



Roj: **STSJ GAL 5457/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:5457**

Id Cendoj: **15030340012018103762**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2018**

Nº de Recurso: **2252/2018**

Nº de Resolución: **4387/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 15030 44 4 2017 0002091

Equipo/usuario: BC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002252 /2018. BC

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000417 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña CLUB FINANCIERO ATLANTICO SA

ABOGADO/A: JOSE CARLOS BOUZA FERNANDEZ

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, RESTAURACIONES MONUMENTALES Y CONSTRUCCIONES SA (REMOCSA) ,
PROPIETARIA CLUB FINANCIERO ATLANTICO SA , Elsa

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA, **CRISTINA ESTEVEZ PAZOS**

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

ILMO. SR. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a ocho de noviembre de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002252/2018, formalizado por el LETRADO D. JOSÉ CARLOS BOUZA FERNÁNDEZ, en nombre y representación de CLUB FINANCIERO ATLANTICO SA, contra la sentencia número 151/2018 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000417/2017, seguidos a instancia de Elsa frente a FOGASA, RESTAURACIONES MONUMENTALES Y CONSTRUCCIONES SA (REMOCSA), CLUB FINANCIERO ATLANTICO SA, PROPIETARIA CLUB FINANCIERO ATLANTICO SA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Elsa presentó demanda contra FOGASA, RESTAURACIONES MONUMENTALES Y CONSTRUCCIONES SA (REMOCSA), CLUB FINANCIERO ATLANTICO SA, PROPIETARIA CLUB FINANCIERO ATLANTICO SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 151/2018, de fecha dieciséis de marzo de dos mil dieciocho.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO. La actora Dª. Elsa, venía prestando servicios por cuenta de la entidad Club Financiero Atlántico S.A, con la categoría profesional de limpiadora, con una antigüedad desde el 1 de octubre de 1999, percibiendo un salario mensual de 1.277,16 euros brutos, incluido el prorrateo de pagas extras. SEGUNDO. Con fecha 28 de marzo de 2017 la entidad Club Financiero Atlántico SA entrega a la actora carta de despido por causas objetivas, con efectos de la misma fecha, al amparo del art. 52.c) del ET, en relación con el art. 51.1 del mismo texto por causas económicas, productivas y organizativas, cuyo contenido se da por reproducido en aras a la brevedad, y en síntesis en cuanto a las causas económicas alude a la situación pérdidas continuadas actuales que vienen produciéndose desde 2015 en el que el Club asumió el personal que hasta entonces dependía de Remocsa, quien ya no ostenta vínculo alguno para con los trabajadores y se halla en liquidación concursal, asumiendo directamente la explotación de la actividad, explicitando los resultados de la cuenta de pérdidas y ganancias que en 2015 suponen unas pérdidas de -27.323,26 euros y en 2016 de -32.878,40 euros. Asimismo concreta que las pérdidas de 2016 serían de -138.378,40, si bien quedó reducida a la cantidad indicada al haberse hecho una aportación extraordinaria por los socios, que quedó reflejada en la contabilidad por importe de 105.500,00 euros, que es el primer plazo de la dotación aprobada en Asamblea General de Socios. Asimismo aluden a que las magnitudes económicas del club financiero reflejan una estructura económica basada en costes fijos, lo que dificulta la superación de la crisis económica actual, estimando que con la medida consiguen paliar un resultado que abocaba a la insolvencia, y debían proceder a ajustar los gastos de personal que supusieron un 60% sobre la facturación anual y en 2015 un 55%. En cuanto a las causas productivas señala que en el servicio de cafetería y restaurante los ingresos ascienden a 236.585,71 euros, y los gastos de personal de dichos servicios asciende a 221.117,30 euros si ello se une el coste de las compras consumidas de 149.899,19 las pérdidas son claras y ascienden a -134.421,78 euros, lo que les obliga a reducir el personal de dicho departamento. Y causas organizativas aludiendo a que dada la situación delicada que atraviesa la entidad acometen un plan de reestructuración y viabilidad que pasa por una reorganización de los departamentos y en concreto el de limpieza y servicio de camareros. El de limpieza con 3 personas, pasa a 2 y el de camareros se reduce igualmente en un puesto de trabajo, siendo sus funciones absorbidas por el resto de personal sin necesidad de ampliar horarios ni disfunciones. Asimismo le comunica la decisión extintiva en base a causas objetivas, habiéndole saber que tiene derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de trabajo con tope de 12 mensualidades que asciende a 15.326,10 euros, en base a su salario de 42,47 euros día y antigüedad de 1/10/1999, cantidad que es puesta a su disposición en dicho día a medio de transferencia bancaria realizada en dicho día y simultáneamente a la entrega de la carta, adjuntándole el justificante de transferencia. Igualmente le indica que no respecta el periodo de preaviso de 15 días si bien procede a su abono en la liquidación correspondiente. Dicha carta fue notificada a los representantes legales de los trabajadores. Le entrega igualmente documento de liquidación y finiquito, en el que consta desglose de cantidades abonadas, entre las que se encuentra además del salario correspondiente, la suma 15.236,10 euros de indemnización, la cantidad de 638,58 euros por falta de preaviso y parte proporcional de vacaciones no disfrutadas y pagas extra. No se acreditan las causas alegadas. TERCERO. La entidad Restauraciones Monumentales y Construcciones SA ha sido declarada en concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña, el 9 de octubre de 2014, en los autos 343/2014. La citada entidad era la que explotaba los servicios y la actividad del Club desde el 3/10/1989 y tras la declaración de concurso, Club Financiero Atlántico asumió desde el 10 de febrero de 2015 la gestión directa del mismo, subrogando a todos los trabajadores que antes dependían de REMOCSA, entre ellos la actora, quedando desde dicha fecha desvinculada de dicha



