



Roj: **STSJ PV 1589/2019 - ECLI:ES:TSJPV:2019:1589**

Id Cendoj: **48020340012019101030**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/2019**

Nº de Recurso: **758/2019**

Nº de Resolución: **957/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE FELIX LAJO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO N.º: Recurso de suplicación 758/2019

NIG PV 48.04.4-18/006144

NIG CGPJ 48020.44.4-2018/0006144

SENTENCIA N.º: 957/2019

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 20 de Mayo de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y JOSÉ FÉLIX LAJO GONZÁLEZ, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 DE BILBAO contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 8 de febrero de 2019, dictada en proceso número 587/18, y entablado por Santiago frente a COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 BILBAO., sobre Despido (DSP).

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D JOSÉ FÉLIX LAJO GONZÁLEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1º).- El actor ha venido prestando servicios para la demandada con una antigüedad de 22 de enero de 2007, categoría profesional de conserje y salario bruto mensual de 1.718,47 euros incluida la prorrata de pagas extras.

2º).- Con fecha de 28 de mayo de 2018 la demandada notifica al trabajador carta de despido del siguiente tenor literal:

Bilbao a 28 de mayo de 2.018

Muy sr. Mío: T.



Le comunico mediante la presente que la Comunidad de Propietarios ha decidido en la Junta General Extraordinaria celebrada el pasado 22 de marzo de 2.018 la amortización de su puesto de trabajo de conserje y proceder, por tanto, a su despido fundado en las causas objetivas previstas en el artículo 52 a) y c) del Estatuto de los Trabajadores, por las razones que a continuación le indico.

En primer lugar la decisión de la Comunidad de Propietarios se fundamenta en la causa prevista en el art. 52 a) del Estatuto de los Trabajadores en tanto dispone que el empresario podrá extinguir el contrato de trabajo por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva, ineptitud que en su caso es consecuencia directa de su avanzada edad, habida cuenta que Vd. ya ha cumplido los 77 años de edad y no puede desarrollarla actividad laboral para la que fue contratado que consiste fundamentalmente en, la vigilancia, mantenimiento, atención a las reparaciones menores y limpieza de la finca (escaleras, patios, alturas...etc.).

Al día de hoy resulta evidente la carencia de las facultades profesionales necesarias para realizar su trabajo por razón de su edad y es esta falta de aptitud física la que motiva nuestra decisión, dado que Vd. no puede realizar adecuadamente las labores cotidianas de limpieza, ni atender a las reparaciones ordinarias de la finca, ni tan siquiera subir o trasladar la escalera portátil sin poner en riesgo su integridad física ante una eventual caída u otro accidente de cualquier índole.

Esta inhabilidad no es relativa o parcial, sino que se refiere al conjunto del trabajo encomendado y afecta a todas las tareas propias de la prestación laboral, por lo que nos vemos en la necesidad de proceder al despido objetivo por la causa citada.

Por otra parte, la decisión extintiva se basa en la concurrencia de las causas económicas, técnicas y organizativas previstas en el apartado c) del Artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

La causa económica se concreta en la existencia de un importante desequilibrio en las cuentas de la comunidad de Propietarios, que hace necesario adecuar los gastos de la misma a su capacidad de contribución actual y real y así es de tener en cuenta que en la Junta celebrada el pasado 22 de marzo de 2.018 se aprobaron las liquidaciones de gastos e ingresos correspondientes a los años de 2.015, 2.016 y 2.017 con un saldo negativo de 5.609,79.-.

Es evidente que no nos estamos refiriendo a la existencia de unas pérdidas contables, puesto que las Comunidades de Propietarios no son entidades empresariales dedicadas a actividad mercantil o industrial ni persiguen una cuenta de resultados favorables al término de cada ejercicio, ya que se constituyen con la sola finalidad de atender las cargas y servicios comunitarios de manera satisfactoria y adecuada a las posibilidades financieras de los copropietarios que la componen.

Por ello y ante la situación descrita, la Comunidad de Propietarios debe equilibrar el presupuesto para acomodarlo a los recursos de los comuneros y esto pasa por la extinción de su puesto de trabajo por el importante ahorro que supone la eliminación de los costes salariales y de Seguridad Social derivados de su contrato de trabajo que ascienden a la suma de 28.323,84 euros anuales.

