es insuficiente y congénito a un servicio público, por lo que se ha podido constatar que una reducción presupuestaria, como la acreditada, entre un 5% a 10%, no puede en modo alguno justificar la idoneidad de la medida extintiva. Procede por ello declarar no ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por las demandadas al no haberse acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva».

La sentencia, adoptada en Pleno, el 15 de abril de 2014, casación 136/2013, examina el recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas, que ante la impugnación de un despido colectivo, tras razonar que concurren razones productivas y económicas, estimó en parte la demanda formulada, razonando que únicamente eran procedentes los

despidos de quince trabajadores de Las Palmas y los otros nueve despidos eran no ajustados a derecho. La sentencia de la Sala Cuarta entiende que el control judicial no puede extenderse a sustituir la medida adoptada por el empresario por otra de menor entidad o que afecte a menor número de trabajadores. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

«Para resolver este recurso se hace preciso un breve recordatorio sobre en qué consiste, el principio de proporcionalidad, cual es su ámbito de aplicación y que controles o fases requiere su utilización. Ante todo señalar que nuestra Constitución no impone expresamente el deber de los poderes públicos de obrar con respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, al contrario de lo que acaece con otras constituciones y de lo que ha dispuesto el artículo 52-1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se dispone que las limitaciones de los derechos y libertades allí reconocidas deben hacerse por ley, "Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás". Pero ello no quiere decir que nuestro Tribunal Constitucional no aplicase desde sus principios criterios de razonabilidad y proporcionalidad para determinar la validez de normas y actuaciones que, al imponer restricciones a los derechos o al causar perjuicios, fuesen arbitrarias o irrazonables. Ya en la sentencia 11/1981 argumentó nuestro máximo intérprete constitucional que los derechos constitucionales podían venir directamente limitados por la Constitución y, también, de forma mediata o indirecta "por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos", conflicto para cuya solución realizó un "juicio de razonabilidad y proporcionalidad" sobre la justificación de la medida y la ausencia de excesos. Posteriormente se siguió avanzando en la configuración de los principios de proporcionalidad y razonabilidad con base en el artículo 10-2 de la Constitución que obliga a aplicar e interpretar los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo que, incluso, obligaba a incorporar la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre la necesidad de juzgar las limitaciones de derechos en términos de razonabilidad y proporcionalidad (SS. TC. 22/1981 , 62/1982 , 75/1983 , 108/1994 y 50/1995). Poco a poco esos principios se han deslindado como diferentes, incluso se han convertido en "cánones de constitucionalidad", empleados para el control de constitucionalidad de leyes, reglamentos y otras actuaciones. El de proporcionalidad se ha consolidado como el canon típico de control en el ámbito de la violación de los derechos fundamentales, aunque no sea el único. El control de razonabilidad se emplea en la primera fase del test de proporcionalidad, para juzgar la adecuación e idoneidad de la medida tomada, así como para el control de las violaciones del principio de igualdad, de la motivación de las resoluciones judiciales y de las arbitrariedades o abusos de las facultades discrecionales.

Dicho lo anterior, queda de manifiesto que el principio de proporcionalidad, convertido en canon constitucional, se utiliza para el control constitucional de las limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales. Para llevar a cabo este control, nuestro Tribunal Constitucional, emplea el llamado "test alemán" que consta de tres fases u operaciones, lo que no ocurre en otros países, donde se ha suprimido el último paso, el de la proporcionalidad específica o ponderación (Canadá), o donde sólo se sigue el test de razonabilidad, (Inglaterra).