explotación. CUARTO. La entidad Remocsa se constituye en fecha 28 de febrero de 1983, y constaba dada de alta en la actividad económica de "restaurantes y puestos de comidas", con domicilio social en C/ Salvador de Madariaga núm. 76, formando parte de su Consejo de Administración D. Victorino, D. Samuel y Da Palmira. QUINTO. En fecha 10 de abril de 1989 se constituye la Asociación Club Financiero Atlántico con domicilio C/ Salvador de Madariaga S/n y es la arrendataria de las dependencias sitas en la misma. SEXTO. la sociedad Propietaria Club Financiero Atlántico SA se constituyó en la misma fecha que la anterior, constando dada de alta en la actividad económica de "alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia", siendo miembros de su Consejo de Administración D. Victorino, D. Samuel y Da Palmira. SÉPTIMO. Las citadas empresas no forman grupo de empresas a efectos laborales. OCTAVO. La actora, junto con otros siete trabajadores de la antigua REMOCSA ejercitaron acción frente a las entidades Restauraciones Monumentales y construcciones SA, Club Financiera Atlántico SA y Propietaria Club Financiero Atlántico SA en reclamación de subrogación entre su anterior empleadora y Club Financiero Atlántico, que dio lugar a los autos de procedimiento ordinario núm. 140/2016, seguidos ante el Juzgado de lo Social núm. 5 de A Coruña, en el seno del cual se dictó sentencia estimando la demanda respecto de Club Financiero Atlántico y desestimándola respecto de REMOCSA y Propietaria Club Financiera Atlántico SA. NOVENO. En fecha 5 de diciembre de 2015 la letrada D^a. **Cristina Estévez Pazos** en nombre y representación de la actora y otros 7 trabajadores más presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por fraude en la contratación laboral, así como exceso de jornada y falta de calendario laboral, ni el abono de las horas extraordinarias, así como modificación unilateral de la jornada laboral. Tras la correspondiente investigación se levanta por la ITSS acta de infracción NUM000 de fecha 31 de marzo de 2016 en la que imputa a la empresa Club Financiero Atlántico por infracción en materia de relaciones laborales, preceptuada en el art. 7.10 RD 5/2000 LISOS, a la multa de 1250 euros y por infracción en materia de tiempo de trabajo contenida en el art. 7.5 del mismo texto legal a la multa de 1250 euros, totalizando la sanción propuesta 2.500 euros. DÉCIMO. En la cuenta de pérdidas y ganancias de 2015 aportadas por Club Financiero Atlántico resultaría un importe neto de la cifra de negocios de 762.267,01 euros y en 2016 de 930.482,78 euros. En dicha suma de 2016 está incluida la aportación extraordinaria de los socios por importe de 105.500 euros, siendo la cifra de negocios sin dicho importe igual a la suma de 824.982,78 euros. De las declaraciones de IVA de 2015 y 2016 comparativa por trimestres, en relación a los 3 últimos de cada año, resultaría un aumento de la base imponible del IVA repercutido. El resultado del ejercicio 2015 sería de pérdidas por importe de -27.323,26 euros y en 2016 de -32.878,40 euros. UNDÉCIMO. La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa, ni representante sindical. DUODÉCIMO. Con fecha 27 de abril de 2017 se celebró acto de conciliación previa ante el SMAC, con el resultado de intentado sin efecto.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que, debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por D^a. Elsa, representada por la letrada Da **Cristina Estévez Pazos**, contra la entidad Club Financiero Atlántico SA, representado por el letrado D. José Carlos Bouza Fernández y frente al Fondo de Garantía Salarial, en rebeldía procesal, con intervención del Ministerio Fiscal y en consecuencia, debo declarar y declaro la improcedencia del despido efectuado a la actora, debiendo la citada entidad optar dentro del plazo de 5 días, bien por la readmisión de la actor en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (28/3/2017) a la fecha de notificación de la presente resolución en una cuantía diaria de 42,57 euros o en su caso por el abono de una indemnización de 30.231,95 euros, a la que habrá que descontar la cantidad ya abonada por despido objetivo de 15.326,10 euros.

