



Roj: **STSJ CANT 748/2014 - ECLI: ES:TSJCANT:2014:748**

Id Cendoj: **39075340012014100493**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **31/07/2014**

Nº de Recurso: **508/2014**

Nº de Resolución: **602/2014**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **ELENA PEREZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000602/2014

En Santander, a 31 de julio de 2014.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

MAGISTRADAS

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ (PONENTE)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por Mantenimiento de Infraestructuras, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Seis de Santander, ha sido nombrada Ponente la Ilma.Sra.D^a. ELENA PEREZ PEREZ quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D. Eulogio , siendo demandado Mantenimiento de Infraestructuras S.A., y Fogasa, sobre Despido, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 16 de Abril de 2014 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- El actor, D. Eulogio , ha venido prestando sus servicios profesionales para la empresa demandada, MATINSA, MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A, con antigüedad desde el 13 de abril de 1998, ostentando la categoría profesional de Oficial 1ª (Conductor), y salario diario, con prorrata de pagas extraordinarias, de 52,25 .

2º.- A las relaciones laborales de las empresas demandadas les resulta de aplicación el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Cantabria y el V Convenio Colectivo del sector de la construcción.

3º.- Hasta el 26 de noviembre de 2013, el actor prestó sus servicios profesionales para la empresa GRUPO ELSAMEX, y con fecha de 27 de noviembre de 2013, la empresa demandada MATINSA comunicó al actor lo siguiente:

"Mediante la presente, ponemos en su conocimiento que la empresa Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. se hará cargo a partir del día 27 de Noviembre de 2013 del contrato con clave 51-S-0601 relativo a la explotación del servicio: Ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en las carreteras. A-67, del punto



kilométrico 179,750 al 205,000; S-10, del punto kilométrico 0,000 al 13,341; A-8, del punto kilométrico 198,000 al 199,994; A-8, del punto kilométrico 199,994 al 227,000; A-8, del punto kilométrico 227,000 al 231,750; S-20, del punto kilométrico 0,000 al 5,393; S-30, del punto kilométrico 0,000 al 14,740; N-611, del punto kilométrico 186,950 al 208,894; N-623, del punto kilométrico 92,958 al 152,420; N-635, del punto kilométrico 7,200 al 12,040; N-636, del punto kilométrico 0,000 al 0,480 y N-634, del punto kilométrico 199,471 al 227,000. Provincia de Cantabria.

Por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 27 del Convenio General del Sector de la Construcción vigente, le comunicamos que Mantenimiento de Infraestructuras, S.A., se subroga con fecha de efectos del día 27 de Noviembre de 2013 en el contrato de trabajo que usted tenía suscrito con ELSAMEX, S.A., respetándosele los derechos y obligaciones generados por dicho contrato entendiéndose que su centro de trabajo es itinerante al prestarse los servicios en los tramos de carreteras aunque su base de operaciones radique en un punto fijo.

Por último le informamos que su relación laboral con su nueva empresa (MATINSA) seguirá rigiéndose por el Convenio Colectivo de la Construcción de Cantabria"

4º.- Mediante carta de fecha 10 de diciembre de 2013, la empresa demandada comunicó al actor su despido:

"Por medio de la presente, vengo a notificarle la decisión de esta empresa de proceder a la rescisión de su contrato de trabajo por causas objetivas al amparo del Art. 51 c) del Estatuto de los trabajadores con fecha de efectos del día de hoy al amparo de los siguientes:

MOTIVOS

Situación general del sector de la construcción

Un indicador claro de la situación en el sector de la construcción es la evolución del número de visados de obra. Indicador impactado desde el comienzo de la crisis, que aún en 2013, continúan bajando con respecto a 2012 (-17% y -9% respectivamente).

El número de visados de obra no residencial ha disminuido entre el año 2010 y el año 2013 un 45%, mientras que los visados de vivienda residencial han caído 59% desde el año 2010.

Asimismo, unos indicadores claros de la situación del sector de la construcción son las transacciones de vivienda nueva y las licitaciones (numero de licitaciones, tipo de administración pública licitadora y tipo de obra a licitación).

El número de transacciones de vivienda nueva entre 2010 y 2013 se reduce más de un 80% entre 2010 y las previsiones para el año 2013, sufriendo asimismo un decrecimiento de casi un 45% entre el año 2012 y la previsión para el año 2013.

Analizando los primeros semestres de los años 2010, 2011, 2012 y 2013, las licitaciones en España se han reducido en un 66%, más de la mitad, Bien es cierto que entre 2012 y 2013 se incrementa un 10% sobre 2012 pero las previsiones no estabilizan el crecimiento.