Las fases del test de proporcionalidad son tres. La primera consiste en el control de adecuación o idoneidad de la medida adoptada para conseguir el fin pretendido, lo que requiere identificar el fin perseguido y valorar si la medida tomada es razonable, esto es adecuada, idónea y apta para conseguir ese fin. La segunda consiste en determinar la necesidad de la medida tomada por no existir otra más moderada para conseguir el mismo fin con igual eficacia. Este control de necesidad ha recibido numerosas críticas por la doctrina, sobre todo cuando recae sobre una medida legislativa porque se debate si el Tribunal puede determinar qué medida alternativa resulta preferible o en qué falla el cálculo del legislador, habida cuenta la libertad del mismo para optar por la medida legislativa que considere más adecuada, lo que obliga a examinar su razonabilidad. Finalmente, el tercer paso consiste en examinar la llamada "proporcionalidad en sentido estricto" o "ponderación", por cuanto es preciso ponderar todos los derechos en juego y todas las circunstancias concurrentes, para acabar resolviendo si la medida es proporcionada y equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (STC 55/1996).

2. La aplicación de esta doctrina constitucional, en todo su amplio desarrollo, es obligada cuando en un caso de despido colectivo "la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos

fundamentales y libertades públicas", lo que, junto a otros supuestos enumerados en el artículo 124.11, párrafo tercero de la LRJS, debe conducir a que la sentencia declare nula la medida extintiva. Fuera de esos supuestos la desproporción de las medidas tomadas no conduce a su nulidad sino, en su caso, a la declaración de que la medida es "no ajustada a derecho", pronunciamiento que exigirá un control judicial que -sin necesidad de tener que desarrollar el cumplimiento del test de proporcionalidad en idénticos términos a como lo hace el Tribunal Constitucional cuando tiene que decidir en amparo sobre si una medida afecta o no a un derecho fundamental- si debe basarse sobre los criterios de razonabilidad, adecuación, idoneidad y proporcionalidad (SS.T.S. 27-01-2014 (R.O. 100/2013) y 26-03-2014 (R.O. 158/2013)).

Cuando las medidas que tome el empleador, al hacer uso de las facultades que al respecto le otorga el art. 51 del E.T., sean desproporcionadas, arbitrarias o irrazonables por el número de las extinciones acordadas, procederá su corrección declarando que las medidas tomadas no son ajustadas a derecho, pronunciamiento que se fundará, conforme al nº 11 del art. 124 de la L.J.S., en la falta de prueba de la concurrencia de la causa legal esgrimida, por cuanto, aparte de probarse la concurrencia de la causa económica, técnica o productiva, debe acreditarse que la entidad de la misma justifica el número de extinciones contractuales que se ha acordado, esto es que la medida es adecuada y proporcionada al fin perseguido. El que la medida concreta quede al arbitrio del empresario y el que su criterio no pueda ser suplido por los Juzgados y Tribunales que no pueden realizar un juicio de valor sobre ella para determinar si es la mejor, juicio de optimización, no quiere decir que la decisión empresarial, probada la causa, escape a todo control judicial, por cuanto los órganos judiciales pueden realizar, como ya dijo esta Sala en su sentencia de 27-1-2014 (R.O. 100/2013), un juicio sobre la racionalidad de la misma, para determinar si son ajustadas a la situación existente o desproporcionadas por excesivas. Ello requerirá ponderar todas las circunstancias concurrentes para hacer un juicio sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida tomada que será confirmada si es razonable. En otro caso, cuando se estime que la medida es irrazonable y desproporcionada en atención a las circunstancias económicas, técnicas y organizativas que se alegaron para justificarla, procederá declararla no ajustada a derecho, sin que quepa sustituirla por otra, porque el proceder arbitrario del empleador da lugar a que no se considere acreditada la causa que justificaba la totalidad de los despidos, pues, como se trata de un despido colectivo, la causa es la misma para todos. Si el número de extinciones acordadas fuese razonable y equilibrado procederá su confirmación sin entrar en disquisiciones sobre la conveniencia de un porcentaje inferior, mientras que la arbitrariedad de la medida llevará a una solución diferente con base en su irrazonabilidad y ello sin perjuicio de que en algún supuesto se pruebe la razonabilidad de la medida respecto de un grupo homogéneo de trabajadores diferenciado del resto.