Igualmente se le hace saber que si en dicho plazo opta por la indemnización determinará la extinción del contrato, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo (28/3/2017) y que si no ejerce el derecho de opción se entiende que procede la readmisión, con las consecuencias legales correspondientes. Todo ello con la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en los supuestos prevenidos legalmente.

Asimismo, debo desestimar y desestimo la demanda formulada por D^a. Elsa, representada por la letrada D^a **Cristina Estévez Pazos**, contra las entidades Restauraciones Monumentales y Construcciones SA (REMOCSA), Propietaria Club Financiero Atlántico SA, en rebeldía procesal, y en consecuencia, debo absolver y absuelvo a las citadas entidades de las pretensiones frente a las mismas ejercitadas.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada "CLUB FINANCIERO ATLANTICO SA", siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La sentencia de instancia, estima parcialmente la demanda interpuesta por la actora, declarando improcedente el despido de que fue objeto por parte de la empresa CLUB FINANCIERO ATLÁNTICO, a la que condena a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión de la trabajadora con abono de los salarios de tramitación, o abonarle una indemnización de 30.231,95 euros, a la que habría que descontar la cantidad ya abonada por despido objetivo de 15.326,10 euros, advirtiendo a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión; todo ello con absolucón de las también demandadas Restauraciones Monumentales y Construcciones SA (REMOCSA), y Propietaria Club Financiero Atlántico SA, en rebeldía procesal, de las pretensiones frente a las mismas ejercitadas. Frente a este pronunciamiento se alza en Suplicación la entidad condenada CLUB FINANCIERO ATLÁNTICO, al objeto de obtener su revocación y de que se desestime la demanda, articulando al efecto y por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, dos motivos de recurso, destinando el primero a la revisión de los hechos declarados probados, y el segundo a examinar la denuncia de infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- En el motivo de revisión, la entidad recurrente plantea las siguientes modificaciones fácticas del relato probatorio contenido en la resolución impugnada:

*En primer lugar se interesa modificar el hecho probado **primero**, señalando que si bien se trata de un mero error material, sin trascendencia, ha de ser matizado, en tanto, no se trata de CLUB FINANCIERO ATLANTICO S.A., sino de ASOCIACION CLUB FINANCIERO, es una asociación, no una sociedad anónima. Cuestión que debió ser objeto de un recurso de aclaración de la Sentencia de instancia, y que en todo caso la acogemos, aunque sea irrelevante para la decisión del litigio