A mayor abundamiento se ha de considerar que la Comunidad de Propietarios tiene previsto realizar en breve plazo unas obras de rehabilitación y mejora del inmueble para la eliminación de las barreras arquitectónicas del edificio y subida del ascensor hasta a 8ª planta; Y de hecho, en la última junta de Propietarios se ha acordado solicitar varios presupuestos para acometer las citadas mejoras que se revelan como absolutamente necesarias atendiendo a la edad y diversas necesidades de muchos de los comuneros, siendo más que previsible la emisión de varias derramas extraordinarias por elevado importe que abundan aún más, si cabe, en la necesidad de amortizar su puesto de trabajo.

También concurre la causa organizativa prevista en el citado artículo 52 c) del ETT, ya que la Comunidad de Propietarios ha acordado en Junta General Extraordinaria celebrada el 22/03/2.018 la externalización del servicio de mantenimiento y limpieza del edificio por el importante ahorro que ello supone para las arcas de la comunidad, por lo que de ahora en adelante el servicio será efectuado por un tercero, a través de una contrata.

En efecto, la Comunidad, dando cumplimiento al acuerdo adoptado en la Junta, ha contratado los servicios la compañía SERVACE INTEGRAL, S.L.U, que asumirá la limpieza de la finca y demás servicios contratados desde el próximo mes de junio, lo cual determina la innecesariedad del puesto de trabajo de conserje que Vd. desempeña, por cuanto que las funciones que llevaba a cabo, o bien ya no existen, o bien han sido contratadas con terceros por un menor coste, siendo procedente el despido objetivo en la medida que contribuye a la superación de la situación negativa.

En su consecuencia y de conformidad con lo expuesto anteriormente le comunicamos que hemos procedido a su despido objetivo que surtirá sus efectos a partir del próximo día 12 de junio, una vez transcurrido el plazo



de preaviso de quince días establecido en el art. 53 del ETT y que en este acto ponemos a su disposición la indemnización legalmente prevista que asciende a la suma de 12.900,3.-, calculada conforme a su salario de 1.718,47.- y antigüedad de 22 de enero de 2.007. Dicha cantidad se ha hecho efectiva mediante transferencia a su cuenta bancaria ordenada en el día de hoy.

Por todo ello la relación laboral quedará extinguida el día 12 de junio de 2.018, momento en que se le hará efectiva la liquidación de sus haberes.

3º).- Con fecha de 24 de enero de 2018 por el Servicio de Prevención de la demandada se concluye que el trabajador es apto para su puesto de trabajo.

4º).- En Junta General de la CP de 5 de febrero de 2018 cuyo contenido se da por reproducido se acordó la no continuación del Sr. Conserje.

En Junta General de 22 de marzo de 2018, que se da por reproducida se aprueban las liquidaciones de gastos e ingresos de los ejercicios 2015, 2016 y 2017 cuyo saldo es de - 5.609,74 euros; así mismo se acuerda negociar el despido del conserje; contratar los servicios de un servicio de conserjería por un horario de 4 horas diarias por una empresa de servicios externa. Se acuerda así mismo girar una derrama extraordinaria por importe de 30.000 euros. Y en cuanto a las mejoras de accesibilidad se informa de que se están solicitando presupuestos para la eliminación de barreras arquitectónicas, y que se convocará Junta General Extraordinaria cuando se disponga de los diferentes presupuestos.

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por Santiago frente a COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 N° NUM000 DE BILBAO, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de que ha sido objeto el demandante, condenando a la demandada a que a su elección, opte en el plazo de cinco días, por indemnizar al actor en la suma de 24.732,87 euros (de la que deberá descontarse la cantidad ya abonada de 12.900,3 euros); o por la inmediata readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con satisfacción, si opta por la readmisión, de los salarios dejados de percibir, a razón de un salario diario de 56,50 euros, a contar desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiere encontrado otro empleo, si tal colocación fuese anterior a la sentencia y el empresario acreditase lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación.

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, por la comunidad demandada, e impugnado por el demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- RECURSO INTERPUESTO

Interpone recurso la parte demandada, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA C/ DIRECCION000 NUM000 DE BILBAO. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº2 de Bilbao, de fecha 8 de febrero de 2.019, que estima la demanda y declara improcedente el despido del trabajador don Santiago .