3. La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos obliga a estimar el recurso y a casar la sentencia recurrida porque no cabe dejar sin efecto la decisión extintiva sólo en parte y reducir el número de extinciones contractuales acordadas declarando que unas se ajustan a derecho y otras no, cuando ha quedado acreditada la realidad de las causas económicas y productivas que justifican, legalmente, el despido colectivo, tal y como se ha razonado antes, sin que, además, pueda afirmarse que la decisión empresarial sea desproporcionada. Sobre la proporcionalidad de la medida debe señalarse que la decisión tomada es equilibrada, razonable y no desproporcionada, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, pues habiendo disminuido la actividad de la empresa (pedidos y facturación) en un 50 por 100 redujo la plantilla en menos del 20 por 100».

La sentencia, adoptada en Pleno el 17 de julio de 2014, casación 32/2014, examina el supuesto en el que una empresa, perteneciente a un grupo de empresas, procede a un despido colectivo, que afecta a 26 trabajadores, por causas económicas y productivas, debido a un descenso en las ventas, en la carga de trabajo y en la facturación. La sentencia contiene el siguiente razonamiento :

«QUINTO.- 1.- El control judicial de la decisión empresarial conforme al Preámbulo de la Ley 3/2012.- Tal como adelantamos, el tercer motivo del recurso -con denuncia de interpretación errónea del art. 51.1 ET - se destina a sostener que no han concurrido las causas productivas que justificasen la extinción de 26 contratos de trabajo, por defecto de «razonabilidad», entendiendo como presupuesto previo que «el control judicial ha de versar también sobre la razonable adecuación entre las vicisitudes de la empresa y la decisión de gestión adoptada por el empresario».

Con ello, el Sindicato «ELA» plantea frontalmente el arduo problema del control judicial en los despidos colectivos, que la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 parece limitar -al menos formalmente- de manera taxativa, al decir con rotundidad que los precedentes normativos «incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizaran, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas».

2.- Algunas consideraciones sobre el alcance -debido- del control judicial sobre la medida adoptada.- Pero a pesar de esta contundencia, la Sala considera que no son admisibles ni el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los Tribunales en ese Preámbulo ni la discrecionalidad absoluta que -en consecuencia- correspondería al empresario cuando mediase la causa legalmente descrita. Y al efecto entendemos que por fuerza ha de persistir un ámbito de control judicial fuera de la «causa» como hecho, no sólo por la concurrencia de los intereses constitucionales y compromisos internacionales que están en juego, sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos:

a).- En efecto, el derecho al trabajo [art. 35] en su dimensión individual se concreta -aparte del derecho 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 rijan 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 constitucional citada- 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 normas 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 -). Y en concreto, nos obliga a excluir como admisible interpretación que el Preámbulo de la Ley 3/2012 consagra una facultad empresarial, la de extinción de contratos de trabajo mediando determinada causa legal, que se declara exenta de los límites propios de cualquier otro derecho, constitucional y ordinario, y que puede ser ejercido extramuros de la buena fe, de forma abusiva o antisocial; tal interpretación no solamente sería rechazable por contraria a los valores constitucionales citados y a alguno más, sino que resulta inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho [art. 1 CE], resultando más acomodado a la Constitución entender -porque la literalidad del texto lo permite- que la referida Ley 3/2012 únicamente prohíbe los «juicios de oportunidad» que censura y que -por supuesto- sujeta el derecho de extinción contractual al condicionamiento de que su ejercicio sea ejercido -como insistiremos- en forma ajustada a los principios generales del Derecho.

b).- Porque -ya en otro orden de consideraciones normativas- a la misma conclusión hemos de llegar por la directa vía de aplicar los citados principios generales de Derecho Común en el ejercicio de los derechos subjetivos, y muy particularmente tanto el que impone que el mismo haya de llevarse a cabo «conforme a las exigencias de la buena fe» [art. 7.1 CC], cuanto el que prohíbe el «abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» [art. 7.2].

