

En VITORIA-GASTEIZ a tres de diciembre de dos mil doce.
Vistos por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 1, D. DAVID HIDALGO FERNANDEZ los presentes autos nº 349/2012 seguidos a instancia de
contra , y el sobre DESPIDO.

EN NOMBRE DEL REY
Ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 392/2012

ES COPIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 9 de mayo de 2012 y por D. se interpuso demanda en reclamación por DESPIDO y CANTIDAD contra la empresa , y el FOGASA, que, presentada a reparto, correspondió a este Juzgado, y en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó solicitando se dicte en su día sentencia, por la que, con estimación íntegramente de la demanda, se declare la IMPROCEDENCIA del despido, con las consecuencias legales y económicas derivadas de dicho pronunciamiento, y se condene a la demandada al abono de las cantidades reclamadas en concepto de salarios (3.668,00 euros) y diferencias en el abono del preaviso (536,39 euros), más el interés de mora salarial que proceda.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 21 de junio de 2012 se admitió a trámite la demanda presentada, señalando día y hora para el acto del juicio y, en su caso, el de previa conciliación.

TERCERO.- Celebrada la vista el 15 de mayo de 2012, comparecieron las partes debidamente representadas,, a excepción del FOGASA, pese a estar citado en legal forma. Cedita la palabra a la parte actora, ésta se afirmó y ratificó en su demanda. La demandada se opuso a la demanda presentada de adverso alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación. Recibido el juicio a prueba se practicó prueba documental y testifical con el resultado que obra en actuaciones; seguidamente se elevaron las conclusiones a definitivas, quedando los autos conclusos y vistos para Sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades y prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia por acumulación de trabajo.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El actor, D. , ha venido prestando servicios por cuenta y órdenes de la empresa demandada , desde el 1 de agosto de 2001, con categoría profesional de Operador de Cabina, y un salario bruto mensual de 1.945,26

euros (salario diario de 63,95 euros), con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras.

SEGUNDO.- En fecha 20 de abril de 2012 la actora recibió carta de la empresa de la misma fecha por la que se le comunicaba su despido objetivo con efectos de 4 de mayo de 2012, y con fundamento en causas económicas. Damos por reproducido el contenido de la carta de despido que obra a los folios 24 a 27 de autos.

TERCERO.- El actor no ostenta ni ha ostentado el último año la condición de representante legal de los trabajadores en la empresa demandada.

CUARTO.- Consta en autos a los folios 85 a 98 de autos, copias de las últimas doce nóminas del actor, cuyo contenido damos por reproducido.

QUINTO.- Con fecha de efectos de 30.03.2012 el actor fue despedido mediante carta de despido recibida en la misma fecha fundada en causas objetivas en base al artículo 52.c). Consta en autos (folios 99 y ss.) copia de la comunicación escrita en cuya última página consta "Reconozco que he recibido la presente carta, pero rechazo el cheque mencionado en la misma" y la firma del actor con la expresión manuscrita "no conforme".

Consta asimismo copia del cheque ofrecido por la empresa al trabajador por importe de 11.873,52 euros, al folio 107 de autos, dándose su contenido por reproducido.

Por último, consta copia del documento de liquidación, saldo y finiquito del actor al folio 109 de autos, dándose por reproducido.

SEXTO.- Consta en autos (folios 83 y 84) contrato de trabajo indefinido a tiempo completo suscrito entre la empresa y el actor en fecha 1 de agosto de 2001, en cuyas cláusulas séptima y octava se establece lo siguientes:

*"**Séptima:** Al presente contrato le será de aplicación la Disposición Adicional primera del RD 5/2001, de 2 de marzo: Si*

En caso afirmativo, señale el colectivo al que pertenece el trabajador: Jóvenes desde 16 hasta 30 años de edad, ambos inclusive (...)

***Octava:** En el supuesto de haber respondido afirmativamente a la anterior cláusula, cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada improcedente, la cuantía de la indemnización a la que se refiere el artículo 53.5 del Estatuto de los Trabajadores, en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el artículo 56 del mismo texto legal, será de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades".*

A la fecha de la firma del referido contrato el actor tenía la edad de 30 años cumplidos en el mes de junio. Con anterioridad a la firma del mismo el actor se encontraba en situación legal de desempleo, tal y como se desprende del documento obrante al folio 84 de autos, cuyo contenido damos por reproducido.