El recurso contiene un motivo de revisión fáctica y dos de censura jurídica, y solicita que se declare la procedencia de la decisión extintiva.

El trabajador demandante ha impugnado el recurso, realizando las alegaciones que obran en autos.

SEGUNDO.- REVISION DE HECHOS PROBADOS.

En el primer motivo del recurso de la parte demandada, y con amparo en el artículo 193 b) LRJS, se pretende por la recurrente la modificación del relato fáctico.

Hay que tener presente que la revisión de hechos probados está constreñida en nuestro ordenamiento procesal laboral, habida cuenta el carácter extraordinario del recurso de suplicación. Dicho carácter supone que el recurso de suplicación no es una segunda instancia y que la valoración de la prueba es competencia del Juez de lo social, que preside el acto del juicio y la práctica de la misma conforme a los principios de oralidad e inmediatez, - artículo 74 LRJS -. Por consiguiente, la modificación del relato de hechos probados únicamente es posible cuando a través de la prueba documental o pericial, - en ningún caso testifical-, se constata un error claro y evidente del juzgador.

Conviene además recordar las reglas básicas que ha venido compendiando la doctrina del Tribunal Supremo (*SSTS de 16- septiembre-2014, rec. 251/2013, 14-mayo-2013, rec. 285/2011 y 5-junio-2011, rec. 158/2010*, entre otras) sobre la forma en que se ha de efectuar la revisión fáctica, a saber:



- a).- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.
- b).- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del Juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.
- c).- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
- d).- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTS 17/01/11 -rco 75/10 ; 18/01/11 -rco 98/09 ; y 20/01/11 -rco 93/10).

Insistiendo en la segunda de las exigencias, se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, SSTS 22/05/06 -rec. 79/05 ; y 20/06/06 -rec. 189/04).

B.- En el caso que nos ocupa no resulta admisible la revisión de hechos probados interesada por la parte recurrente, por los razonamientos siguientes:

Se solicita la adición de un nuevo HP quinto para hacer constar que *el ocho de mayo de 2018 la Comunidad de propietarios suscribió un contrato de prestación de servicios auxiliares de conserjería con la mercantil SERVACE INTEGRAL S.L.U.*

Esta propuesta de revisión fáctica debe ser rechazada por innecesaria. El Magistrado de instancia, en el hecho probado cuarto de su sentencia, ya declara probado que la Comunidad de Propietarios el 22 de marzo de 2018 acordó contratar los servicios de conserjería con una empresa externa.

Además, la sentencia, en su fundamento de derecho cuarto, parte del hecho de que la Comunidad pasa a contratar un servicio de mantenimiento y limpieza externo de cuatro horas diarias, por lo que se trata de datos que ya maneja y valora la sentencia, por lo que huelga la ampliación fáctica solicitada por la recurrente.

TERCERO.- CENSURA JURIDICA.

En el segundo motivo del recurso, con amparo en el artículo 193. c) LRJS, se denuncia por la parte recurrente la infracción de los artículos 52.a) ET, y 217 LEC alegando que concurre un bajo rendimiento del trabajador causado por su envejecimiento; que el actor, un anciano casi octogenario, ha perdido la idoneidad para el adecuado desempeño de sus tareas de conserje; que el transcurso del tiempo menoscaba las condiciones físicas o intelectuales y sobre esta base puede establecerse la extinción de la relación laboral, (STC de 27 de julio de 1981); que es notorio que un anciano de 77 años no está en edad laboral y no puede realizar su trabajo con la eficacia y destreza de un trabajador sano y en edad de trabajar, y mucho menos si el trabajo a comparar es físico; y que es posible que un trabajador vea extinguido su contrato por "ineptitud sobrevenida" a pesar de que no se le haya reconocido la incapacidad permanente en grado alguno.