Y al efecto no cabe olvidar que la actuación conforme a las exigencias de la buena fe es un principio general positivizado en el referido art. 7 CC, precepto al que la doctrina atribuye cualidad de norma cuasi-constitucional, en tanto que constituye el límite institucional o intrínseco de todo derecho subjetivo, de toda situación de poder jurídico, cualquiera que sea la calificación jurídica que el mismo tenga [derecho; facultad], hasta el punto alcanzar incluso a los derechos fundamentales contemplados en la CE, en cuyo ejercicio se someten - como afirma el máximo intérprete de la Constitución- al control de actuación acomodada a la buena fe; de manera que a la hora de determinar la licitud o ilicitud del ejercicio del derecho -incluso fundamental, repetimos-, es la buena fe a la que hay que atender para determinar el ámbito de actuación permitido. En palabras del Tribunal Constitucional, la buena fe «es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para» los reconocidos como fundamentales, respecto de los que se presenta como «condicionamiento» o «límite adicional» (así, para la libertad de expresión, las SSTC 120/1983, de 15/Diciembre; 88/1985, de 19/Julio; 6/1988, de 21/Enero, FJ 8; 106/1996, de 12/Junio; 1/1998, de 12/Enero; 90/1999, de 26/Mayo; 20/2002, de 28/Enero; 151/2004, de 20/Septiembre, FJ 7. Para el derecho a información veraz, la de 241/1999, de 20/Diciembre; y para el derecho de libertad sindical, la STC 198/2004, de 15/Noviembre, FJ 7). De manera que -ello es una consecuencia obvia- con mayor razón ha de entenderse que el ejercicio de cualquier otro derecho -como el del empresario a proceder a la extinción de contratos en las situaciones legalmente previstas- ha de entenderse también condicionado/limitado por las exigencias de la buena fe, de acuerdo a una interpretación acomodada a los valores constitucionales.

3.- Criterio de la Sala en orden al control judicial precedente.- Los preceptos anteriormente citados -de orden constitucional, internacional y común- son insuperable obstáculo para limitar el control judicial a la exclusiva apreciación de la concurrencia de la causa como simple dato fáctico justificativo de la medida extintiva [o modificativa, en su caso], prescindiendo de la entidad -cualquiera que ésta fuese- de la reacción adoptada por el empresario para corregir la crisis padecida, sino que muy contrariamente imponen un juicio de «razonabilidad» acomodada a los referidos mandatos -constitucionales, internacionales y comunes-. Que es lo que en definitiva ya ha admitido el propio Gobierno de España cuando al contestar a interpelación de la OIT -en justificación de la reforma legal llevada a cabo por la Ley 3/2012- manifiesta que las diversas causas legales «deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir»; manifestación gubernamental que constituye un argumento más para entender con prudencial relativización los términos un tanto drásticos con que formalmente se manifiesta la EM de la citada Ley 3/2012, y que a la par supone -nos parece incuestionable- un claro apoyo para la hermenéutica del art. 51.1 ET que anteriormente hemos justificado y acto continuo desarrollaremos, en forma -entendemos- plenamente ajustada a nuestro sistema jurídico constitucional y ordinario.

El citado juicio de «razonabilidad» tendría una triple proyección y sucesivo escalonamiento: 1).- Sobre la «existencia» de la causa tipificada legalmente como justificativa de la medida empresarial [modificativa o extintiva]. 2).- Sobre la «adecuación» de la medida adoptada, aunque en su abstracta consideración de que la medida se ajusta a los fines - legales- que se pretenden conseguir, bien de corregir o hacer frente - en mayor o menor grado- a la referida causa. Y 3).- Sobre la «racionalidad» propiamente dicha de la medida, entendiendo que este tercer peldaño de enjuiciamiento hace referencia a que han de excluirse por contrarias a Derecho las medidas empresariales carentes de elemental proporcionalidad. Juicio este último -de proporcionalidad- que ha de ser entendido en el sentido de que si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa «idoneidad» de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, en todo caso han de excluirse -como carentes de «razonabilidad» y por ello ilícitas- aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (así, SSTC 27/01/14 -rc 100/13-, FJ 4; y SG 26/03/14 -rc 158/13 - FJ 10), porque en tales supuestos la decisión adoptada por la empresa sería contraria al ejercicio del derecho con la exigible buena fe e incurriría en la prohibida conducta contraria a aquélla o en los también excluidos abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo.