SEPTIMO.- La relación laboral entre las partes se rige además por el Acuerdo Interno firmado entre la empresa y la representación legal de los trabajadores firmado el 1.07.2010. Consta copia del acuerdo a los folios 50 a 57 de autos, dándose su contenido por reproducido. En el contenido del referido acuerdo ninguna referencia se hace al complemento de “mantenimiento de cabina” que con un importe de 366,80 euros ha venido percibiendo el actor hasta la nómina de junio de 2011.

OCTAVO.- Obra en autos (folios 73 a 79) Acuerdo alcanzado ante el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid en fecha 30.01.2012, entre la empresa , y la representación legal de los trabajadores de la empresa en la Comunidad de Madrid y en el marco del conflicto de huelga convocada por el sindicato a la que se adhirió el sindicato . Damos por reproducido su contenido.

NOVENO.- Constan en autos la cuentas auditadas e informe de gestión de correspondientes a los ejercicios 2009, 2010 y 2011. Documentos 30 a 32 del ramo de prueba de la empresa demandada (Tomo VI).

Constan, asimismo, las cuentas consolidadas del correspondientes a los ejercicios 2010 y 2011, auditadas. Documentos 33 y 34 del ramo de prueba de la empresa demandada (Tomo VI).

DECIMO.- Consta en autos informe especial de procedimientos acordados sobre ratios financieros, elaborado por la empresa auditora que acredita el del para los años 2009 y 2010. Documentos 44 y 45 del ramo de prueba de la demandada (Tomo VI).

DECIMOPRIMERO.- Consta en autos copia del contrato de suministro e instalación de equipos digitales, de 6 de agosto de 2010, firmado con la sociedad (), para los exhibidores , y . Documento 8 del ramo de prueba de la parte demandada (Tomo II).

DECIMOSEGUNDO.- Obran en autos certificados emitidos por la sociedad , en relación con el número de espectadores y la recaudación a nivel nacional del sector de la exhibición cinematográfica durante el año 2011, comparativa respecto del primer trimestre del año 2011 y el primer trimestre del año 2012. Documento 9 del ramo de prueba de la demandada (Tomo II).

DECIMOSEGUNDO.- Consta en autos informe elaborado por el departamento de ingeniería del , empresa especialista en equipamientos para salas de cine, rafiticado en el acto de la vista por técnico de la empresa. Documento 16 del ramo de prueba de la empresa (Tomo III).

DECIMOTERCERO.- Con fecha 4 de mayo de 2012 tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio correspondiente de la Delegación Territorial de Álava del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, instado por el actor en fecha 17.04.2012, en reclamación por despido y cantidad, relativa esta última al plus de mantenimiento de cabina de los meses de junio de 2011 a marzo de 2012, el cual se tuvo por intentado SIN EFECTO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados resultan de la conjunta valoración de la prueba practicada conforme a las reglas de la sana crítica, prueba que se ha limitado a la documental aportada por las partes y unida a su respectivo ramo de prueba y el testimonio del testigo D. .
el perito D.

SEGUNDO.- Se solicita por la parte actora un pronunciamiento judicial por el que se declare la improcedencia del despido con las consecuencias legales correspondientes, así como un pronunciamiento de condena a la empresa al abono de las cantidades dejadas de percibir por el actor en concepto de complemento de mantenimiento de cabina entre los meses de junio de 2011 y marzo de 2012, así como por error en la cuantía relativa a la indemnización por falta de preaviso relativo al despido. Fundamenta el actor su pretensión, en esencia, en la falta de acreditación de la veracidad de las causas objetivas, económicas, técnicas, y organizativas alegadas por la empresa en la carta de despido, así como defectos formales como el error inexcusable en cuanto a la cantidad ofrecida al trabajador en concepto de indemnización, además de la falta de preaviso de 15 días y error en la cantidad ofrecida en tal concepto, inferior a la que debía abonar la empresa, ya referida.