*En segundo lugar, se solicita modificar el hecho probado **décimo** de la sentencia, alegando que aunque la Juez de instancia establece las cifras de la cuenta de Pérdidas y ganancias del CLUB FINANCIERO, es necesario completarlo para entender en toda su extensión la situación económica de la entidad, interesando que se añada el siguiente texto: *"Respecto del año 2015, el CLUB inicia su actividad en fecha 10/02/2015. Los ingresos y gastos de servicios de hostelería (cafetería y restaurante), principal actividad del CLUB, han sido de -95.432,65 € en 2015 y -134.545,72 € en 2016. Los gastos de personal de estos dos servicios ascienden a 221.117,30€. La reducción de gastos de personal, una vez realizados dos despidos de fecha 28/03/2017, es de -42.176,14€. El resultado de 2016 es de -138.378,40 € si no se tiene en cuenta la aportación extraordinaria de socios de 105.500 euros"*.

La Sala no acoge la revisión interesada, por cuanto el Juzgador de instancia ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio aportado a los autos, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral (STS 18/11/1999 [RJ 1999\8742]). En sentencia, de fecha 24/5/2000 (RJ 2000\4640), el Tribunal Supremo señala que la valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en dicho artículo, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte voluntaria y subjetiva, confundiendo éste recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia. Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 7/3/2003 (RJ 2003\3347) indica que como se recoge en sentencias de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001\4620) y 10 de febrero de 2002 (RJ 2002\4362), con esta forma de articular el motivo y de proceder lo que está tratando de conseguir es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de suplicación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica.

Por lo tanto, y en aplicación de dicha doctrina jurisprudencial, se ha de desestimar la revisión interesada, a través del cual la parte recurrente pretende una adición al relato fáctico sobre las pérdidas económicas de los años 2015 y año 2016, y es que esta revisión se funda en prueba pericial de la propia parte recurrente, que ya ha sido valorada por la Magistrada de instancia en el correcto uso de las facultades que le confiere la citada norma procesal, art. 97.2 de la LRJS. Por otra parte, la Magistrada de instancia, confrontando los informes periciales de ambas partes litigantes, alcanzó una conclusión sobre las pérdidas de la empresa que no es coincidente con el criterio sostenido por la parte recurrente, ofreciéndole mayor credibilidad el dictamen pericial de la parte actora, conforma al cual (folios 269-361), la cifra de negocios se incrementa en 168.215,77 euros entre 2015 y 2016, sin que exista una disminución del nivel de ingresos ordinarios o ventas. Al ser superior el nivel de

ingresos ordinarios en cada trimestre al registrado en el mismo trimestre del año anterior, no se cumple la presunción establecida en la normativa aplicable.

*Se interesa también la adición de un hecho probado **décimo bis**, del siguiente tenor: *"La cuenta de pérdidas y ganancias del CLUB FINANCIERO presentaban un saldo negativo a fecha 31/03/2017 de -30.145,50 euros."*

Adición que no acogemos, porque la misma se fundamenta en prueba documental confeccionada por la propia parte recurrente, que de esta forma ha podido adaptar el contenido del documento a sus propios intereses, lo que implica que pierda toda eficacia revisora. Además, dicha documental ya fue valorada por la Magistrada de instancia, por lo que cabe reproducir aquí lo antes apuntado, de que no cabe obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional,

*Y por último, se solicita añadir el hecho probado **décimo tercero**, del siguiente tenor: *"Tras los despidos de las dos personas en fecha 28/03/2017, no fue contratado ningún trabajador posteriormente"*.

Adición que acogemos, pues pese a lo que se dice en el escrito de impugnación sobre nuevas contrataciones, lo cierto es que tal como se desprende de la documental obrante a los folios 73 a 76 de autos y Oficio de la TGSS, documento 5 (folio 215 y 216) de ramo de prueba demandada, consistente en informe de vida laboral del CLUB desde fecha de extinción hasta 18/9/2017, es lo cierto que no se contrata a nadie para limpieza, ya que las únicas contrataciones son personal de camareros para eventos y por unas horas, que es una de las fuentes de ingresos del Club demandado.