SEXTO.- La razonabilidad -en principio- de la decisión extintiva acordada en el caso.- Llegados a este punto, se ha de señalar que el Sindicato «ELA» rechaza que se ajusten a Derecho las 26 extinciones contractuales decididas, con la afirmación de que «no se desprende razonablemente que la medida propuesta por la empresa sea necesaria», lo que sustenta en plural argumento: a) «las causas productivas no pueden basarse en meras previsiones, deben responder a hechos reales y objetivables a la fecha de

inicio del periodo de consultas»; b) la empresa debería haber justificado el ajuste de plantilla «en razón a la bajada de producción constatada a la fecha de apertura del periodo de consultas»; c) la documental «no acreditó que la plantilla estuviera sobredimensionada en el primer cuatrimestre de 2013, ya que no se estableció una relación entre carga de trabajo, capacidad productiva y número de operarios precisos»; y d) «hubiera sido necesario comparar la plantilla existente en el primer cuatrimestre del 2012 con la existente en el primer cuatrimestre de 2013».

El sustrato fáctico que apoya tal planteamiento es que -conforme a revisión propuesta y aceptada- en el primer trimestre de 2012, la plantilla de la empresa «Sic Lázaro, SL» osciló entre los 121 [Enero] y 112 [Marzo] trabajadores, en tanto que en el mismo periodo de 2013 fluctuó entre 104 [Enero] y 98 [Marzo]. Datos éstos con los que la recurrente pretende enervar -como causa extintiva- las afirmaciones del ordinal decimoquinto, respecto de que la facturación en kilogramos en el mismo periodo de tiempo cayó un 33,05 % [la facturación en euros nada sustancial expresa, por ir referida al porcentaje por secciones -grúas, hormigón y oxicorte- y no a su concreto importe]. Expresado aritméticamente, desde Marzo/2012 a Marzo/2013, en tanto que la facturación habría sufrido un descenso del citado 33,05 %, la plantilla había tenido una minoración del 12,5 %. O lo que es igual el desfase de la merma producción/personal era porcentualmente todavía del 20,55%, por lo que un despido colectivo del 6 % de la plantilla restante es algo que podrá cuestionarse desde el punto de vista de la exacta y deseable «idoneidad» o de la «oportunidad» en la gestión empresarial [algo ajeno a la misión que corresponde a los Tribunales], pero en principio no puede pretenderse que sea patentemente desproporcionado y que por ello resulte contrario a la buena fe, constituya un ejercicio abusivo del derecho o integre ejercicio antisocial del mismo, que son las causas por las que pudiéramos excluir la obligada «adecuada racionalidad» de la medida.

De esta forma, en el supuesto objeto de debate se cumplen las tres facetas o escalones del juicio de «razonabilidad» de la medida extintiva adoptada por el empresario: 1ª) consta acreditada la «existencia» de la causa legalmente justificativa de la medida empresarial, cual es el persistente y significado descenso en la facturación; 2ª) es innegable la «adecuación» de la medida adoptada, pues la reducción de plantilla se presenta como reacción natural frente a un irremediable descenso en la demanda; y 3ª) la concreta medida adoptada también ofrece «racionalidad» en sus dimensiones [excluimos todo juicio de «oportunidad» y/o «idoneidad»], estando ausente atisbo alguno de ser contraria a la buena fe o abusiva, así como tampoco hay motivo para considerar -ni se pretende por la parte- que hubiese supuesto un ejercicio antisocial del derecho.

SÉPTIMO.- 1.- El argumento de la concreta inalegabilidad de la causa productiva.- El cuarto y último motivo del recurso va dirigido -como hemos dicho- a dejar constancia de una doble infracción del art. 51 ET . De un lado, porque la causa productiva es meramente coyuntural y no estructural, de manera -se argumenta- que únicamente justificaría la suspensión de los contratos de trabajo y no su extinción; y de otro, que «durante la aplicación de un expediente colectivo de suspensión de contratos no se podría aplicar un ERE extintivo a los mismos trabajadores afectados por la suspensión, siempre y cuando ambos expedientes estuvieren motivados por las mismas causas». Trataremos separadamente los argumentos.