La empresa demandada se opuso a las pretensiones de la actora, alegando, en primer lugar, como cuestión formal, excepción de inadecuación de procedimiento en cuanto a la reclamación del complemento de mantenimiento de cabina, que entiende debió reclamarse a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Se opuso asimismo a la reclamación del complemento de mantenimiento de cabina por entender que no es un complemento retributivo consolidable. En segundo lugar, se mostró disconforme con el salario regulador que entiende debe ser de 20.311,37 euros brutos anuales, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras, conforme a las doce últimas nóminas aportadas a autos. En tercer lugar, en cuanto al error en el cálculo de la indemnización entiende que es excusable en base al salario regulador alegado que entiende es el correcto. Alega asimismo la existencia de una cláusula especial en el contrato de trabajo suscrito entre las partes, celebrado al amparo de la ley 5/2001, por el que en caso de que se estimara la improcedencia, la indemnización correspondiente debería calcularse en base 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades. En cuanto a las razones de fondo del despido causado, entiende que las causas técnicas, organizativas y económicas alegadas en la misma resultan suficientemente acreditadas.

Damos por reproducidas las restantes alegaciones vertidas en el acto de la vista a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

TERCERO.- Comenzando por las cuestiones formales o procesales, en concreto, la excepción de inadecuación de procedimiento respecto a la reclamación del complemento de mantenimiento de cabina, que la empresa entiende debió plantearse por la vía del procedimiento de modificación sustancial de condiciones laborales, no acumulable al de despido. La excepción planteada, entendemos que no debe ser acogida, dado que el actor no podía identificar la falta de abono por la empresa del complemento o plus controvertido como modificación sustancial de las condiciones de trabajo, dado que la propia empresa ninguna de las exigencias formales de las

previstas en el artículo 41 ET a cumplido a la hora de retirar dicho plus, y es que la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, ya ha señalado al respecto que la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 ET, es entonces cuando será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138. En cualquier caso, entrando en el fondo de la reclamación respecto del plus de mantenimiento de cabina, la misma no puede ser acogida dado que la parte a quien incumbe la carga de la prueba, esto es la parte actora, no acredita suficientemente que se trate de un complemento consolidable, o que suponga un derecho adquirido o condición más beneficiosa, siendo insuficiente la acreditación de que el mismo se venía cobrando por el actor hasta junio de 2011, pues ello no implica que la empresa venga obligada a su abono, debemos recordar al respecto la doctrina relativa al concepto doctrinal de la condición más beneficiosa, según la cual, cuando no hubiera constancia documental del pacto de tal condición, la prueba de su efectiva existencia dependerá de que se acredite que hubo realmente voluntad de las partes, y especialmente del empresario, de asumir el correspondiente compromiso contractual, esto es, que concurra la voluntad expresa o tácita de las partes para establecer tal condición o crear tal derecho, así lo viene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 9974], 30 de marzo de 1999 [RJ 1999, 3777]) –dictadas en unificación de doctrina–. En definitiva, para la existencia de una condición más beneficiosa no basta la repetición o persistencia en el tiempo, sino que es preciso que la actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la Ley o en el Convenio; ni es suficiente que el beneficio tenga duración en el tiempo, ni es tampoco precisa la nota de duración o persistencia; lo fundamental es que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho. Habrá un derecho adquirido o condición más beneficiosa «cuando se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo» (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1996[RJ 1996,5761]).

En el presente caso no consta en el acuerdo de condiciones salariales ni en el contrato aplicable al actor, que se trata de un plus consolidable o un derecho adquirido, ni se aporta prueba alguna al respecto por la actora, por lo que debe desestimarse la pretensión.

CUARTO.- En cuanto a los defectos formales alegados relativos a la falta de abono de la cantidad correcta tanto de en concepto de falta de preaviso como de indemnización por despido. Respecto a ésta última, una vez desestimada la pretensión relativa al complemento de mantenimiento de cabina, debemos comenzar por señalar que el salario regulador del actor debe ser el expuesto en el hecho probado primero de la presente, conforme a la media de las cuantías reflejadas en sus últimas doce nóminas. De manera que en lugar de la cantidad ofrecida por la empresa en concepto de indemnización, de 11.873,52 euros (folio 107 de autos), se debió ofrecer al trabajador una cantidad en concepto de indemnización por despido objetivo de 20 días de un total de 13.642,45 euros. Al respecto debemos señalar que el artículo 53 ET establece en relación a la forma y efectos de la extinción por causas objetivas:

“1.La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

a. Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

b. Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades (...).

4.(...) La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan”.

En el presente caso resulta evidente que la diferencia expuesta en cuanto al abono de la indemnización por despido objetivo no se trata ni mucho menos de un error excusable, por lo que por si mismo, dicho incumplimiento por la empresa debe producir la declaración de improcedencia del despido causado.

