



Roj: **STSJ AND 5319/2013 - ECLI:ES:TSJAND:2013:5319**

Id Cendoj: **29067340012013100115**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2013**

Nº de Recurso: **1767/2012**

Nº de Resolución: **10/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA**

**Recursos de Suplicación 1767/2012**

**Sentencia Nº 10/2013**

**ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,**

**ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO**

En la ciudad de Málaga a diez de enero de dos mil trece

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente:

**S E N T E N C I A**

En el Recursos de Suplicación interpuesto por Benedicto contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº9 DE MALAGA, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por Benedicto sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado FOGASA, GRUPO RAGA S.A. y CESPAS S.A. habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 28/3/2012 . La parte dispositiva de dicha resolución expresa: "Que debo estimar la excepción de falta de legitimación pasiva de la empresa CESPAS SA y debo desestimar y desestimo la demanda por despido objetivo formulada por D. Benedicto contra la empresa Grupo Raga SA y consiguientemente debo declarar la procedencia del despido objetivo del actor ."

**SEGUNDO.-** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

**Primero:** Que D. Benedicto mayor de edad, ha prestado servicios por cuenta de la empresa CESPAS SA, en el centro de trabajo parque las Palomas de Benalmadena , desde el día 13-10-00 ostentando la categoría profesional de auxiliar de jardinería y percibiendo un salario diario de 55,12 € incluida prorrata de pagas extraordinarias.

**Segundo:** Que el 12-12-11 la empresa CESPAS SA comunico al actor por carta ( folio 284) que el servicio de mantenimiento del Parque la Paloma ha sido adjudicado por el Ayuntamiento de Benalmadena a la empresa



Grupo Raga SA por lo que le comunica que el 12-12-11 finalizaran la relacion laboral con CESPA SA y sera subrogado a partir del 13-12-11 por la empresa Grupo Raga SA .

**Tercero:** Que el actor no ha ostentado durante el último año la condición de representante legal de los trabajadores ni se encuentra afiliado a sindicato alguno.

**Cuarto:** Que el día 25-1-12 tuvo lugar ante el C.M.A.C. el preceptivo acto de conciliación en virtud de demanda presentada el día 12-1-12, concluyendo el acto sin avenencia.

**Quinto:** Que el actor fue dado de alta en seguridad social por la empresa Grupo Raga SA el 13-12-11 , entregándose a todos los trabajadores incluidos el actor documentación de prevención de riesgos laborales.

**Sexto:** Que por carta de 12-12-11 con efectos de 13-12-11 el actor fue despedido alegándose en el que se alegaban causas objetivas, en concreto productivas por la empresa Grupo Raga SA , poniendo a su disposición la suma de 10.618,60 €, en concepto de indemnización , asi como finiquito por periodo de preaviso incumplido ( folio 42)

**Séptimo:** Que la carta de despido fue notificada a la representación de los trabajadores ( folio 43) .

**Octavo:** Que el 13-12-11 se firmo documento de subrogación entre la empresa Grupo Raga SA y el actor , presentado en la consejería de empleo de Madrid el 13-12-11 ( folio 48 )

**Noveno :** Que el actor tenia con la empresa CESPA SA contrato por obra o servicio determinado para la conservación y mantenimiento del Parque La Paloma .

**Décimo :** Que en el pliego de prescripciones técnicas de la contrata de mantenimiento del parque la Paloma, se hace constar personal de la contrata, fijándose que se deberá tener al frente del personal un ingeniero técnico forestal o agrícola o un biólogo botánico especializado en jardinería , un encargado , seis operarios de mantenimiento en general de lunes a viernes de 7,30 a 15 horas y sábados y domingos un operario de mañana y tarde y un vigilante de seguridad privada (folio 65 y 66 ) .

**Décimo Primero :** Que la empresa CESPA SA remitió a Grupo Raga SA la documentación relativa al personal a subrogar en la que figuraban 11 trabajadores , de los cuales son un técnico titulado , un encargado , una limpiadora , un oficial jardinero , dos jardineros y cuatro auxiliares de jardinería ( folio 213) .

**Décimo Segundo :** Que la empresa Grupo Raga SA procedió a subrogarse en el personal de CESPA SA el 13-12-11 , procediendo al despido de dos auxiliares de jardinería por causas productivas con efectos de 13-12-11 .

**Décimo Tercero :** Que resulta de aplicación el convenio colectivo Estatal de jardinería , que regula la subrogación en el artículo 43 .