2.- La coyunturabilidad/estructuralidad como apreciación empresarial.- El art. 51 ET -bajo el título «despido colectivo»- dispone que «[s]en entiende que 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»; pero es que idéntica redacción también la ofrece el art. 47.1 ET , aunque refiriéndola como posible causa de la suspensión del contrato o reducción de la jornada.

A la vista de ello, de la identidad formal de conceptos, todo invita a sostener que mediando la causa descrita, el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de «oportunidad» que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude de ley, que lógicamente no pueden encontrar

amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba».

La sentencia, adoptada en Pleno el 23 de septiembre de 2014, casación 231/2013, examinó el supuesto del despido de 77 trabajadores de la Agencia P L E, habiéndose producido sucesión de empresa entre la citada Agencia y la Comunidad de Madrid-Consejería de Sanidad, si bien por la Ley 4/2012 se ha excluido que la CAM se subrogue en los contratos temporales. La sentencia entendió que el despido no es ajustado a derecho porque la entidad de los problemas económicos no justifica un despido tan masivo como el realizado. Razona lo siguiente:

"D) En la sentencia de 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013), también dictada por el Pleno de esta Sala, resolviendo la impugnación del recurso en el despido colectivo de "Telemadrid" hemos sentado doctrina que ahora reiteramos y debemos aplicar. Conforme a la misma la situación económica negativa no puede operar de forma abstracta. La justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1º) Acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2º) Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquélla provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y 3º) Examinar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad. Ampliemos lo expuesto en tal ocasión.

1º) El primer requisito, la situación económica de pérdidas del EPRTM ha resultado probada, tanto desde la posición de la empresa, como desde la posición de los demandantes. Ahora bien, entendemos que esto no es equivalente a situación económica negativa, y que con "la causa extintiva" que la empresa alega, se pretende conseguir un equilibrio financiero del Ente a través de una fórmula de descentralización, y así aprovechando la reducción presupuestaria, impuesta por la Ley, lo que se está articulando es una reestructuración contable.

Efectivamente, como textualmente señala la sentencia recurrida, "aquí lo que sucede es, que, como para el año 2013 la empresa recibe una dotación presupuestaria inferior, la respuesta que se arbitra, que cómo decisión empresarial, sería factible y en ello no entramos, se decide hacer una revisión general de toda la contabilidad y cambiar el sistema de producción, pero esto, que cómo decimos, se puede aceptar como planteamiento estratégico y decisión empresarial, no constituye una causa de extinción de despido colectivo para así eludir las consecuencias legales que de dicha decisión se derivan".

2º) El segundo requisito, el efecto provocado sobre los contratos de trabajo, ha resultado más controvertido, y a las repercusiones que unos y otros han expuesto sobre los mismos nos remitimos.

3º) Es, en la concurrencia del tercer requisito, donde no se ha podido llegar a probar por la empresa y alcanzar la convicción de que las medidas extintivas adoptadas responden plenamente a la necesidad que invocan. La justificación del despido, solo sería procedente si reacciona para corregir un desajuste en la plantilla provocado por una situación económica negativa, emitiendo el órgano judicial no sólo un juicio de legalidad, sino también de razonable adecuación entre la causa alegada y la medida acordada.

No compete a la Sala efectuar un juicio de "oportunidad" sobre cuál sea la medida que se debió adoptar, por cuanto ello pertenece a la gestión empresarial. Pero, no basta para demostrar la causa extintiva con acreditar una reducción en el presupuesto, que es insuficiente y congénito a un servicio público, como se constata de una reducción presupuestaria, entre un 5% a 10%, que en modo alguno justifica la idoneidad de la medida extintiva, pues no es ni plausible, ni razonable, ni proporcional.

Desde esta premisa llega a la conclusión de que el acudimiento al despido masivo no está justificado porque la causa no está bien ponderada y el resultado no es razonable a la causa económica alegada.