En lo que se refiere a la conservación de carreteras según los datos del Ministerio de Fomento las partidas destinadas a este capítulo han disminuido entre el año 2011 al año 2013 un 24,61% al pasar de una partida de entorno a 1.085 millones de euros en 2011 a 818 millones en el 2013 siendo que las previsiones en el año 2014 son de estancamiento.

Estos datos hacen que la competencia en las empresas del sector de la construcción dedicadas a la conservación y mantenimiento de carreteras en particular, sea muy intensa el afán de obtener contratos con la Administración Pública no siendo esta empresa ajena a esta situación.

De lo anterior se deriva, que cada uno de los contratos de los que sea adjudicataria la empresa ha de velar por mantener un alto nivel de eficiencia para lo cual no resulta posible mantener estructuras organizativas que contengan duplicidades de puestos de trabajo o ineficiencias en procesos que a la postre hagan poco rentable la contrata, o incluso de pérdidas, lo que propiciaría situar peor posición a MATINSA frente a sus competidoras.

Antecedentes y situación actual de la contrata.

El contrato para la Administración Pública para el que usted presta sus servicios es el denominado 51-S-0601 con un presupuesto de licitación anual total de 4.925.925,04 euros. Dicho contrato resulta de la unificación de los dos contratos anteriores, el denominado 51-S-0502 con un presupuesto de licitación anual total de 3.795.063,82 euros y el denominado 51-S- 0402 con un presupuesto de licitación anual total de 3.137.680,98 euros.



De lo anterior podemos concluir, que MATINSA por el mismo servicio que existía anteriormente tiene presupuestado cerca de un 28,95 % menos al pasar de un presupuesto de licitación anual de 6.932.744,80 euros a 4.925.925,04 euros.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que, fruto de la fusión de dos contratos, nos encontramos con duplicidades de puestos de trabajo que pasamos a desglosar a continuación:

En la Dirección Técnica de la obra: anteriormente había 2 ingenieros técnicos por cada contrato anterior siendo necesarios para esta explotación únicamente dos ingenieros.

En cuanto al personal administrativo: había un administrativo por cada contrato anterior siendo necesario solamente uno en la actual explotación.

En cuanto al personal de comunicaciones y control de túneles: anteriormente había un equipo por cada contrato con un total de nueve personas siendo necesario solamente un equipo de un total de cinco personas en la actual explotación.

En cuanto al personal de vigilancia: eran dos equipos de vigilancia con un total de nueve personas en los anteriores contratos necesitándose en la actual explotación un solo equipo formado por cinco personas.

Conclusiones

De todo lo anteriormente dicho, se puede concluir que estamos ante una situación de alta competencia en el sector debido a las sucesivas bajadas de las partidas presupuestarias destinadas al mantenimiento de carreteras del que no escapa el contrato para el que usted presta servicios.

Esto hace la imposibilidad de sostener situaciones de ineficiencias por duplicidades de puestos si la empresa quiere poder competir en el mercado.

Por este mismo motivo, la empresa considera indispensable para el sostenimiento y viabilidad de la contrata amortizar los once puestos de trabajo siguientes:

- Dos ingenieros técnicos de la Dirección Técnica
- Un administrativo
- Cuatro personas pertenecientes al área de comunicaciones y control de túneles
- Cuatro personas pertenecientes al área de vigilancia.

Así consideramos que existe causa bastante para proceder a realizar las extinciones de los contratos de trabajo relativos a los puestos de trabajo antedichos al amparo del Art. 51 c) del Estatuto de los Trabajadores por razones organizativas.

Habida cuenta de lo anterior, esta mercantil ha procedido, desde que empezó a prestar servicios en este contrato el 27 de noviembre de 2013, a realizar un estudio de cada una de las personas que trabajan en esta explotación de carácter objetivo poniendo en valor su perfil psicotécnico, su nivel de desempeño con la anterior adjudicataria del servicio y toda su trayectoria profesional anterior y aptitudes.

Pues bien, del estudio anteriormente expuesto se desprende que usted ha obtenido una puntuación total de 6,90 sobre 20 siendo la puntuación media de las personas del área donde presta servicios de 11,16.

Entendemos, por lo tanto, que existen otras personas que han demostrado un mayor grado de desempeño y competencias que usted. Siendo que estos dos factores resultan fundamentales de cara a la viabilidad de la contrata y satisfacción final del cliente que nos harán tener, a la postre, una mejor situación en un mercado tan competitivo como este.