En el mismo sentido, dado el error de la empresa en el cálculo del salario regulador, la cuantía correspondiente a los 15 días de falta de preaviso, debieron abonarse por un total de 959,25 euros (63,95 x 15 días), frente a los 716,17 euros ofrecidos por la empresa y no aceptados por el trabajador. Más una indemnización del 10% de interés por mora conforme al artículo 29.3 ET con respecto a dicha cantidad pendiente de abono.

QUINTO.- En cuanto a las razones de fondo justificativas del despido y que han sido enunciadas en la propia carta remitida al trabajador, se hace referencia por la empresa a causas de carácter principalmente técnico, y ya en un segundo plano se justifica en causas económicas. El artículo 51.1 ET permite la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose el precepto legal en su redacción vigente al momento de la extinción (dada por la RD Ley 3/2012, de 10 de febrero), 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”.

Las causas técnicas se entiende que concurren “Cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”; las organizativas “Cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal” y las causas productivas “Cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

SEXTO.- El citado precepto permite en tales casos la extinción del contrato sin necesidad de cumplir con los requisitos que se exigen legalmente para el despido colectivo, configurando una extinción cuyas causas, idénticas a las que justifican el despido colectivo, tal como indica la norma, deben ser expresadas y especificadas en la comunicación escrita que se hace al trabajador (art. 53.1 a) ET), y tal será la que deba ser acreditada en caso de que se impugne la decisión, por idénticas razones a las que impiden en un procedimiento por despido alegar causas distintas de las que se

hicieron constar en la carta comunicando aquél. La especificación y prueba de la causa extintiva se convierte así en la cuestión central de este tipo de extinciones puesto que no se trata de una posibilidad confiada a la discrecionalidad del empleador, si bien las exigencias probatorias trasladadas al empresario se han reducido sustancialmente en la reciente reforma producida por el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, entre otras cuestiones, por la sustancial incidencia que ha supuesto la supresión del antiguo párrafo del artículo 51.1 que decía así *“A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir 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”*, supresión que ha supuesto, fundamentalmente, la eliminación de la necesidad de acreditación por la empresa de la razonabilidad de la decisión extintiva, simplificando y objetivando en una importante medida la acreditación por la empresa de las razones justificativas de su decisión, y acotando la valoración de la prueba por el juzgador.

SEPTIMO.- Con carácter previo a la reforma, la jurisprudencia sobre amortización de puestos de trabajo como causa de extinción del contrato (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de junio de 1996), ha venido exigiendo una serie de requisitos a partir de la literalidad del precepto legal para poder apreciar la procedencia de aquélla. Y así, en primer término, es precisa la existencia de factores que inciden desfavorablemente en la rentabilidad de la empresa (si la causa es económica) o en eficiente asignación de recursos (si la causa es técnica, organizativa o de producción), siendo carga del empleador identificar y acreditar tales factores como desencadenantes de la extinción. No basta, sin embargo, con acreditar una realidad negativa en términos económicos o de ineficaz asignación de los recursos humanos, sino que puesto que estamos ante una extinción causal y orientada a la consecución de un resultado, se precisa en segundo lugar, que la extinción forme parte de un conjunto de medidas orientadas globalmente a superar las dificultades probadas en primer término, encaminadas en este caso a obtener el equilibrio organizativo que permita el buen funcionamiento de la empresa, si bien no resulta necesario ya, con la nueva redacción, acreditar que la decisión extintiva contribuya a la superación de una ineficiente organización del trabajo, de manera que sea posible establecer una relación adecuada y proporcional (razonable, en los términos de la antigua redacción) entre el objetivo perseguido y la amortización del puesto de trabajo.

En el presente caso, en lo que se refiere a las causas económicas, exclusivamente, las cuales se alegan por la empresa con carácter subsidiario o secundario a la principal causa, la técnica, entendemos que de la prueba practicada no se desprenden las conclusiones relativas a la situación actual de pérdidas y resultados negativos de la explotación que alega la empresa en la carta de despido. En ella se habla tanto de los resultados de la empresa demandada como del Grupo compuesto por la empresa matriz o dominante del Grupo, denominada y las restantes empresas de ella dependientes. Si acudimos a la prueba documental, que entendemos debe valorarse como la verdaderamente objetiva y la que certifique las afirmaciones respecto a la causa económica que se alegan en la carta de despido, podemos observar que se aportan por la empresa toda una serie de documentos que constituyen prueba unilateralmente confeccionada por la empresa, no objetiva, reduciéndose la documental relativa a las cuentas anuales auditadas, que entendemos que debe ser la tenida en cuenta a efectos probatorios, a los documentos 30 a 34 del ramo de prueba de la parte demandada, los cuales se dan por reproducidas en el relato de hechos probados. Pues bien dicha documental, consiste en las cuentas anuales auditadas de los ejercicios 2009 a 2011 relativos a la demandada y las cuentas anuales de los ejercicios 2009 y 2010 del grupo de