En el tercer motivo del recurso, con amparo en el artículo 193. c) LRJS, se denuncia por la parte recurrente la infracción de los artículos 51 y 52.c) ET, 217 LEC y 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, alegando que concurre la *causa económica*, puesto que el HP cuarto recoge un saldo de ingresos y gastos en los ejercicios 2015, 2016 y 2017 de \pm 5609,74 euros y una derrama extraordinaria de 30.000 euros, lo que evidencia el desfase presupuestario y justifica la amortización del puesto de trabajo; y que concurre la *causa organizativa* cuando las funciones de conserje han sido contratadas con una empresa a un menor coste, (STSJ del País Vasco, de 20 de abril de 1999, RS 66/1999).

CUARTO.- RAZONAMIENTO Y DECISION DEL TRIBUNAL.

Partiendo del inalterado relato de hechos probados, el recurso ha de ser desestimado por los motivos jurídico-fácticos siguientes:

A.- Soporte fáctico y fundamento de sentencia recurrida.

El trabajador despedido era el conserje de la comunidad de propietarios, y tiene 77 años de edad, habiendo sido declarado apto por el servicio de prevención con fecha 24 de enero de 2018.

El HP cuarto recoge un saldo de ingresos y gastos de la comunidad en los ejercicios 2015, 2016 y 2017 de \pm 5.609,74 euros, y el 22 de marzo de 2018 la comunidad acordó contratar los servicios de conserjería con una



empresa externa, y una derrama extraordinaria de 30.000 euros, solicitando presupuestos para la eliminación de barreras arquitectónicas.

La Magistrada de instancia considera que no se ha acreditado que el trabajador no puede realizar su trabajo; que no concurre la causa económica, puesto que no se han acreditado las obras de rehabilitación ni las liquidaciones de gastos e ingresos; y que no concurre la causa organizativa, pues, la decisión de externalizar un servicio de conserjería y contratar un servicio de limpieza y mantenimiento, es una decisión de pura conveniencia empresarial, aunque es evidente que supone un ahorro para la comunidad.

B.-Ineptitud sobrevenida.

El art. 52.a) ET dispone que el contrato de trabajo podrá extinguirse " *por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento*".

Recordemos que la Jurisprudencia entiende por ineptitud una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por la falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo -rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.-. No se incluyen dentro de este concepto de ineptitud los supuestos de incompatibilidad sobrevenida para la realización del trabajo por aplicación de una norma legal (STS 2-5-1990 EDJ 1990/4586).

En todo caso, la ineptitud debe ser probada por el empresario. La ineptitud debe ser imputable al trabajador, permanente y afectar a las tareas esenciales del trabajador. La Jurisprudencia ha declarado que la ineptitud debe ser permanente y no meramente circunstancial; imputable al trabajador y no achacable a defectuosos medios de trabajo; verdadera y no disimulada -ya que ésta se integraría en otro tipo de falta general-, o sea, referida al conjunto o por lo menos a la principal de las tareas encomendadas; de suficiente entidad, es decir, una aptitud apreciable inferior a la media normal; y, sobre todo, independiente de la voluntad, no debida a un actuar deliberado y consciente del sujeto, aunque sí en ocasiones a abulia o descuido (STS 14-7-1982). La ineptitud supone una disminución del rendimiento y, por ello, hay que diferenciarla de otros supuestos que también suponen una disminución del rendimiento. Éstos son los casos de: a) La invalidez permanente, que es causa autónoma de extinción conforme al art. 49.e) ET . EDL 1995/13475 b) La incapacidad temporal es un supuesto de suspensión (STSJ Valencia 9-11-1995). c) La disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal o pactado, causa de despido disciplinario (art. 54.2.e) ET EDL 1995/13475).

Como dijimos en nuestra sentencia de 30 de mayo de 2017, recurso 1082/2017 :