Habida cuenta de lo anterior, se hace necesario proceder a amortizar su puesto de trabajo de OFICIAL 1ª con fecha de efectos del día de hoy cumpliendo expresado Art. 52 c) de la RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los trabajadores respecto a las causas productivas motivadoras de la extinción de su contrato.

En cumplimiento del Art. 53.1 b) del Estatuto de los trabajadores ponemos a su disposición en este acto de la cantidad de DIECISÉIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS NETOS (16.373,3 netos) en concepto de indemnización calculada a razón de 20 días por año de servicio con un tope de 12 mensualidades. Cantidad que se hace efectiva mediante la puesta a su disposición de talón nominativo cuya copia se adjunta a la presente comunicación como documento 1 por el citado importe.

Con independencia y al margen de lo anterior, le informamos que tiene a su disposición la liquidación correspondiente a la totalidad de los emolumentos devengados hasta la fecha de finalización su contrato que



ascienden a la cantidad de MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMO NETOS (1.446,81 netos) según desglose que se adjunta a la presente carta como documento 2.

Dicha liquidación incluye quince días de salario que coinciden con dos días de salario por falta de preaviso a los que se refiere el Art. 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente le informamos que la falta de preaviso no determina la improcedencia de la presente extinción tal y como especifica el Art. 53.4 c) del Estatuto.

La cantidad, tanto de liquidación como de días de salario por falta de preaviso, se hace efectiva mediante la puesta a su disposición, en este acto, de talón nominativo cuya copia se adjunta a la presente comunicación como documento 3 por el citado importe."

5º.- Consta en las actuaciones y se da por reproducido el Pliego de Prescripciones Técnicas con clave 51-S-402, de fecha 8 de septiembre de 2008, del Ministerio de Fomento, para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en las carreteras de Cantabria, Sector S-4.

El personal mínimo previsto en el Pliego de Condiciones era de 29 trabajadores, y el presupuesto general de ejecución material de 6.819.069,07 (8.114.692,19, computando el 13% de gastos generales y 6% de beneficio industrial, y 9.413.042,94, computando el IVA).

Dicho contrato fue adjudicado a la empresa GRUPO ELSAMEX

6º.- Asimismo, consta en las actuaciones y se da por reproducido el Pliego de Prescripciones Técnicas con clave 51-S- 502, de fecha 14 de febrero de 2008, del Ministerio de Fomento, para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en las carreteras de Cantabria.

El personal mínimo previsto en el Pliego de Condiciones era de 26 trabajadores, y el presupuesto general de ejecución material de 5.498.498,71 (6.543.213,48, computando el 13% de gastos generales y 6% de beneficio industrial, y 7.590.127,64, computando el IVA).

Dicho contrato fue adjudicado a la empresa UTE CONSERVACIÓN CANTABRIA (ALVAC-API MOVILIDAD).

7º.- El Pliego de Prescripciones Técnicas con clave 51-S-0601, de fecha 6 de septiembre de 2012, del Ministerio de Fomento, para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en las carreteras de Cantabria, Sector S-6, incluye las carreteras de los dos pliegos anteriores, habiendo resultado adjudicataria de del contrato de prestación de dichos servicios de conservación y explotación de carreteras la empresa demandada, MATINSA.

El precio del contrato, IVA incluido, es de 11.989.701,54.

En el Pliego de Prescripciones Técnicas, dentro del apartado A) Equipo humano se expresaba:

"Personal general fijo mínimo para todas las operaciones del contrato:

- 1 Jefe COEX
- 1 Jefe de Operaciones
- 1 Encargado
- 1 Auxiliar Administrativo
- 1 Auxiliar Técnico (Técnico Coex e Informático)

Personal fijo mínimo con dedicación EXCLUSIVA para operaciones del Grupo I:

El equipo mínimo para las operaciones del grupo I del contrato es el siguiente:

Dedicación completa:

- 5 Oficiales 1ª (atención del centro de control de túneles, con formación específica en la materia)
- 5 Oficiales 1ª (vigilancia)
- 1 Ingeniero de Telecomunicaciones ó Industrial con titulación superior ó técnica (mantenimiento de instalaciones).
- 1 Licenciado en Derecho (apoyo a la explotación)
- 1 Capataz (atención de incidencias; conductor con carné de camión)
- 7 Oficiales 1ª (atención a incidencias; conductores con carné de camión, dos de ellos electricistas y 2 estarán en posesión del carné de aplicador de productos fitosanitarios).