**Décimo Cuarto :** Que la empresa CESPA SA entrego al actor finiquito con su liquidación el 12-12-11 ( folio 257)

**Décimo Quinto :** Que la relación del personal de la contrata de CESPA SA obra al folio 287 .

**Décimo Sexto :** Que la demanda se presento el 25-1-12

**TERCERO.-** Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal el 13/11/2012 se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** El actor ha venido prestando sus servicios como auxiliar de jardinería para la empresa Cespa S.A., contratista del servicio de mantenimiento del Parque La Paloma, de Benalmádena. Como quiera que el Ayuntamiento de dicha ciudad puso fin a la contrata de mantenimiento y la adjudicó a la nueva empresa Grupo Raga S.A., tras las comunicaciones oportunas entre ambas empresas (entrante y saliente), esta última comunicó al actor que se produciría la subrogación de su contrato de trabajo, siendo Grupo Raga S.A. su nueva empleadora, la cual dio de alta al actor en la Seguridad Social.

El demandante recibió carta de extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas (productivas), basando su decisión en el hecho de que en el pliego de condiciones de la nueva contrata que le había sido adjudicada, el número de operarios de mantenimiento era inferior al existente en la anterior contrata de mantenimiento.

El demandante interpone demanda por despido, la cual es desestimada por la Magistrada *a quo* por considerar que, producida la subrogación, concurren causas productivas como consecuencia de la disminución del personal necesario para hacer frente a la contrata de mantenimiento.



Frente a la misma se alza el trabajador mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de diversos motivos de revisión fáctica y censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia, resulte estimada la demanda y calificado su despido como improcedente, con las consecuencias inherentes a dicha declaración.

**SEGUNDO** . Por el cauce del apartado b) del art. 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solicita la parte recurrente la modificación del relato fáctico declarado probado por el Magistrado de instancia, con la siguiente finalidad:

Sustituir el ordinal quinto de los hechos probados por el siguiente tenor literal: " *Que el actor fue dado de alta en seguridad social por la empresa Grupo Raga, S.A., el 07-12-11 a las 13:00:15, con fecha de efectos 13-12-11, sin que conste la entrega de documentación de prevención de riesgos laborales al Actor* " .

Modificar el ordinal sexto de los hechos probados, añadiendo a continuación de "... *en el que se alegaban causas objetivas, en concreto productivas por la empresa Grupo Raga, S.A.* " , la siguiente frase "... *sin que en el escrito de extinción, se aporten informes donde se contemple y argumente cuales han sido las necesidades productivas que ampare la reducción de los operarios y documentación que la avalen* " .

Sustituir la expresión del ordinal séptimo " *la representación de los trabajadores* " , por el siguiente tenor literal " *D. Pablo , cuya representación no consta en Autos* " .

Añadir al final del ordinal duodécimo el siguiente tenor literal " *los trabajadores no llegaron a incorporarse al sus respectivos puestos de trabajo el 13-12-11* " .

Y por último se pretende añadir al final del ordinal decimoquinto que "... *la relación del coste de personal de la contrata, obra en el folio 63* " .

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el artículo 193 recoge los tres motivos del recurso, aludiendo el apartado b ) a revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. La doctrina jurisprudencial elaborada en torno a este motivo se puede resumir sistematizándola -como hace la SSTSJ Andalucía/Málaga de 7-4-2000 (AS 2000\1570)-, por un lado, sobre las declaraciones atinentes al hecho probado objeto de revisión; por otro, sobre las declaraciones referentes a la forma en que dicha revisión debe llevarse a cabo. En relación con el hecho probado se exigen como requisitos: a) La concreción exacta del que haya de ser objeto de revisión; b) la provisión del sentido en que ha de ser revisado, es decir, si hay que adicionar, suprimir o modificar algo. En cualquier caso, y por principio se requiere que la revisión tenga trascendencia o relevancia para provocar la alteración del fallo de la sentencia; y c) La manifestación clara de la redacción que debe darse al hecho probado, cuando el sentido de la revisión no sea la de su supresión total. Por lo que se refiere a la forma de instrumentalizar la revisión: a) Se limitan doblemente los medios que pongan en evidencia el error del juzgador; por una parte, porque de los diversos medios probatorios existentes únicamente puede acudir a la prueba documental, sea ésta privada -siempre que tenga carácter indubitado- o pública, y a la prueba pericial; por otra, porque tales medios de prueba, como corresponde a un recurso extraordinario, sólo pueden obtenerse de los que obran en autos o se hayan aportado; b) No basta con que la revisión se base en un documento o pericia, sino que es necesario señalar específicamente el documento objeto de la pretendida revisión; c) El error ha de evidenciarse esencialmente del documento alegado en el que se demuestre su existencia, sin necesidad de que el recurrente realice conjeturas, hipótesis o razonamientos; por ello mismo se impide la inclusión de afirmaciones, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada. Esto significa que el error ha de ser evidente, evidencia que ha de destacarse por sí misma, superando la valoración conjunta de las pruebas practicadas que haya podido realizar el Juzgador *a quo* y d) No pueden ser combatidos los hechos probados si éstos han sido obtenidos por el Juez del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso. Por tanto, a través de este recurso no puede pretenderse que el Tribunal Superior entre a efectuar una nueva valoración de la globalidad y conjunto de la prueba practicada, sino que la revisión de los hechos probados debe efectuarse mediante nuevo o nuevos documentos idóneos que patencen fehacientemente el error de hecho cometido y que por tanto no sea necesario acudir a operaciones deductivas o razonamientos lógicos para descalificar los hechos probados sentados por el juzgador.