empresas, sin embargo, no se nos aporta prueba objetiva alguna del grupo de empresas correspondiente al ejercicio 2011, concepto éste al que la propia demandada alude en la prueba documental y en la carta. La restante prueba aportada son previsiones, valoraciones o datos confeccionados a instancia de parte que no pueden ser tenidos en cuenta por este juzgador. Pero, es que además de la remarcable ausencia de la documental relativa a los resultados del grupo correspondientes al año 2011, si acudimos a los resultados del 2010 y 2009, podemos observar como lejos de existir un descenso del volumen de negocio o resultados negativos de los referidos ejercicios, al contrario, se observa un aumento del importe neto de la cifra de negocios, y los resultados del ejercicio 2010 son de unos beneficios mayores con respecto a los beneficios obtenidos en el 2009 (folios 1509 a 1511), y en cambio, como ya hemos manifestado, nada podemos valorar respecto del ejercicio 2011. Lo expuesto nos debe llevar a la conclusión de que si bien los resultados de la empresa demandada concuerdan con lo manifestado en la carta, no se corresponden, sin embargo, con las relativas a los dos ejercicios aportados respecto del Grupo y resulta evidente que es a estos últimos datos económicos del conjunto del Grupo, a los que debe estarse a fin de valorar la prueba relativa a la acreditación por la empresa de las causas económicas alegadas, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las causas técnicas, organizativas y productivas en las que debe estarse al centro de trabajo o la empresa concreta del grupo, en dicho sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (*sentencia de 14 de mayo de 1998, RCU 3539/1997, entre otras*). Y resulta que en el presente caso, los datos acreditados del grupo (ejercicios 2009 y 2010) distan de ser negativos. Por todo ello, debemos concluir en la falta de acreditación de las causas económicas alegadas.

OCTAVO.- En lo referente a la causa principal alegada por la empresa, las causas técnicas o tecnológicas, quizá también, se podrían incluir las organizativas, el Alto Tribunal, en sentencias como la de fecha 23-01-2008, mantiene que, como ya se indicaba en sus previas sentencias de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006\7694) (rec.725/05), 31 de mayo de 2006 (RJ 2006\3971) (rec. 49/05) y 11 de octubre de 2006 (RJ 2006\7668) (rec. 3148/04), en relación a las "causas técnicas, organizativas o de producción" justificativas del despido, es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad. En el momento del despido los problemas de gestión o pérdidas de eficiencia han de ser perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticos. Caracteriza, por tanto, al supuesto de hecho del art. 52.c. del ET que la amortización del puesto de trabajo que justifica el despido es la que responde o reacciona frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas, y no la que resulta de otros proyectos, iniciativas o anticipaciones del empresario, que podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión (STS 17-5-2005 [RJ 2005\9696], rec. 2363/2004), pero no el despido objetivo por causas empresariales. La indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia se mantiene, como ha declarado esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS 30-9-1998 [RJ 1998\7586] , rec. 7586 [sic] y STS 21-7-2003 [RJ 2003\7165] , rec. 4454/2002), en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales. Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en la redacción de la Ley 11/1994 (RCL 1994\1422, 1651) (vigente cuando se dictó la STS 30-9-98 , citada), a partir de la modificación del art. 52.c. ET establecida en la Ley 63/1997 (RCL 1997\3086) , las "dificultades" que justificaban la modalidad de despido descrita en el mismo no necesitaban ser de tal entidad que pusieran en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma. Basta, como se dice literalmente en la redacción actual del precepto, con que "impidan" su "buen funcionamiento", refiriendo éste bien a las "exigencias de la demanda", bien a la "posición competitiva en el mercado". La primera expresión alude a lo que la propia Ley llama "causas

productivas", que surgen "en la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado", mientras que la segunda apunta indistintamente a las "causas técnicas", relativas a los "medios o instrumentos de producción" y a las "causas organizativas", que surgen "en la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal" (STS 14-6-1996 [RJ 1996\5162] , rec. 3099)".