Resto de personal fijo mínimo:

Además del personal exclusivo del Grupo I, cuya función es ejecutar las operaciones de dicho Grupo, se dispondrá en el contrato del siguiente personal mínimo, cuya función es la ejecución de operaciones del Grupo I cuando sea necesario y con carácter prioritario si bien sin dedicación exclusiva a dicho Grupo, las del Grupo II y las del Grupo III que no resulten de trabajos efectuados por personal exclusivo del Grupo I, de acuerdo con el Pliego:

Vialidad Invernal:

- 7 oficiales 1ª (Conductores, con carné de camión)

Resto de personal:

- 2 Peones especializados (atención a incidencias)

- 1 Oficial 1ª electricista (mantenimiento de túneles, conductor con carné de camión)

- 1 Oficial 1ª electricista (mantenimiento de alumbrado público; conductor con carné de camión)

- 2 Oficiales 2ª (apoyo a la explotación)."

8º.- La empresa demandada se subrogó en 29 trabajadores de la empresa ALVAC S.A Y API MOVILIDAD UTE, y 26 trabajadores de la empresa ELSAMEX S.A, habiendo procedido al despido de once de ellos.

La plantilla total de la empresa MATINSA es de 870 trabajadores.

9º.- Para la selección de los trabajadores que fueron despedidos, la empresa demandada, a través de la empresa PSICOSOFT, sometió a los mismos a una evaluación, y el actor obtuvo una puntuación inferior a la media del grupo Operarios de carreteras.

10º.- La empresa ELSAMEX, en el año anterior a la subrogación de su plantilla por la empresa demandada, estuvo en situación de ERE suspensivo de las relaciones laborales.

Hasta dicho ERE, los servicios de vigilancia derivados del contrato suscrito con el Ministerio de Fomento eran prestados por una empresa de servicios auxiliares, denominada ENTIDAD PATRIMONIAL.

Durante el ERE, la plantilla de ELSAMEX asumió las labores de vigilancia, junto con las que realizaban anteriormente.

11º.- Con fecha de 13 de abril de 1998, el actor suscribió con la empresa DRAGECON UTE, anterior adjudicataria del servicio de conservación de carreteras de Cantabria, un contrato de trabajo, para prestar los servicios propios de la categoría profesional de Oficial 1ª Conductor. La empresa ELSAMEX, con fecha de 10 de septiembre de 2004, se subrogó en la relación laboral del actor, haciendo constar como categoría profesional del mismo, la de Oficial Primera de Oficio. Consta en las actuaciones el documento de subrogación, que se da por reproducido.

12º.- Consta en las actuaciones el carnet de conducir del actor, con los permisos de conducción en vigor.

13º.- Con anterioridad a la subrogación llevada a cabo por la empresa demandada, el actor conducía el vehículo que transportaba a sus compañeros para la realización de obras de mantenimiento de las carreteras objeto de la contrata, y realizaba, asimismo, junto con los mismos, las referidas obras.

Asimismo, el actor conducía maquinaria pesada de la empresa, en especial, un camión quitanieves y una barredora.

En el último año, durante el ERE, el actor, junto con el resto de la plantilla de ELSAMEX realizó funciones de vigilancia de la carretera, así como limpieza, colocación de biondas, limpieza de arquetas...

14º.- El actor no ostenta cargo de representación legal o sindical.

15º.- Con fecha de 13 de enero de 2014 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el ORECLA, que se cerró Sin Avenencia.

TERCERO.- Que en dicha sentencia se dicto el siguiente Fallo o parte Dispositiva: "Estimo la demanda presentada por D. Eulogio frente a la empresa MATINSA, MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A, y en consecuencia, declaro improcedente el despido del actor de fecha 10 de diciembre de 2013, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte, a su elección, entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones en que se encontraba con anterioridad al despido, o bien, a abonarle una indemnización de



35.705,93 , de cuyo importe deberá descontarse lo ya percibido por el actor en concepto de indemnización, que asciende 16.373,3 .

Si la empresa demandada opta por la readmisión, se devengarán salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la efectiva readmisión.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

La opción prevista en el párrafo anterior deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo de cinco días desde la notificación de esta Sentencia, sin perjuicio del recurso que contra esta se pueda interponer."

CUARTO.- Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte demandada formula recurso frente a la sentencia de instancia, que ha estimado la demanda formulada de contrario, declarando la improcedencia del despido del actor.

En el recurso articula seis motivos.

En los cinco primeros, con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 LRJS , insta la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida.