Esa falta de aptitud constitutiva de esta justa causa de extinción del contrato de trabajo precisa determinados requisitos, según hemos dicho en alguna otra ocasión (sentencia de 19 de junio de 2012, rec. 1448/2012): 1) ha de provenir de circunstancias concurrentes en la persona del trabajador, mediante pérdida de sus facultades para cumplir con la prestación de servicios objeto de su contratación, bien sea por merma de sus capacidades físicas o legales (por ejemplo, pérdida del carnet de conducir) para llevarla a cabo, descartándose la que se origina en impedimentos legales ajenos a dicha persona (por ejemplo, las situaciones de incompatibilidad legal), como también la que proviene de su falta de adaptación a novedades técnicas en su puesto de trabajo (lo que constituye una causa diferente, prevista en el art. 52.b ET); 2) ha de ser permanente y no meramente coyuntural; 3) ha de haberse originado con posterioridad al inicio del contrato de trabajo, en previsión legal que se sustenta en la idea de que el empresario ha dispuesto de un instrumento legal para conocer las deficiencias del trabajador anteriores al inicio de la prestación de servicios; 4) ha de afectar al elemento central de su prestación de servicios, no bastando la mera pérdida de aptitud para algunas tareas determinadas o, incluso, la que incide en las labores básicas pero con una repercusión mínima, ya que lo que la norma quiere proteger es el interés del empresario por la utilidad de los servicios de ese trabajador; 5) finalmente, ha de ser ajena a la voluntad del trabajador, de tal modo que no incluye los supuestos de disminución voluntaria del rendimiento, cuyo adecuado cauce es el despido disciplinario contemplado en el art. 54.2.e) ET .

En el caso que examinamos no existe ningún dato en la sentencia que permita afirmar que el trabajador no conserva aptitud para desempeñar su profesión de Conserje, o que tenga mermadas sus facultades de manera que esté impedido para desarrollar la parte central de su prestación de servicios. Esta falta de prueba, a tenor del artículo 105.1 LRJS, conlleva de manera ineluctable la desestimación de este segundo motivo del recurso.

La parte recurrente plantea que la edad del trabajador, (77años), justifica la extinción de su contrato. Tal razonamiento resulta inadmisibile. La empleadora está sugiriendo una discriminación de este trabajador por razón de su edad, sin ningún dato constatado acerca de su aptitud para el trabajo, lo cual resulta contrario al artículo 2 de la Directiva 2000/78 , que prohíbe las discriminaciones por razón de edad.



Como afirma la STJUE 14 de febrero de 2019 C154/18 : *procede recordar que se desprende del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78, en relación con su artículo 1, que, a efectos de dicha Directiva, el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta basada, entre otros motivos, en la edad. Además, del artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva se desprende que, a efectos de la misma, existe discriminación indirecta por razón de la edad cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas de una determinada edad respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.*

Tampoco existe una norma que imponga a este trabajador la jubilación forzosa por razón de edad, ni existe razón alguna de interés general que pudiera justificar una regulación en tal sentido.

Como asevera la STJUE de cinco de julio de 2017, C 190/16 :

Es preciso subrayar asimismo que el referido límite de edad no tiene como efecto automático compeler a las personas afectadas a retirarse definitivamente del mercado de trabajo, ya que dicho límite no insta un régimen imperativo de jubilación forzosa ni implica necesariamente que se ponga fin al contrato de trabajo de un trabajador basándose en que éste ha cumplido los 65 años de edad (véase, por analogía, la sentencia de 5 de julio de 2012, Hörnfeldt, C-141/11, EU:C:2012:421, apartado 40).

C.- Causas económicas y organizativas.

Establece el artículo 52 c) ET : *el contrato podrá extinguirse: c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.*

Dispone el artículo 51 ET :

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

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

El Tribunal Supremo ha establecido en la sentencia de fecha 21 de julio del 2003 (rec. cas. 4454/02) EDJ 2003/116076 los criterios en los que se resume su doctrina, estableciendo los siguientes puntos: "1) el art. 52.c) ET separa claramente las causas económicas de las causas técnicas, organizativas y de producción, valorando de distinta manera los hechos constitutivos de las mismas, y sin perjuicio de que en determinadas situaciones puedan concurrir varias de ellas a un tiempo (STS 14-6-1996 EDJ 1996/5083 , STS 6-4-2000 EDJ 2000/7683.

Hemos de hacer referencia a las definiciones aportadas por la STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 5162), en la que se entiende como causa técnica aquella que incide en "la esfera o ámbito de los medios de producción"; como causa organizativa la que incide en "la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal"; y como causa productiva la que incide en "la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado".