Pues bien, sobre tales presupuestos doctrinales los motivos deben fracasar pues en el servicio de mantenimiento del Parque de la Paloma en Benálmadena la empresa adjudicataria del servicio saliente tenía 11 trabajadores (un Técnico, un Encargado, un Oficial Jardinero, 3 jardineros, 4 auxiliares jardineros y 1 limpiadora). En el pliego de Prescripciones Técnicas de la nueva contrata de mantenimiento, la Corporación Local establece que el nuevo contratista debe contar, además del Técnico y un Encargado, con seis operarios de mantenimiento general, prestando servicios de 7,30 a 15 horas de lunes a viernes y un operario 8 horas los sábados y domingos. Por tanto, existe una reducción del número de trabajadores impuesta por la propia Administración ya que, además del técnico y del encargado, la anterior concesionaria contaba con ocho trabajadores operarios de mantenimiento, esto es, dos menos que los reseñados en el nuevo Pliego. Por ello, las consideraciones que hace el recurrente sobre los precios de licitación, adjudicación, etc. son irrelevantes



a los fines que ahora interesan y, además, constituyen simples deducciones y conjeturas pues: a) conforme al Pliego de prescripciones técnicas, el contratista debe disponer de un vigilante de seguridad, sin arma, de lunes a viernes, de 15 a 23 horas, y los sábados y domingos de 11 a 23 horas, por lo que este coste (que debe ser subcontratado con una empresa de seguridad por imperativo de la Ley de Seguridad Privada), incrementa los costes de personal; b) la empresa adjudicataria, debe contar con un veterinario para el cuidado de los animales del parque; c) no se tiene en cuenta que, dentro de los gastos de personal, según el pliego, deben incluirse los gastos de uniformidad, así como las sustituciones por vacaciones, IT, etc.

Por último, en relación al hecho de que el que el actor llegara o no a trabajar para la demandada es irrelevante, porque ésta se subrogó en su contrato, le dio de alta en Seguridad Social y le despidió por causas objetivas. Por tanto, tampoco sería relevante el que el demandante y ahora recurrente llegara a trabajar, porque lo esencial es que la contratista entrante aceptó la subrogación, le dio de alta y el primer día le comunicó la extinción de su contrato de trabajo.

Por último, y con respecto a la firma por parte del representante de los trabajadores de la comunicación del despido, hay que partir del hecho de que el actor no cuestionaba tal extremo en su demanda rectora de autos, lo que impide ahora su análisis en vía de suplicación.

Los hechos probados, por lo expuesto, quedan firmes e inalterados.

**TERCERO** . Por el cauce del apartado c) del art. 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la parte recurrente la infracción de los artículos 51 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores y 43 del Convenio Estatal de Jardinería por considerar que no concurre la causa alegada en la comunicación extintiva, a saber, la situación de crisis actual y las reducciones de costes en la nueva contrata de mantenimiento del Parque La Paloma.