TERCERO.- Al amparo del artículo 193.c), de la LRJS, la mercantil recurrente articula un segundo motivo de recurso, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando la infracción del artículo 51.1 del Estatuto de Trabajadores en relación con el artículo 52.c) del Estatuto de Trabajadores. Infracción de la jurisprudencia en materia de concurrencia de causas económicas productivas y organizativas: Sentencia de 11/06/2008 (rec. 730/2007) del TS Sala de lo Social. Sentencia de 25/06/2014 rec. 165/2013, del TS Sala de lo Social. STS de 29 de mayo de 2001 (RT 2001, 5452). Se argumenta por la entidad recurrente, en síntesis, que con la base fáctica de la propia sentencia y la incorporada se da la procedencia del despido por causas objetivas operado, en tanto concurren los parámetros legales y jurisprudenciales exigidos para ello, como expone en el motivo. Alegando que la demandada es una ASOCIACION, y que cumpliendo lo dispuesto en el art. 14 de la de Asociaciones, ha aportado no sólo las cuentas anuales, balances de situación y cuenta de pérdidas y ganancias firmada por el Presidente, sino que además ha aportado para corroborar dicha información, los modelos 200 de impuesto de sociedades, así como los modelos 303 de IVA trimestral y modelo 390 de resumen anual. Con una simple visualización de Cuentas anuales y modelo 200 se ve que los números son idénticos, añadiendo que el art. 28 de la referida Ley de Asociaciones no contempla la obligatoriedad de depositar las cuentas anuales. Dicha obligación de depósitos de las cuentas anuales sí opera para las asociaciones declaradas de utilidad pública, en virtud de lo establecido en el art. 34.1 de la Ley de Asociaciones.

En cuanto a la concurrencia de causas económicas, se dice que la infracción de los artículos 51.1 y 52.c) del ET resulta clara del propio hecho décimo de la sentencia, donde incluso con el texto de la misma ya daría lugar a apreciar la concurrencia de pérdidas actuales continuadas, en tanto constata datos económicos negativos de cuenta de Pérdidas y Ganancias de 2015 y 2016. En resumen, se afirma que de los datos económicos de las cuentas de ASOCIACION CLUE FINANCIERO ATLANTICO, se ve claramente la existencia de pérdidas actuales, que además se vienen arrastrando desde años atrás, lo que conduciría, sin más preámbulos la convalidación del despido efectuado.

En cuanto a la causas productivas, se afirma que se ofrecen los datos de descenso de volumen de clientes y descenso del volumen de ingresos en cafetería y restaurante, que como se puede ver en las Cuentas anuales y documentación aportada, ofrece un déficit de -134.421,78 euros. Y que es un dato más que se añade a la situación económica ya advertida, y que viene a incidir en esa situación delicada y difícil que atraviesa. Partiendo de la definición de causas productivas, se dice que cuando se producen cambios en la demanda de productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, estamos ante el supuesto típico y más frecuente en la práctica que una actividad principal (cafetería y restaurante) cuyos gastos fijos (en este caso personal) hacen necesaria la reestructuración para que la actividad pueda llegar a ser rentable, pues aunque su explotación es inherente a la actividad de la empresa, sin adoptar medidas no lleva sino al cierre, cita Sentencia del Tribunal Supremo para apreciar la concurrencia de causas productivas, de 25/06/2014, rec. 165/2013.

*En tercer lugar, y **en cuanto a las causas organizativas**, conforme a la definición del artículo 51.1 del ET se dice que también concurren, señalando que se han despedido a 2 personas, porque se han suprimido en el Departamento de camareros a una persona (extinguida el mismo día) y a otra persona (la actora) en el servicio de limpieza, sin que se haya contratado a nadie después de las extinciones, excepto aquellos camareros por



horas para atender eventos puntuales. -En el servicio de limpieza no se ha contratado a nadie como reconoció el testigo de parte actora (representante de trabajadores) y el presidente del club en fase de interrogatorio. -Los gastos de personal suponían un gasto fijo del 67% del importe neto de la cifra de negocio, el cual descendió así en más de 42.000 euros, añadiendo que la situación económica es crítica, el gasto de personal supone un 67% de lo que se ingresa, lo que genera un claro desequilibrio que por sí sólo justifica las extinciones, ya que de no acometer tales extinciones la única medida era la disolución de la sociedad, citando STS de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001, 5452).