En el sexto, con fundamento procesal en el apartado c) del mismo artículo 193 LRJS , denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 52.c) y 51 del Estatuto de los Trabajadores .

SEGUNDO .-La primera revisión que solicita afecta al contenido del hecho probado primero, para el que solicita que se suprima la mención de que el actor era "conductor".

Fundamenta esta pretensión en el contenido de los folios nº 74 a 76, que son nóminas.

Folio nº 77, que es un escrito sellado por la Oficina de Empleo el 20-0-2004.

Folios nº 80 a 82, que son nóminas de la empresa Elsamex y en los folios nº 84, 85, 95 y 96, que recogen las nóminas de la empresa MATINSA.

Realmente, lo que alega es que ningún documento avala la conclusión alcanzada en la sentencia de instancia, respecto a las funciones de conductor, que atribuye al actor.

Se trata, por lo tanto, de poner de manifiesto un error de interpretación, con base en una alegación negativa de prueba. Esto no se puede admitir. Afirmar que los hechos declarados probados en la sentencia carecen de la oportuna prueba, equivaldría a desconocer las facultades de la juzgadora de instancia en materia de valoración probatoria, así como los límites del recurso extraordinario de suplicación (SSTS 19-2-1991 y 9-7-1990 , entre otras).

Además, en el presente supuesto, la conclusión alcanzada deriva de la interpretación de la prueba documental aportada, junto a la testifical (Sr. Camilo) y la recurrente no alega prueba documental fehaciente, que permita desvirtuarla, en adecuada forma, no siendo aceptable sustituir la valoración probatoria efectuada por la Magistrada de instancia, por un juicio valorativo y subjetivo de la propia parte interesada (SSTS 16-5-1985 y 5-6-1995 , entre otras).

En segundo lugar, interesa la revisión del contenido del ordinal octavo, par el que propone incluir el siguiente texto:"El trabajador demandante fue subrogado por MATINSA, por parte de la empresa ELSAMEX, S.A., dentro de un conjunto de hasta 26 trabajadores, con categorías distintas, y el demandante, Sr. Eulogio , fue incluido en los cuadrantes para la subrogación con el nivel o categoría de Oficial de 1ª".

Basa esta pretensión en el contenido de los documentos que obran unidos a los folios nº 318 y 324, que son documentos elaborados unilateralmente por la parte y como tales, carecen de virtualidad para acreditar la circunstancia que se pretende.

En tercer lugar, solicita la modificación del hecho probado duodécimo, para incluir en el mismo, el siguiente contenido: "En el permiso de conducción del demandante, figura que el carnet de clase B, lo obtuvo el 21 de marzo de 1985 y el de las clases C1, BE, BTP y el C1E, el 14 de enero de 1987, el de las clases C, D1, D y el CE, el 21 de mayo de 1993, y los más recientes D1E y DE, el 27 de junio de 1997, es decir, todos ellos anteriores a



la fecha del 13 de abril de 1998, que es cuando inició la prestación de sus servicios laborales para GRAGECON UTE".

Tampoco esta pretensión puede prosperar, al carecer de relevancia la fecha en la que el demandante obtuvo los correspondientes permisos de conducir. El recurrente se basa en dos fotocopias (folios nº 86 y 87) y a partir de ellas elabora una conclusión, que en nada afecta al contenido del fallo.

Luego interesa la rectificación del hecho probado decimotercero, para suprimir el segundo párrafo, en donde consta: "Así mismo, el actor conducía maquinaria pesada de la empresa, en especial un camión quitanieves y una barredora". Solicita además, la supresión del siguiente texto, incluido en el párrafo primero del referido hecho probado: "Con anterioridad a la subrogación llevada a cabo por la empresa demandada, el actor conducía el vehículo que transportaba a sus compañeros para la realización de obras de mantenimiento de las carreteras objeto de la contrata".

Fundamenta esta pretensión en el contenido de los documentos unidos a los folios nº 98 a 114. Se trata de los partes de operaciones. Es una documental no fehaciente, que no puede desvirtuar la valoración judicial de la prueba, realizada de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 97 LRJS . Esto es, mediante la conjunta apreciación del resultado de las pruebas testifical y documental, por lo que no puede prosperar.