En el presente caso ha resultado acreditada por la empresa una importante inversión en la sustitución de los medios técnicos de carácter analógico de reproducción de películas, por medios técnicos digitales, más eficientes estos respecto de los primeros en cuanto a que requieren menos medios personales para su puesta en marcha y en definitiva para la reproducción de películas. Es notorio también que la demandada ha procedido a implantar en la mayor parte de sus salas de cines las técnicas digitales, al igual que resulta también acreditado que el cambio tecnológico realizado mediante el proceso de digitalización viene motivado por el hecho públicamente conocido de que los medios de reproducción analógicos han quedado obsoletos con motivo de la reciente decisión consensuada adoptada principalmente entre las grandes distribuidoras cinematográficas mundiales, y que a su vez ha venido impuesta por éstas al resto de la industria cinematográfica.

Pese a lo expuesto, no obstante, no es posible apreciar la legitimidad de la medida acordada pues no ha resultado acreditado que el hecho de que la reproducción analógica haya quedado obsoleta, o que el hecho de que se haya adoptado por la empresa la determinación de afrontar una importante inversión con respecto al proceso de digitalización en todas sus salas de cine, justifique o fundamente la necesidad de la amortización del puesto de trabajo del actor, en tanto que la renovación y actualización de los elementos productivos de toda empresa se configura como una medida consustancial a su propia existencia y evolución, sin que de ello se pueda inferir directamente la necesidad de amortización de puestos de trabajo, en función de una supuesta mejora de la posición de competitividad en el mercado, en tanto que, siempre y en todo caso, será preciso demostrar la efectiva existencia de dificultades reales, actualizadas y acreditadas, impeditivas del buen funcionamiento de la empresa, que vendrían a ser solventadas, en mayor o menor medida a través del despido acordado. Acreditación que desde luego no acontece en el caso que nos ocupa, en el que la demandada no ha demostrado la existencia de dificultades reales, afectantes a su buen funcionamiento, a las manifestaciones vertidas anteriormente en relación a la situación económica negativa de la empresa nos remitimos ante la falta de acreditación de los resultados negativos. Mas bien parece que la empresa demandada lo que ha hecho es anticiparse mediante una importante inversión en nuevos medios técnicos a fin de evitar futuras pérdidas de competitividad en el mercado, pero no se han acreditado pérdidas actuales o una situación negativa actual. La empresa es cierto que ha necesitado una importante renovación de medios tecnológicos, pero ello no tiene porque justificar el despido de trabajadores, no se ha acreditado una relación directa entre la inversión y la amortización causada que acredite la necesidad de ésta última. Por el simple hecho de que las funciones que los técnicos de cabina venían realizando se hayan sustituido por medios técnicos más eficientes y modernos no se justifica una medida extintiva. Pero es más, a fin de reforzar las anteriores alegaciones, debemos atender a lo dispuesto en el hecho probado octavo de la presente, en el que se hace referencia al acuerdo alcanzado en el ámbito de un conflicto de huelga en la Comunidad de Madrid, en el que empresa y trabajadores llegaron a un acuerdo de reincorporación y ubicación del personal operador de cabina en un nuevo puesto de trabajo denominado "Responsable Técnico de Proyección Digital". Si bien el referido acuerdo no tiene eficacia en el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca, lo cierto es que resulta un elemento de prueba determinante de la falta de justificación del despido del actor, ya que revela el hecho de que el

proceso de digitalización no necesariamente requiere de la extinción o amortización de los puestos de los operadores de cabina, pues la empresa ha llegado, en iguales supuesto que el de autos, a soluciones distintas sin adoptar la más grave para el trabajador. En definitiva, la falta de acreditación por la parte a quien la carga de la prueba corresponde (artículo 217 LEC) de la existencia de una situación económica negativa del Grupo , como consecuencia de la precariedad de los medios técnicos cuya renovación se ha llevado a cabo con carácter previo al despido del actor, nos debe llevar a la desestimación de la causa de extinción por razones técnicas alegada por la empresa.