La cuestión central del recurso se concreta a determinar si el cese de la trabajadoras puede estimarse procedente por concurrir causa objetiva para el mismo (tesis de la empresa), o, por el contrario, debe mantenerse la calificación de despido improcedente establecida por la sentencia de instancia. Y la respuesta que procede dar al recurso ha de ser de contenido semejante a lo razonado sobre este particular por la resolución recurrida, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1ª.- De acuerdo con los citados preceptos que se denuncian como infringidos, art. 52 c) en relación con el art. 51 del ET, en su redacción dada al segundo por la ley 3/2012, de 6 de julio, el contrato podrá extinguirse: "Cuando concurra 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". Entre esas causas previstas en el citado artículo 51.1. c), se encuentran las de índole económica, técnica y productiva, señalando el precepto que: *"Se entiende que concurren **causas económicas** cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos 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 técnicas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; **causas organizativas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y **causas productivas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado".

En la definición unificada que incorpora la nueva redacción del art. 51.1 para las causas "económicas", varía el elemento de la conexión de la medida extintiva con la causa económica alegada, pues no se exige ya que se haga con la finalidad que se preveía en el art. 52. c) anterior "de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas", sino que la nueva redacción implica que la "situación económica negativa" se identifica ahora no sólo con las pérdidas actuales, sino también con las "previstas", y con "la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas", ampliando así el criterio más restrictivo que en este punto mantenía la doctrina jurisprudencial anterior (por todas la STS/IV de 11 junio 2008 Rec. núm. 730/2007. RJ 2008\3468), dictada a propósito de la redacción anterior del art. 52. c) ET), aun cuando la doctrina judicial exija también la denominada conexión de funcionalidad que deriva del Convenio 158 OIT. Sobre este punto, señala la sentencia de la AN de 15 de octubre de 2012 (rec. 162/2012), citada por las de esta Sala de 21 de noviembre de 2012 (rec. 22/2012) y la de 18 de diciembre de 2013 (rec. 3823/13), "... en el Real Decreto-Ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, lo que el legislador hace es identificar la concurrencia de la causa con la comprobación de unos hechos,pero que no debe confundirse esta pretensión de objetivar en alguna medida los criterios de apreciación, con su automaticidad... y que la redacción del art. 4 del Convenio OIT nº 158 impide que esos "hechos" con los que se identifican las causas, puedan valorarse aisladamente. Concluye: "Evidentemente, con la redacción actual del art. 51.1 ET, ya no se trata de adoptar medidas que contribuyan a superar la situación económica negativa o a mantener el empleo, pero sí que sigue siendo necesario, en virtud de esa conexión de funcionalidad que deriva en última instancia del Convenio 158 OIT, que tales medidas extintivas permitan ajustar la plantilla a la coyuntura actual de la empresa". La justificación del despido es ahora actual, de modo que como sostiene la más autorizada doctrina, "el despido estará justificado si, existiendo una situación económica negativa o una innovación técnica, organizativa o productiva, esto tiene un efecto actual sobre los contratos de trabajo, haciéndolos innecesarios por haber perdido su función económico- social, porque el trabajo que pudiera continuar prestándose carece ya de utilidad patrimonial para la empresa"

2ª.- En el presente caso, de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, no se desprende que la extinción objetiva esté justificada ni por causas económicas, organizativas ni productivas. Es lo cierto que la sentencia recurrida genera cierta confusión teniendo en cuenta la redacción del hecho probado décimo, en el que sí se declara probado la existencia de pérdidas, al referir un resultado del ejercicio 2015 de pérdidas por importe de -27.323,26 euros y en 2016 de -32.878,40 euros. Ahora bien, dicho hecho probado hay que integrarlo con lo que se declara en la fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida, que aunque colocado en lugar inadecuado, cuenta con evidente valor fáctico. Y en el Fundamento de Derecho Cuarto, valorando el informe