Por último, interesa la adición de un hecho probado nuevo con el siguiente tenor:" En el Pliego de Prescripciones Técnicas de 6 de septiembre de 2012, del Ministerio de Fomento, con referencia/clave 51-S-0601, para la ejecución de diversas operaciones de conservación-explotación en carreteras y autovías del Sector S-06 en Cantabria, del que luego resultaría adjudicataria MATINSA, a partir del 27 de noviembre de 2013, se reseñó como equipo humano que, a dedicación completa, tendría que haber 7 Oficiales de 1ª, para atención a incidencias, Conductores con carnet de camión, 2 de ellos electricistas, y 2 en posesión de carnet de aplicador de productos fitosanitarios, en tanto que, a MATINSA, le llegaron por subrogación de trabajadores provenientes de ELSAMEX y UTE ALVAC-API, hasta un total de 20 operarios conductores de camión, con lo cual se produjo una duplicidad sobrada de este puesto de trabajo".

Tampoco esta pretensión puede prosperar, al resultar intrascendente, toda vez que el hecho probado séptimo ya hace alusión al referido pliego de condiciones técnicas, lo que determina que su contenido deba entenderse integrado en la sentencia recurrida.

En definitiva, ninguna de las revisiones fácticas solicitadas puede ser acogida.

TERCERO .- En el motivo de infracción jurídica alega que la concurrencia de las causas organizativas alegadas es indiscutida. Por ello, justificada la causa, entiende que no cabe declarar la improcedencia del despido, por cuanto se ha probado que el actor realizaba servicios de vigilancia, por lo que estaría incluido entre los puestos de trabajo a amortizar.

En primer lugar, por razones de coherencia, hemos de partir de lo resuelto en la previa sentencia de esta Sala, de fecha 15-7- 2014 (Rec. 445/2014), que abordó la cuestión relativa a la acreditación de la causa organizativa, alegada por la empresa.

En aquel supuesto, el actor era un trabajador con categoría profesional de oficial de 1ª, que había comenzado su prestación de servicios para la empresa Tebycon S.A., pasando luego, sin solución de continuidad y por subrogación empresarial, a la empresa MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS, S.A. el 17 de diciembre de 20087, a la empresa IMESAPI, S.A. el 15 de octubre de 2009, a la empresa ALVAC, S.A. y API MOVILIDAD, S.A. U.T.E. el 16 de julio de 2011 y a la empresa MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS, S.A., el 27 de noviembre de 2013, prestando siempre sus servicios en la contrata 51-S-0601. El 10 de diciembre de 2013 se le notificó carta de despido, de contenido prácticamente idéntico a la notificada al demandante, D. Eulogio .

Por tanto, con la salvedad de las funciones atribuidas al trabajador, que en el presente caso constan acreditadas, dicha sentencia parte de idénticas circunstancias fácticas, por lo que será necesario reiterar lo que en ella resolvimos sobre la falta de concurrencia de la causa organizativa, alegada por la parte empresarial.

Como expusimos en aquel caso, consta que se ha producido la subrogación respecto a la plantilla de las dos adjudicatarias anteriores. MATINSA asumió el referido personal cuando, a partir del 27 de noviembre de 2013, pasó a ser la adjudicataria del contrato 51-S-0601, para el mantenimiento y conservación de distintas carreteras y autovías de Cantabria. Dicho contrato deriva de la unificación de los dos contratos anteriores, el denominado 51-S-0502, con un presupuesto de licitación anual total de 3.795.063,82 euros y el denominado 51-S-0402, con un presupuesto de licitación anual de 3.137.680,98 euros.

Es cierto que MATINSA tiene presupuestado cerca de un 28,95% menos, por el mismo servicio que existía anteriormente, al pasar de un presupuesto de licitación anual de 6.932.744,80 euros a 4.925.925,04 euros.

Además, hay que tener en cuenta que fruto de la fusión de dos contratos, nos encontramos con duplicidades de puestos de trabajo. En cuanto al personal de vigilancia, eran dos equipos de vigilancia con un total de nueve personas en los anteriores contratos, necesitándose, en la actual explotación, un solo equipo formado por cinco personas.

Nos encontramos ante sucesivas bajadas de las partidas presupuestarias destinadas al mantenimiento de carreteras de las que no escapa la contrata en el que se enmarca el contrato del actor. Referidas entonces las duplicidades de puestos, si la empresa quiere competir en el mercado, por lo que se considera indispensable para el sostenimiento y viabilidad de la contrata, amortizar los once puestos de trabajo siguientes: dos ingenieros técnicos de la Dirección Técnica, un administrativo, cuatro personas pertenecientes al área de comunicaciones y control de túneles, cuatro personas pertenecientes al área de vigilancia.

En este caso, sin embargo, no existe reducción de la contrata anterior con la misma empresa, sino que ésta se inicia con la actual demandada, que ha de asumir el personal y también al actor.