Especialmente clara es la STSJ de Andalucía/Málaga de 9 de febrero de 1996 (AS 1996, 289), que define la causa técnica como aquella que se traduce en "la introducción de nuevas técnicas que se plasman en nueva maquinaria, nuevos equipos de producción, etc."; la causa organizativa como la "organización más racional de los recursos productivos existentes para obtener de ellos un mayor rendimiento o el mismo rendimiento a un menor costo; y la productiva como aquella que deriva "de la adopción de decisiones empresariales sobre modificaciones en la producción, lanzamiento de nuevos productos, perfeccionamiento de los que se venían produciendo, etc." ¿decisiones estas últimas encaminadas a "ajustar costos a la demanda de productos de la empresa en el mercado para mantener la competitividad de la empresa"¿

Conviene recordar también la innecesariedad, para la apreciación de causas técnicas o productivas, de la concurrencia de una situación económica negativa en la empresa, ya que las medidas que se fundamentan en causas técnicas, organizativas o productivas responden a una posición empresarial "ofensiva", mientras que las causas económicas justifican medidas de "reacción defensiva" frente a una situación deficitaria.



Como afirma la STS de 25 de septiembre de 2018, recurso 43/2018 , ponente Antonio Sempere:

Basta, pues, según la norma legal, con la existencia de pérdidas actuales o previstas, dato que la sentencia da por probado, para que concurra la causa económica para el despido colectivo, por lo que no resultaba necesario acreditar la persistencia de una disminución del nivel de ventas o ingresos, sin perjuicio de que tal circunstancia aparece, asimismo, probada

Si bien, los Juzgados y Tribunales tenemos facultades para controlar la *razonabilidad* de la medida extintiva, y su *proporcionalidad*. Así lo recuerda nuestro TS en la misma sentencia anteriormente citada en estos términos: *"Para abordar este último motivo de recurso conviene recordar, una vez más, los límites de nuestra cognición. Como recuerda la STS 20 abril 2016 (rec. 304/2016 ; Tompla Sobre Expres), además de probar "la concurrencia de la causa económica, técnica o productiva, debe acreditarse que la entidad de la misma justifica el número de extinciones contractuales que se ha acordado, esto es que la medida es adecuada y proporcionada al fin perseguido. El que la medida concreta quede al arbitrio del empresario y el que su criterio no pueda ser suplido por los Juzgados y Tribunales que no pueden realizar un juicio de valor sobre ella para determinar si es la mejor, juicio de optimización, no quiere decir que la decisión empresarial, probada la causa, escape a todo control judicial, por cuanto los órganos judiciales pueden realizar, como ya dijo esta Sala en su sentencia de 27-1-2014 (R.O. 100/2013), un juicio sobre la racionalidad de la misma, para determinar si son ajustadas a la situación existente o desproporcionadas por excesivas. Ello requerirá ponderar todas las circunstancias concurrentes para hacer un juicio sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida tomada que será confirmada si es razonable". Y, añade, con cita de jurisprudencia constitucional que "Es, pues, al juez, a quien corresponde apreciar la concurrencia de una causa real y verosímil que, por ser justa, esto es, por ajustada a la razón, legitima la decisión empresarial extintiva de la relación laboral, dentro de los parámetros normativos que le ha otorgado el legislador, en el ejercicio de las competencias que la Constitución le ha atribuido (art 35.2 CE)"*.

C.- Aplicación al caso concreto. Inexistencia.

En el caso que nos ocupa no concurre la causa económica invocada por la empresaria, puesto que no se ha acreditado una situación de pérdidas en sentido contable. La Magistrada en su sentencia, (fundamento de derecho tercero), declara no acreditado el saldo negativo de 5.609,79 euros, a pesar de que, de manera confusa y contradictoria, declara probado dicho saldo negativo en el hecho probado cuarto.

Tampoco concurre la existencia una *causa organizativa* que pueda justificar la extinción del contrato del conserje de la finca, partiendo del propio relato fáctico que finalmente la sentencia mantiene en pie.

El hecho probado cuarto recoge que, en la Junta general de 22 de marzo de 2018, se acuerda: a) girar una derrama extraordinaria por importe de 30.000 euros; b) contratar los servicios de conserjería con una empresa externa.

Pero estos hechos, son posteriores a la decisión de despedir al trabajador, decisión que se tomó en la Junta General de cinco de febrero de 2018, (HP cuarto). Por consiguiente, tales datos no pueden servir para justificar una decisión extintiva previamente adoptada.