NOVENO.- Declarada la improcedencia del despido producido el 30 de marzo de 2012, procede ahora determinar los efectos legales y económicos de tal declaración, para ello hemos de tener en cuenta que a la fecha del despido ya se encontraba en vigor el Real Decreto Ley 3/12, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (conforme a su Disposición Final Decimosexta entró en vigor el 12 de febrero de 2012) lo que obliga por razones temporales a aplicar la redacción modificada del artículo 56 ET en materia de consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia y que resulta ser la siguiente:

“1.- Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario en el plazo de cinco días desde la notificación de la Sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2.- En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a la Sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”.

La modificación legal debe, por lo demás, aplicarse en relación con la Disposición Transitoria Quinta de la misma norma, relativa a las indemnizaciones por despido improcedente, conforme a la cual y respecto a los contratos de trabajo suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de aquella, como es el caso, tal indemnización se calculará “A razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios *posterior*”, siempre que el importe indemnizatorio resultante de su suma no supere los 720 días de salario, en cuyo caso procede aplicar el sistema de límites contenido en aquella Disposición. Si bien en el presente caso, como ya hemos manifestado anteriormente, deben entrar en juegos las cláusulas séptima y octava relativas al contrato de trabajo suscrito entre las partes, en virtud de las cuales procede la aplicación, en cuanto al cálculo de la indemnización, de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades.

DECIMO.- Teniendo presente el tiempo de prestación de servicios del demandante, desde el 1 de agosto de 2001 hasta el 30 de marzo de 2012, teniendo en cuenta el salario regulador fijado en el hecho probado primero de la presente, que asciende a 63,95 euros, y que ha sido calculado partiendo del salario bruto anual declarado probado, conforme al criterio de la jurisprudencia

unificada (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2005, recurso número 2513/04, o de 30 de junio de 2008, recurso número 2639/07), en el sentido de que aquel cálculo debe realizarse a partir del salario anual dividido entre 365 días. Tras declarar la improcedencia del despido producido el 4 de mayo de 2012, debemos condenar a la demandada a que readmita al demandante en su puesto de trabajo o le abone la cantidad de **22.510,40 euros** en concepto de indemnización. Opción ésta que la empresa deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta Sentencia, mediante escrito o comparecencia en el Juzgado, advirtiendo a las partes que de no realizarla se entenderá que procede la primera, con abono en caso de readmisión de los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de esta Sentencia, a razón de un salario diario de **63,95 euros**.

DECIMOPRIMERO.- Contra la presente resolución cabe recurso de suplicación, conforme al artículo 191.3.a) de la Ley de Jurisdicción Social.

FALLO

Que **ESTIMANDO** la demanda formulada por D. _____ contra la empresa _____ y el FOGASA, debo declarar la improcedencia del despido causado en fecha 30 de marzo de 2012, condenando a la empresa demandada a que readmita al demandante en su puesto de trabajo, o le abone la cantidad de **VEINTIDOS MIL QUINIENTOS DIEZ CON CUARENTA (22.510,40) EUROS** en concepto de indemnización; opción que la empresa deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta Sentencia, mediante escrito o comparecencia en el Juzgado, advirtiendo a las partes que de no realizarla se entenderá que procede la primera, con abono en caso de readmisión de los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de esta Sentencia, a razón de un salario diario de **63,95 euros**. Debiendo el FOGASA estar y pasar por tal declaración.

Asimismo, debo condenar a la empresa a abonar al trabajador la cantidad de **NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE CON VEINTICINCO (959,25) EUROS** por falta de abono de los 15 días de preaviso, así como al abono de una indemnización por mora consistente en los intereses por retraso en el pago de dichas cantidades al tipo del 10% anual (art. 29.3 ET) desde el momento en que debió ser abonada hasta la fecha de la presente. Debiendo el FOGASA estar y pasar por tal declaración.

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, debiendo ser anunciado tal propósito mediante comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, debiendo designar Letrado o graduado social para su formalización.

Para recurrir la demandada deberá ingresar en la cuenta nº 0017 0000 36 034912 del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), la cantidad líquida importe de la condena, sin cuyo requisito no podrá tenerse por anunciado el recurso. Dicha consignación puede sustituirse por aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en la forma dispuesta en el artículo 230 de la LJS.

Asimismo, el que sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación deberá ingresar en la misma cuenta corriente, la cantidad de 300 euros en concepto de depósito para recurso de suplicación, debiendo presentar el correspondiente resguardo en la Oficina judicial de este Juzgado al tiempo de anunciar el recurso.

Están exentos de constituir el depósito y la consignación indicada las personas y entidades comprendidas en el apartado 4 del artículo 229 de la LJS.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.