La reducción económica no se produce a la finalización de la contrata inicial con la misma empresa sino que la reducción del presupuesto, "el 28,95%" o la fusión de las contrata, era conocida cuando la actual demandada accedió a tal licitación y conocía el exceso de personal resultante de dicha reducción.

En consecuencia, la disminución de los términos de la contrata, que es causa suficiente, según la jurisprudencia unificada, en otros supuestos, no lo es en este caso, cuando la demandada no había sido contratista antes y el referido menor volumen venía impuesto por el mismo pliego de las condiciones, de forma que no era sobrevenido, al no existir una transformación respecto a la situación anterior.

En definitiva, se advierte unilateralidad en la causa aducida por la empresa, ya que ésta concursó para después prescindir, entre otros, del actor, y no puede entonces alegar la disminución de la contrata para proceder a un despido objetivo.

Sí sería admisible, en cambio, otra situación reconocida en la doctrina unificada a la que hemos hecho referencia. Se trataba de determinar si la finalización de una contrata, seguida de otra con la misma empresa en la que el encargo es menor, justifica la amortización de los puestos de trabajo sobrantes y el despido de los trabajadores afectados, lo que ha sido examinado en múltiples sentencias de la Sala, entre las que podemos citar las STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 5162), recurso 3099/1995, 7 de junio de 2007 (RJ 2007, 4648), recurso 191/2006, 31 de enero de 2008, recurso 1791/2007, 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 256), recurso 4555/2007, 16 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 6157), recurso 2027/2008 y 8 de julio de 2011, recurso 3159/10.

Entre ellas, la sentencia de 16-9-2009 (Rec. 2027/2008) establece que: "La conjunción de las consideraciones anteriores permite afirmar que,.... la reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación".

Por su parte, la sentencia de 7-6-2007 (Rec. 191/2006) "esta Sala ha sentado la doctrina de que el art. 52-c) del ET no impone al empresario la obligación de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado "otro puesto vacante de la misma". Así lo han establecido las sentencias de este Tribunal de 21 de julio del 2003 (RJ 2003, 7165), rec. 4454/2002; 19 de marzo del 2002 (RJ 2002, 5212), rec. nº 1979/2001; y 13 de febrero del 2002 (RJ 2002, 3788), rec. nº 1496/2001, entre otras. Por consiguiente, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que se acaba de citar, lo lógico es deducir que la amortización de plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador, constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes, determine normalmente la declaración de improcedencia de tal despido".

En este caso, sin embargo, insistimos, no existe reducción de la contrata anterior con la misma empresa, es decir, "sobrevenida", según expresa un asentado criterio jurisprudencial, sino que ésta se inicia con la actual demandada, que ha de asumir el personal de la precedente y, por ello, también al actor.

La reducción de actividad de servicios no se produce al tiempo de la finalización de la contrata inicial entonces y, por ello, no ha generado dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa ni como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción.



El contrato que asumió resulta de la unificación de los dos contratos anteriores. Cuando MATINSA accedió a la contrata sabía que el mismo servicio que existía anteriormente tenía presupuestado cerca de un 28,95% menos, al pasar de un presupuesto de licitación anual de 6.932.744,80 euros a 4.925.925,04 euros y también que, fruto de la fusión de dos contratos, iba a encontrarse con duplicidades de puestos de trabajo.

Tales circunstancias no son sobrevenidas sino originarias cuando se hace cargo del actor, el día 27-11-2013 para prescindir del mismo escasos días después, el 10-12-2013.

Es decir, la disminución de la entidad económica de la contrata, las sucesivas partidas presupuestarias destinadas a carreteras y la consecuente duplicidad de puestos, que es causa suficiente en los casos de sucesivas contrataciones con el mismo contratista, no lo es en este caso cuando la demandada no había sido contratista antes y tal menor volumen venía impuesto por el mismo pliego de las condiciones técnicas de 6 de septiembre de 2012, en atención al cual sería adjudicataria un año más tarde, que la demandada aceptó.

Por ello, la empresa en el momento de la contratación del actor ya sabía que precisaba de cinco trabajadores tan sólo dedicados al servicio de vigilancia de carreteras, que era el número coincidente con los trabajadores que había señalado el propio Ministerio de Fomento en el pliego de condiciones técnicas, de forma que tal excedente en cuanto asumido al momento de la contratación no puede ser hecho valer como circunstancia novedosa. De este modo, la amortización de plazas no es ajena a la voluntad del empleador.

