



Roj: **STSJ CAT 8183/2022 - ECLI:ES:Tsjcat:2022:8183**

Id Cendoj: **08019340012022104821**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2022**

Nº de Recurso: **2594/2022**

Nº de Resolución: **4868/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO MARIA PALOS PEÑARROYA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Sabadell, núm. 3, 20-12-2021 (proc. 581/2020) ,
STSJ CAT 8183/2022**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08187 - 44 - 4 - 2020 - 8033062

MVR

Recurso de Suplicación: 2594/2022

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 23 de septiembre de 2022

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 4868/2022

En el recurso de suplicación interpuesto por TAPSER, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Sabadell de fecha 20/12/2021 dictada en el procedimiento nº 581/2020 y siendo recurridos D. Gines y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Ignacio María Palos Peñarroya.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre **Despido** en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 20/12/2021 que contenía el siguiente Fallo:

*"Estimo la demanda por **despido** interpuesta por Gines contra TAPSER, S.L. y declaro la improcedencia del **despido** producido el 22.7.2020 y reconozco el derecho del actor a optar entre la readmisión en las mismas condiciones que regían antes del **despido** o el percibo de una indemnización de 93.552,41.-€ de la que procede*



compensar 36.572,34.-€ ya percibidos, restando pendiente 56.980,07.-€, condenado a la empresa a estar y pasar por esta declaración y por las consecuencias de la opción que ejercite el trabajador, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde el **despido** hasta la notificación de sentencia a razón de 100,19.-€ día.

Absuelvo a Fondo de Garantía Salarial sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria prevista en art. 33 TRLET para supuesto de insolvencia de la empresa."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO. - El actor, Gines, con DNI NUM000, venía prestando servicio para la empresa demandada TAPSER, S.L., con categoría profesional de ad.c Calidad, PII, antigüedad desde 13.5.1991, y salario bruto diario de 100,19 euros, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, a tiempo completo.

(hecho conforme -doc. nº 2 a 7 ramo de prueba parte actora-).

SEGUNDO. - El demandante ostentó la condición de miembro de comité de empresa hasta 12.7.2019. En el momento de la extinción de contrato actuaba como delegado de prevención designado por la empresa y ocupaba puesto de trabajo de técnico de calidad, junto a otros dos empleados desarrollando funciones de control de producto, control de materias primas, auditorías internas, gestión de las reclamaciones internas con "tuboplast"

(Hecho conforme -doc. 8 a 10 ramo de prueba parte actora-)

TERCERO. - En fecha 8.07.2020 la demandada le entregó notificación de extinción de la relación laboral en base a causas objetivas al amparo de art. 52 c) TRLET con efectos de 22.7.2020, que se da por reproducida, poniendo a su disposición la indemnización legal, por importe de 36.572,34.-€, abonada mediante transferencia bancaria.

La extinción se basa en causa económica, organizativa y de producción.

1.- En relación a la causa económica se facilitan los siguientes datos:

a) Cifra de negocio:			
2016	2017	2018	2019
8.118.159	7.154.066	7.294.363	7.132.000

Resultado de explotación:

2016 2017 2018 2019

- 1.471.823 - 1.543.674 -1.289.49 -1.183.000

Resultados antes de impuestos:

2016 2017 2018 2019

- 1.592.151 - 1.808.855 -1.530.831 941.000

2.-En relación a causa organizativa y productiva se indica la necesidad de ajustar la plantilla a los volúmenes reales de trabajo disponibles redistribuyendo las tareas y aligerando la estructura de la empresa para reducir gastos

(docs. 1 ramo de prueba parte actora y folios 1 a 7 parte demandada).

CUARTO. - Según informes de auditoría la empresa tuvo una plantilla de 47 empleados/as en 2019 y de 43 empleados/as en 2020, siendo su evolución económica la siguiente:

1.- cifra de negocio:

2017 2018 2019 2020

7.154.066 7.294.363 7.110.203,90 6.999.758,12

2.- Resultado de explotación:

2017	2018	2019	2020
-1.544.000	-1.288.000	1.000.000	-1.017.000



3.- Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias:

2017 2018 2019 2020

- 1.808.855 -2.799.000 586.294,58 -1.276.399,14

(Folios 27 a 106, 107 a 148, 149 a 159 ramo de prueba parte demandada informes de auditoría y gestión, impuestos de sociedades, resumen anual de IVA - informe pericial, que se da por reproducido, ratificado en el acto de la vista por D. Saturnino, economista y auditor jurado de cuentas)

QUINTO. - El patrimonio neto de la compañía ha evolucionado negativamente desde 2016 en que era de -1.260.000.-€ a 2018 en que asciende a -5.868.000.-€. En 2019 se produjo una mejoría como consecuencia de la venta de un edificio que generó plusvalía, si bien continúa siendo negativo en - 5.285.000 euros.

En el ejercicio 2020, se produjo un cambio de control de la sociedad con la entrada de n nuevo accionista en el Grupo CTL TH Packaging y la capitalización de la Sociedad a través de una aportación de su socio único por compensación de créditos por importe de 6.653.000.-€, para poder equilibrar la situación patrimonial, dado que la Sociedad se encontraba en causa de disolución en base al art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital .

(informe pericial, que se da por reproducido, ratificado en el acto de la vista por D. Saturnino, economista y auditor jurado de cuentas y foios 82 a 84 ramo de prueba parte demandada)

SEXTO. - Se presentó papeleta de conciliación en fecha 14.08.2020, celebrándose intento de conciliación en el 04.12.2020, con el resultado de sin acuerdo (acta de conciliación obrante en autos). "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte codemandada, TAPSER, S.A. que formalizó dentro de plazo, y que la parte actora D. Gines impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Solicita la empresa recurrente, Tapser SA, en un primer motivo, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la revisión del hecho probado segundo para el que propone la siguiente redacción: "el demandante ostentó la condición de delegado de personal de la empresa hasta el 2.7.2019. En el momento de la extinción del contrato el demandante ya no lo era, conforme a los documentos aportados en su ordinal 90 del ramo de prueba desde hace más de un año y tampoco era delegado de prevención ni personal designado por la empresa", manteniendo la misma redacción en cuanto al puesto de trabajo que ocupaba. Alega que de los documentos 8 a 10 aportados por la parte actora, consistente en la documentación de las nuevas elecciones sindicales, solo queda demostrado que el 19.7.2019 el actor no fue elegido como representante de los trabajadores y que ningún documento ni prueba aporta la parte actora ni se mostró en el proceso conformidad con que el actor fuera delegado de prevención durante su mandato como delegado de personal ni con posterioridad a ello, habiéndose opuesto el representante de la empresa en la contestación a que fuera delegado de prevención e ignorando formalmente que el trabajador tuviera dicho cargo en la empresa.

El actor en la demanda alegaba que fue miembro del Comité de Empresa hasta el 12/07/2019 y que en el momento del **despido** ostentaba el cargo de delegado de prevención de riesgos.

El hecho probado segundo de la sentencia señala que el demandante ostentó la condición de miembro del comité de empresa hasta el 12.7.2019, aunque en realidad hasta dicha fecha fue delegado de personal según la documentación que aportó, y que en el momento de la extinción del contrato actuaba como delegado de prevención designado por la empresa y se dice que esto es un hecho conforme, citándose además los documentos 8 a 10 de la prueba de la parte actora.

Dichos documentos consisten en una relación de candidatos a las elecciones que se iban a celebrar el 19.7.2019, entre los que se encontraba el actor, y el acto de escrutinio con los tres representantes elegidos, entre los que no figuraba el actor, apareciendo solo como suplente y el acta de una reunión celebrada el 23.5.2019, en la que figuraba el actor como delegado de personal asistente, condición que aun ostentaba en la indicada fecha.

Revisada la grabación del juicio se aprecia que en la contestación a la demanda el representante de la empresa alegó, en relación a la prioridad de permanencia que se alegaba en la demanda, que el actor fue delegado de personal y que cesó en su mandato el 19.7.2019 y que la prioridad de permanencia solo es efectiva mientras se es delegado de personal, y en trámite de conclusiones al ser preguntado manifestó desconocer si era también delegado de prevención, añadiendo que cuando tuvo efecto el **despido** había transcurrido más de un año desde su cese como delegado de personal.



Que el actor en el momento de su **despido** ostentaba el cargo de delegado de prevención de riesgos fue un hecho alegado en la demanda que no fue negado expresamente en la contestación de la demanda, pues en dicho trámite solo se refirió a que ya no ostentaba la condición de delegado de personal desde el 12.7.2019. El artículo 85.2 de la LRJS señala que en el acto del juicio "el demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas excepciones estime procedentes". Y el artículo 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en el procedimiento laboral, según la disposición final 4ª de la LRJS, señala que en la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor y que el tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales. Por ello ha de estimarse correcta la afirmación que se contiene en el hecho probado segundo de que fue conforme el hecho de que el demandante en el momento de la extinción de su contrato actuaba como delegado de prevención designado por la empresa, lo que comporta la desestimación de este primer motivo del recurso.

SEGUNDO.- En un segundo motivo, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia la parte recurrente la infracción de los artículos 35 y 37.1 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, y de los artículos 67.3 y 68.c) del Estatuto de los Trabajadores, alegando que el actor en el momento de su **despido** el 22.7.2020 ya no era delegado de personal en la empresa, que en el caso de que hubiera sido delegado de prevención su mandato se habría extinguido en dicha fecha y que el plazo de garantía de no ser despedido ni sancionado en el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato también habría finalizado.

El primero de los preceptos que se citan establece que "los delegados de Prevención serán designados por y entre los representantes del personal". El segundo señala que "lo previsto en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores en materia de garantías será de aplicación a los delegados de Prevención en su condición de representante de los trabajadores", el tercero que "la duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa será de cuatro años, entendiéndose que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones", y el último de los preceptos citados establece que "los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: b) prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas".

Las infracciones que se denuncian en este apartado parten de la base de que el actor en el momento de su **despido**, el 22.7.2020, ya no era delegado de personal de la empresa y de que en el caso de haber sido delegado de prevención, hecho que niega, su mandato habría quedado extinguido el 19.7.2019. Sin embargo, al no haberse accedido a revisar el hecho probado segundo en el que se tiene por probado que en el momento de extinción de su contrato actuaba como delegado de prevención designado por la empresa, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, con arreglo al cual "en cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa", añadiendo el apartado 4 que "los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa. En ejercicio de esta función, dichos trabajadores gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disponiendo el artículo 68 del ET que los miembros del comité de empresa y los delegados de prevención, como representantes legales de los trabajadores tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos las siguientes garantías: b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.

A su vez el artículo 56.4 del ET establece que si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.

Por ello el derecho de opción que le ha reconocido la sentencia al actor en los términos que figuran en su parte dispositiva ha de estimarse correcto, razón por la cual al no haberse producido las infracciones que se denuncian el recurso ha de ser desestimado.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.



FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Tapser SL contra la sentencia de 20 de diciembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sabadell en los autos nº 581/2020, seguidos a instancia de D. Gines contra la citada empresa, imponiendo a la misma las costas causadas, con inclusión de los honorarios de la letrada impugnante del recurso, que esta Sala fija en 400 euros. Se acuerda la pérdida del depósito y de la consignación constituida para recurrir, a los que se dará el destino legal una vez firme esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.