No se determinaba en la normativa anterior al Real Decreto Ley 10/2010, de 16 junio, posteriormente modificado por la Ley 35/2010, de 17 septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, de aplicación a la presente *litis* en atención al momento de producirse la extinción que ahora se analiza, cuáles eran las causas técnicas, organizativas y de producción. Únicamente se indicaba en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores que las extinciones realizadas con arreglo a las causas técnicas, organizativas o de producción debía llevarse a cabo para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos. Asimismo, en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores se establecía una presunción *iuris tantum* , al determinarse que se considerará que concurrían dichas causas cuando las medidas propuestas contribuyan a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

La Ley 35/2010, manteniendo en este tema concreto la redacción del Real Decreto-Ley 10/2010, señala que 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 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. La empresa deberá justificar la existencia de las causas y acreditar que de las mismas se reduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Por tanto, si en las causas económicas es necesario que la empresa se encuentre ante una cierta situación de crisis actual o previsible, ello no es preciso que ocurra en las causas técnicas, organizativas o de producción, por lo que podrá acordarse la extinción del contrato de trabajo por estas causas aunque la empresa no se encuentre en modo alguno en situación de crisis, sino que por el contrario se trate de una empresa con importantes beneficios y con una situación económica saneada. Como ha venido sosteniendo cierto sector de la doctrina, en las causas económicas nos encontramos ante una crisis de la empresa, mientras que en las causas técnicas, organizativas o de producción estamos ante una crisis del contrato de trabajo, esto es ante una situación en la que ese puesto de trabajo concreto y determinado ya no resulta de utilidad para la empresa por haberse producido una situación de desajuste entre la fuerza de trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino únicamente en el espacio en que la patología se manifiesta. En definitiva, el remedio a esta situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes, de manera que si lo que sobra es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal



medida y no cabe imponer la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio.

Del relato de hechos probados, según lo antes razonado, se desprende que el demandante venía prestando servicios para Cespa S.A., en el servicio de mantenimiento del Parque de la Paloma de Benalmádena, la cual contaba adscritos a dicho servicio tenía once trabajadores (un Técnico, un Encargado, un Oficial Jardinero, tres jardineros, cuatro auxiliares jardineros y una limpiadora). Sin embargo, en el pliego de condiciones que rige la nueva contrata de mantenimiento del Parque La Paloma, se establece expresamente que, además del Técnico y Encargado, el nuevo contratista debe contar con seis operarios de mantenimiento general, prestando servicios de 7,30 a 15 horas de lunes a viernes y un operario 8 horas los sábados y domingos. Esta reducción, impuesta por el pliego de condiciones llevó a la empresa adjudicataria, cuando se hizo cargo del servicio como nuevo contratista, a reducir el número de trabajadores asignados al servicio, extinguiendo el contrato del actor y el de un compañero.

Para ello se elabora escrito de extinción, que se le entrega al trabajador el 12 de diciembre, indicando que la fecha de efectos es la de 13 de diciembre, es decir, el mismo día en que la nueva contratista se hace cargo del servicio de mantenimiento. El trabajador es dado de alta en la empresa (por subrogación impuesta en el Convenio Colectivo) y, por tanto, desde ese momento, en que es trabajador de la empresa, su contrato puede ser extinguido por causas objetivas. Además, se le comunicó la extinción al representante de los trabajadores que así le constaba a la empleadora.

Pues bien, al contener la nueva oferta del Ayuntamiento de Benalmádena para el servicio de mantenimiento del Parque La Paloma un menor número de trabajadores adscritos a la contrata, claramente concurren causas productivas (y, si se quiere organizativas) al ser cuantitativamente menor el objeto de la contrata, lo que permite a la empresa entrante reducir el número de trabajadores adscritos al servicio para adecuar la necesidad de mano de obra a la carga de producción solicitada por la principal. Por lo expuesto, y como consecuencia del desequilibrio producido, la Sala considera que concurren causas para la extinción del contrato de trabajo del actor, lo que conduce, al haberlo entendido así la Magistrada de instancia, a la desestimación del motivo y por su efecto el recurso, con la consiguiente confirmación de la sentencia combatida.

## FALLAMOS

Que debemos **desestimar** y **desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Benedicto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de Málaga con fecha 28 de marzo de 2.012 en autos sobre despido, seguidos a instancias de dicho recurrente contra Grupo Raga S.A. y Cespa S.A., confirmando la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo. Siendo de aplicación lo dispuesto en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la administración de justicia y la Orden 2662/2012 del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 13 de diciembre por la que aprueba el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación.

Adviértase a la parte demandada que en caso de recurrir habrá de efectuar las siguientes consignaciones en la cuenta de esta Sala de lo Social (cuenta corriente número 2928, código entidad nº 0030, código oficina 4160 del Banco de Banesto a nombre de esta Sala de lo Social con el título cuenta de depósitos y consignaciones):

- La suma de 600 euros en concepto de depósito.
- La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad al tiempo de prepararse el recurso, pudiendo sustituirse esta última consignación por aval bancario en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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