La razón económica, que suponía disminución del presupuesto de licitación determinaba, por el ámbito en que se manifestaba, con reducción de puestos de trabajo y para evitar duplicidades, una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores con reducción de éstos (STS 14-6-1996, rec. 3099/1995 [RJ 1996, 5162]; STS 7-6-2007 [RJ 2007, 4648], a).

Pero, insistimos, el despido por tales causas organizativas estaría justificado si se tratara de causas nuevas, ya que resultaría exigida una reestructuración de plantilla para adecuación a las necesidades reales de trabajo e incluso obtener la viabilidad del proyecto empresarial que permita el mantenimiento de los puestos de trabajo de aquellos trabajadores que continuaban, sin embargo, prestando servicios. No obstante, tales "cambios" no surgen por necesidades nuevas sino que son conocidos e inherentes a la adjudicación misma.

Si la causa es organizativa el empresario debe demostrar el acometimiento de una reorganización de sus medios materiales y personales, que vacíen de contenido el puesto o puestos de trabajo, que se pretenden amortizar. Debe acreditarse razonablemente, que el mantenimiento del puesto de trabajo que se pretende amortizar, provocaría un desequilibrio prestacional, que pondría en peligro la viabilidad futura de la empresa y el mantenimiento del empleo. También que el ajuste en recursos humanos no puede basarse en la adopción de un sistema organizativo de mayor racionalidad, sino que debe venir motivado por la necesidad de garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende pero en el caso actual ningún restablecimiento de tal correspondencia existe porque ésta no ha existido nunca, ni cambio de estatus, si tal falta de correspondencia o equilibrio entre necesidades de plantilla y plantilla real ya existía en el momento mismo de la contratación del actor. La realidad de la sucesión empresarial no impide a la demandada adoptar en un futuro medidas organizativas que justifiquen, en su caso, extinciones de las relaciones laborales, aunque éstas hayan sido asumidas por subrogación empresarial. Pero esa decisión no se justifica cuando se produce escasos días después y consecuencia de la propia asunción de las labores de mantenimiento de carreteras por la demanda en las condiciones modificadas que se han constatado y que ya ponían de manifiesto que el número de trabajadores que debían atenderlas iba a ser inferior.

De este modo, no se trata de sustituir al empresario en su cometido, sino que las causas son las existentes en el momento mismo de la adjudicación de la contrata y de la contratación del actor.

Por tanto, la causa organizativa alegada en la carta de despido no puede entenderse acreditada, lo que determina que el despido haya de declararse improcedente.

Como quiera que la argumentación del recurso partía de la concurrencia y acreditación de la referida causa, carece de sentido analizar la cuestión relativa a las concretas funciones desarrolladas por el actor, pues con independencia de las mismas, su despido debe declararse improcedente. La valoración que las partes y la Magistrada de instancia efectúan, respecto a la concurrencia de la causa aducida, no vincula a la Sala, pues habiéndose postulado por el demandante la improcedencia del despido, la Sala puede entrar a examinar dicha circunstancia.

Además, en cualquier caso, con independencia de lo anterior, al no haber prosperado las revisiones fácticas propuestas, esta pretensión tampoco podría prosperar, ya que como indica la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 28-3-2012 (Rec. 119/2010), si resulta "inalterado el relato fáctico impugnado, procede desestimar los



recursos cuyo éxito venga ligado al triunfo de la revisión de los hechos que se ha desestimado, cual evidencian la alegaciones y argumentaciones contenidas en el motivo de los recursos dirigido al examen del derecho aplicado".

En definitiva, procede confirmar la resolución de instancia por los argumentos que se acaban de exponer.

Se imponen las costas procesales a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, en la cuantía de 650 euros y en concepto de honorarios del letrado impugnante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por MATINSA, MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Santander (Proc. 25/2014), de fecha 16-4-2014, en el proceso por despido tramitado a instancia de D. Eulogio contra Mantenimientos de Infraestructuras, S.A., confirmando la misma en su integridad.

Se imponen las costas procesales a la parte recurrente en la cuantía de 650 euros, en concepto de honorarios del letrado impugnante del recurso.

Se acuerda dar a los depósitos constituidos el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en los artículos 218 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación. El demandado recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de este Tribunal Superior al tiempo de la preparación del recurso, la consignación de un depósito de 600 Euros en la cuenta nº 3874/0000/66/0508/14, abierta en la entidad de crédito BANCO DE SANTANDER, Código identidad 0030, Código oficina 7001. Igualmente, deberá consignar en la misma cuenta citada, otro depósito por la cantidad total importe de la condena.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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

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