E) Tanto en la sentencia recién citada cuanto en otras como las de 27-01-2014 (rec. 100/2013) -aunque referida a modificación colectiva de condiciones de trabajo-, se señala que tras la Reforma laboral de 2012, iniciada con el RD.Ley 3/2012, a los Tribunales corresponde emitir un juicio no sólo sobre la existencia y legalidad de la causa alegada, sino también acerca de la razonable adecuación entre la causa acreditativa y la acordada: "Sobre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos [competitividad; productividad] o de simple gestión empresarial [organización técnica o del trabajo], y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma [«prevenir»; y «mejorar»], no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de

empresa y el «ius variandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas [SSTS 19/03/01 -rcud 1573/00 -; 24/09/12 - rco 127/11 -; 12/11/12 -rco 84/11 -; y 12/03/13 - rco 30/12 -], sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» -y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».

Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales.

Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad] ...

F) Partiendo de la doctrina unificadora expuesta, ha de concluirse que, corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada. Una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de cualquier número de trabajadores.

Ahora bien, como se ha reiterado, no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea», ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, por ejemplo reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación del despido producido dentro de los términos expuestos.

G) Todo lo anterior es perfectamente trasladable a este supuesto, pues la sentencia recurrida prescindió de realizar el análisis de adecuada proporción en los términos expuestos, como ella misma indica, por entender que ya no era posible.

Con ello llegamos a la conclusión de que no es suficiente para acreditar la causa extintiva con acreditar una reducción de la subvención percibida y unos resultados económicos deficitarios, sino que ha de aquilatarse su entidad y ponerla en proporción con la del despido colectivo instrumentado.

Las mismas razones metodológicas (criterio de coetaneidad) que llevan a descartar la nulidad por no haber intervenido la Comunidad de Madrid en la negociación del convenio, conducen a considerar el problema económico esgrimido para el despido con los datos del momento en que se ha iniciado el procedimiento para implementarlo. Y esos datos en modo alguno arrojan una disminución de ingresos con parangón en la drástica reducción de plantilla.

La existencia de la situación económica negativa, al margen de los problemas aplicativos derivados de los cambios en los criterios contables, no alcanza entidad suficiente como para justificar un despido de la magnitud del enjuiciado. Este Tribunal carece del poder arbitral que podría haber autorizado o impuesto un número concorde de extinciones o medidas alternativas; solo nos compete examinar el despido que existe, no elucubrar o recomendar. Tampoco estamos ante un despido articulado mediante la salida de sucesivas cohortes de empleados, que los aglutine por centros de trabajo, ocupaciones o fases cronológicas y que pudiera, en hipótesis, parcelar la apreciación sobre la entidad de la causa y su afectación sobre el empleo.

Por tanto, siendo innegables los problemas económicos de la Agencia, pensar en la activación de otras eventuales causas de extinción o el recurso a un despido colectivo tras haberse producido la subrogación son hipótesis que escapan a nuestra jurisdicción".

4.- Procede examinar, en primer lugar, si en el supuesto debatido concurren las causas alegadas por el empresario para proceder a la extinción del contrato de trabajo del actor por causas objetivas de carácter económico y organizativo.

A este respecto hay que señalar que, mientras en el año 2010 y 2011, en la empresa MABO FARMA SAU se constata la existencia de ganancias -443.648 € y 1.001.458 €, respectivamente- en el año 2012 las pérdidas 513.384,94 € y en septiembre de 2014 a 941.908,04 €, lo que evidencia la existencia de una situación económica negativa, durante más de dos años consecutivos -2012, 2013 y primer semestre de 2014- lo que supone que la empresa ha acreditado cumplidamente la concurrencia de la causa económica alegada, tal y como resulta de lo establecido en el artículo 52.1 del Estatuto de los Trabajadores .