Es cierto que nuestra jurisprudencia admite el recurso a la externalización, como causa organizativa que justifica la extinción de un contrato de trabajo ex artículo 52 c) ET , cuando concurre concretas circunstancias que permitan calificar de racional dicha medida.

Como expone la STS de 11 de octubre de 2006, recurso 3148/2004 , ponente Jordi Agustí: *la Sala, en su Sentencia de 30 de setiembre de 1.998 (Rec. 4489/1997), razonaba ya que : En todo caso se debe hacer referencia -siguiendo la doctrina de esta Sala en susentencia de 21 de marzo de 1.997- al debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa oexternalizaciónde funciones a través de contrata tiene encaje en tal causa en todo caso o solo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial"; doctrina ésa ratificada por lasSentencias de 3 y 4 de octubre de 2.000 (Rec. 621/2000 y 4098/1999), dictadas en Sala General.*

Más recientemente, la Sala ha dictado lasSentencias de 10 y 31 de mayo de 2006 (Rec. 725/2005 y 49/2005), razonando, en relación con lo hasta ahora expuesto que : Referido a empresas u organizaciones, el término genérico "dificultades", que elart. 52, c) del ETutiliza para describir la coyuntura de la empresa afectada por 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 tales problemas de gestión o pérdidas de eficiencia han de ser perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticos. Caracteriza, por tanto, al supuesto de hecho delart. 52, c) del ETque 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, 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 , rec. 7586 y STS 21-7-2003, rec. 4454/2002), en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales. "

Empero, en nuestro caso, a la fecha de la decisión extintiva, (cinco de febrero de 2018), no existe ningún hecho o dato que permita justificarla. No puede ampararse la empleadora en acuerdos adoptados en una Junta de Propietarios de fecha posterior, ni pueden considerarse la causa existente a la fecha de la decisión extintiva. La causa organizativa ha de ser real y existente a la fecha de la decisión extintiva, y aquí no concurren estos requisitos.

Se trata de circunstancias distintas a las examinadas en nuestra sentencia de 20 de abril de 1.999, RS 66/1999 .

La parte recurrente no ha conseguido alterar el relato fáctico, que, como decimos, no permite declarar la existencia de una causa justificativa del despido. Siendo así, debemos confirmar la razonada y fundada sentencia recurrida.

Como ya afirmó el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 6 de Diciembre de 1979 y de 10 de Mayo de 1980, a las que siguió doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo y continuaron los Tribunales Superiores de Justicia, no puede prosperar la revisión en derecho de la sentencia de instancia cuando no se hayan alterado los presupuestos de hecho que en la resolución combatida se constatan y entre una y otra dimensión de la sentencia exista una íntima correlación entre ambos presupuestos, o dicho de otro modo, no es factible tal revisión jurídica cuando no se haya variado la relación fáctica de la causa a cuya modificación aquélla se halla subordinada,

El Tribunal Supremo, Sala cuarta, más recientemente, - STS 17 de marzo de 2014, rec. 476/13 y STS 26 de junio de 2014, Rec. 1046/13 -, ha reiterado la imposibilidad de que la Sala en suplicación varíe datos claves para la resolución judicial en su fundamentación jurídica, sin previa alteración de los hechos probados en ese punto concreto. Afirma el Alto Tribunal que cuando la sentencia de instancia llega a una convicción resultado de una razonable presunción ésta ha de prevalecer frente a la afirmación contraria efectuada por la Sala en suplicación, cuando la misma se ha llevado a cabo sin que las partes hubiesen formulado pretensión revisoria alguna al efecto.

Lo razonado anteriormente supone la desestimación del recurso, y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la empleadora vencida en el recurso, que comprenderán los honorarios del Letrado/ Graduado Social de la parte impugnante, hasta la cuantía de 600 euros, cantidad que estimamos ponderada atendiendo a las circunstancias concurrentes; - artículo 235 LRJS -.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA C/ DIRECCION000 NUM000 DE BILBAO, y confirmamos la sentencia de fecha 8 de febrero de 2.019 dictada por el Juzgado de lo Social nº2 de Bilbao ; con imposición de costas a la empleadora recurrente, que comprenderán los honorarios del Letrado/ Graduado Social de la parte impugnante, hasta la cuantía de 600 euros.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/



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

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-758-19.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699- 0000-66-758-19.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.