pericial de la demandada viene a señalar que esos datos que se declaran probados en el hecho décimo están obtenidos de un informe pericial que no muestra la imagen real económica de la entidad demandada, y que le ofrece mayores garantías de imparcialidad y objetividad el informe pericial apartado por la actora, conforme al cual se computa un resultado de explotación positivo por importe de 1.667,23 euros, un resultado financiero negativo por importe de 7.330,09 euros, que difieren de los más de 38.000 euros de pérdidas que resultan de las cuentas presentadas por la demandada. Lo que resulta ciertamente extraño es que ofreciéndole a la Juzgadora de instancia mayor fiabilidad los datos que figuran en el informe pericial de la actora, no los incluya en el relato de hechos probados de la sentencia, en el que sí constan los datos de la cuenta del informe pericial de la parte demandada, y acogiendo el parecer del perito de la parte actora se diga ahora *que las cuentas no muestran una imagen fidedigna de la empresa*.

En cualquier caso, en el referido hecho probado décimo también se hace constar que las declaraciones de IVA de 2015 y 2016 comparativa por trimestres, en relación a los 3 últimos de cada año, resultaría un aumento de la base imponible del IVA repercutido, lo que evidenciaría una mayor cifra de negocio. A mayor abundamiento, también se hace constar que en las cuentas presentadas figura que se acometieron reformas y mejoras en las instalaciones del Club -declaración de su Presidente-, y el importe de las mismas es un gasto puntual y ocasional, no persistente, con lo cual al no darse en años sucesivos, los resultados económicos serían más favorables.

En consecuencia, en el presente caso la exigida conexión de funcionalidad no ha sido acreditada al no justificarse debidamente la coyuntura económica actual de la empresa con efecto sobre el contrato de trabajo de la trabajadora, de manera que pueda considerarse innecesario por haber perdido su función económico-social o, en definitiva, porque "el trabajo que pueda continuar prestando carezca ya de utilidad patrimonial para la empresa" (SSTS 29/09/08, rcud 1659/07 y 27-4-10 (RJ 2010, 4986; rcud 1234/09). De ahí que el art. 51.1 ET deba interpretarse de acuerdo con las directrices del artículo 4 del Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), cuando dispone que: "No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o *basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*". Y es que en el supuesto enjuiciado resulta difícilmente apreciable la causa económica invocada cuando la empresa presenta una mayor cifra de negocio en el ejercicio 2016, respecto del ejercicio anterior, y no acredita, a través de sus cuentas, su verdadera situación patrimonial de la entidad recurrente.

A la misma conclusión ha de llegarse respecto de la invocada causa productiva, pues según se razona por la Magistrada de instancia en la fundamentación jurídica de su sentencia, la entidad demandada centra todo el resultado de su negocio en el restaurante y cafetería, y se declara con evidente valor fáctico - y también en lugar inadecuado- que la trabajadora que ha visto amortizado su puesto de trabajo, prestaba servicios no solo en el restaurante y cafetería, sino también en todo el recinto del Club, por lo que no pueden aplicarse solamente para la amortización de su puesto de trabajo las previsiones contables del indicado servicios, de ahí que las causas productivas, y también las organizativas invocadas, no concurren, porque la pretendida causa productiva no puede concretarse específicamente en dicho servicio de cafetería, sino teniendo en cuenta las necesidades de la empresa en su conjunto.

En resumen, aunque pudieran existir una situación económica negativa, este sería de escasa cuantía, y ciertamente no tiene entidad suficiente para proceder a la extinción del contrato de la actora. La conclusión final, por tanto, ha de ser la de desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

TERCERO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la empresa cuyo recurso se desestima, incluyéndose en las mismas la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios del Letrado o Graduado Social de la parte impugnante (art. 235. 1 LRJS).

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada *ASOCIACION CLUB FINANCIERO ATLANTICO*, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Capital, en los presentes autos 417/2017 sobre despido objetivo tramitados a instancia de la trabajadora DOÑA Elsa , debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con imposición a la entidad recurrente de las costas causadas en el recurso, que incluirán la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios de la Letrada de la parte impugnante. Dese a los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir el destino legal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia.



Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.