Asimismo ha quedado acreditada la concurrencia de la causa productiva pues, tal y como figura en el ordinal segundo del relato de hechos probados de la sentencia de instancia: "En fecha de 21-11-13 por el Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud se dictó resolución por la que se aprobaba el listado de medicamentos seleccionados para poder ser dispensados por las oficinas de farmacia de Andalucía cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas, listado en el que figuraban medicamentos con principio activo igual a varios de los que comercializa Mabo, aunque sin figurar las empresas Mabo ni Tedec". No cabe entender, como consta en la sentencia recurrida, que "aunque se haya producido una baja importante en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, medicamentos genéricos, ya que los productos que esta comercializa no figura en el listado de medicamentos seleccionados" pues lo que no figura en el listado no son los medicamentos, sino la empresa MABO FARMA SAU, seguramente por no haber acudido a las últimas subastas realizadas por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

No se opone a tal conclusión el hecho de que la empresa TEDEC-MEIJ I FARM SA haya contratado cuatro meses después del despido del actor -en fecha 5 de octubre de 2014- a un trabajador de su misma categoría -visitador médico- para desempeñar su actividad en Cádiz y provincia así como en aquella plaza o plazas que, a juicio de la empresa, deban ser realizadas de forma circunstancial o continuada ya que, tal y como ha quedado razonado en la sentencia recurrida, sin que dicho extremo haya sido recurrido, las empresas MABO FARMA SAU y TEDEC-MEIJ I FARM SA son empresas legalmente constituidas, con personalidad jurídica propia e independiente, por lo que la contratación que pueda efectuar la segunda empresa es ajena por completo a la actuación de la primera y ninguna incidencia tiene en sus relaciones laborales. Tampoco cabe entender que como TEDEC-MEIJ I FARM SA distribuye los productos que vende MABO FARMA SAU, es intrascendente que la contratación del trabajador la efectuara la primera empresa pues, tal y como resulta del hecho probado primero de la sentencia de instancia sólo parte de sus ventas las hace a MABO FARMA SAU, por lo que la contratación que haya podido realizar TEDEC-MEIJ I FARM SA no puede ser tenida en cuenta para enjuiciar la situación económica ni productiva de MABO.

No cabe imputar las pérdidas de la empresa en los años 2012 y 2013 a las indemnizaciones por despidos de Directores de área y visitadores médicos de la provincia de Cádiz, ya que no consta dato alguno en la sentencia recurrida que concrete el número de despidos, indemnizaciones pagadas y fechas en que lo fueron, por lo que no puede tenerse por relevante en el volumen de pérdidas de la mercantil demandada tan genérico aserto.

Constatada la concurrencia de las causas económicas y organizativas alegadas por la empresa resta por examinar la incidencia de las causas alegadas en la medida extintiva adoptada por el empresario, es decir, si se justifica en términos del juicio de razonable idoneidad, no correspondiendo a los Tribunales determinar si tal medida es la óptima que debió adoptarse.

A este respecto hay que señalar que la empresa ha procedido a despedir al actor y al resto de delegados comerciales de la zona de Andalucía por las causas antedichas, siendo la medida idónea ya que es en dicha zona donde la empresa no necesita delegados comerciales, por no tener en la práctica actividad

alguna ya que no ha concurrido a las últimas subastas de medicamentos realizadas por la Consejería de la Junta de Andalucía, por las razones anteriormente consignadas.

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José María Garrido de la Parra, en representación de MABO FARMA SAU, contra la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla , casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Cádiz, autos número 505/2014, seguidos a instancia de D. Efrain contra MABO FARMA SAU, TEDEC-MEIJ I FARM SA y DECAVI SOCIEDAD LIMITADA sobre DESPIDO. En virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS , no procede la condena en costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José María Garrido de la Parra, en representación de MABO FARMA SAU, frente a la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, recurso número 2552/2015 .

Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Cádiz, autos número 505/2014, seguidos a instancia de D. Efrain contra MABO FARMA SAU, TEDEC-MEIJ I FARM SA y DECAVI SOCIEDAD LIMITADA sobre DESPIDO, desestimando la demanda formulada y declaramos la procedencia del despido.

No procede la condena en costas

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.