

Referencia: NSJ043697

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN (Sede en Burgos)

Sentencia 182/2012, de 15 de marzo de 2012 Sala de lo Social

Rec. n.º 37/2012

SUMARIO:

Despido objetivo. Causas organizativas. Externalización del servicio. Improcedencia. La amortización del puesto sería adecuada a derecho si se hubiera suprimido el servicio, pero no si se externaliza el servicio que evidentemente abarata costes pero no justifica la medida para incardinarlo en un supuesto de despido objetivo por causas organizativas. En el trámite del presente recurso ha entrado en vigor el RD-L 3/2012. Salarios de tramitación. Ante el silencio de la norma se aplica la normativa previa. El despido se produce con anterioridad a la entrada en vigor del RDL pero sus efectos y consecuencias no se han consumado al producirse con la sentencia que declara la improcedencia, con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma. El principio de irretroactividad es aplicable a los derechos consolidados asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados o expectativas.

PRECEPTOS:

[RDLeg. 1/1995 \(TRET\) arts. 51.1 y 52 c\).](#)
[Constitución Española, art. 9.º 3.](#)

PONENTE:

Doña María José Renedo Juárez.

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00182/2012

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 37/2012

Ponente Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA N^o: 182/2012

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a quince de Marzo de dos mil doce.

En el recurso de Suplicación número 37/2012 interpuesto por DON Juan Alberto, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos en autos número 531/2011 seguidos a instancia del recurrente, contra HORMIGONES MIRANDA S.L., ASFALTOS Y FIRMES BURGALÉSES S.A. (ASFIBUSA)

y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Doña María José Renedo Juárez que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 29 de Julio de 2011 cuya parte dispositiva dice: FALLO.- Que desestimando la demanda presentada por DON Juan Alberto contra HORMIGONES MIRANDA S.L., ASFALTOS Y FIRMES BURGALESES S.A., y FOGASA debo declarar y declaro procedente la decisión extintiva adoptada por la empresa HORMIGONES MIRANDA S.L., absolviendo a las empresas HORMIGONES MIRANDA S.L. y ASFALTOS Y FIRMES BURGALESES S.A., de los pedimentos contenidos en la demanda.

Segundo.

En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: PRIMERO.- DON Juan Alberto ha venido prestando servicios para la empresa HORMIGONES MIRANDA S.L., con una antigüedad de 5 de julio de 1.976, ostentando la categoría profesional de Encargado de Sección y salario mensual bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 2.644,78 €. SEGUNDO.- El actor ha venido desempeñando para la empresa HORMIGONES MIRANDA S.L., funciones de Mecánico, siendo dicha empresa titular de 6 camiones-hormigoneras, al menos hasta el 24 de mayo de 2.011, siendo la empresa ASFALTOS Y FIRMES BURGALESES S.A., titular de 3 camiones- hormigoneras al menos hasta el 18 de julio de 2.011, utilizando HORMIGONES MIRANDA S.L., dos camiones-hormigoneras desde el año 2.009. TERCERO.- Las empresas HORMIGONES MIRANDA S.L. y ASFALTOS Y FIRMES BURGALESES S.A., forman parte del Grupo Yárritu, habiendo procedido la empresa HORMIGONES MIRANDA S.L., en el año 2.009 a cerrar la planta en la que venían prestando servicios, entre otros trabajadores, el actor, habiendo pasado a desarrollar su actividad en la planta de ASFALTOS Y FIRMES BURGALESES S.A., sin separación física, recibiendo los trabajadores de ambas empresas instrucciones de una misma persona, Don Hipolito, prestando DON Juan Alberto servicios como Mecánico para ambas empresas, reparando los vehículos de ambas y llevando a cabo, además, trabajos de Plantista para la empresa ASFALTOS Y FIRMES BURGALESES S.A., en ocasiones, no siendo necesario a partir del mes de mayo de 2.011 el desempeño del trabajo por dos Plantistas, siendo suficiente con uno, dado que desde el año 2.009 se vino produciendo una disminución del trabajo. CUARTO.- El coste de DON Juan Alberto como trabajador es de 43.806,12 € anuales, habiendo solicitado Yárritu S.A., Presupuesto a la empresa Talleres Fernando S.L., para realizar el mantenimiento de 3 vehículos hormigonera, habiendo elaborado esta última empresa presupuesto por importe de 10.907,62 € anuales. QUINTO.- La empresa ASFALTOS Y FIRMES BURGALESES S.A., ha emitido facturas a la empresa HORMIGONES MIRANDA S.L., durante el periodo comprendido entre el mes de enero al mes de junio de 2.011 por la fabricación de hormigón incluyendo la adquisición de las materias primas y por el alquiler de dos camiones hormigoneras, por los importes que obran como documentos números 4 a 6 del ramo de prueba de la empresa HORMIGONES MIRANDA S.L., habiendo sido abonadas dichas facturas. SEXTO.- En la empresa ASFALTOS Y FIRMES BURGALESES S.A., presta servicios un trabajador con categoría profesional de Plantista. SEPTIMO.- En fecha 12 de abril de 2.011 la empresa HORMIGONES MIRANDA S.L. notificó comunicación al actor del siguiente tenor literal: Muy señor nuestro: La presente es para comunicarle la decisión de esta empresa de amortizar su puesto de trabajo de Mecánico en esta sociedad. La decisión ha sido motivada fundamentalmente por la baja productividad del sector así como el coste que nos supone tener un mecánico para el mantenimiento de dos hormigoneras, costo que suponen 43.000 euros anuales frente a un valor bastante menor de los citados camiones ya que los mismos tienen una antigüedad de 10 y 12 años, por lo cual la externalización de dicho servicio sería mucho más económico que mantener su puesto de trabajo. Como usted ha podido comprobar esta situación se genera a partir del año 2008 cuando por motivos de reestructuración de costes dentro de un mercado súper agresivo tuvimos que cerrar la planta situada en la ctra./ Bilbao desplazando la producción de la misma a la planta de la gravera con el fin de ahorrar portes de áridos ya que la primera no tiene cantera para su abastecimiento de áridos, por otro lado y Usted lo sabe hemos tratado de mantenerle en la plantilla duplicando trabajos de plantista, pero a pesar de ello, y en las condiciones actuales con el plantista que tiene la citada planta de la cantera es más que suficiente, incluso se ha estudiado la posibilidad de incluirle en otros procesos productivos de estas sociedades pero nos es imposible dado que toda la sociedad se ve inmersa en una compleja situación de carga de trabajo, donde en el momento actual lo que prima es la reducción de costos para nuestra supervivencia, por lo cual hemos comprobado que la

externalización de los trabajos puntuales de mecánica es en este momento, la solución para poder competir en este mercado tan hostil, ya que el resto de las empresas del sector están reduciendo sus costos ofreciendo precios más baratos que los nuestros, por lo que nos echarían del mercado si no fuésemos capaces de regular nuestros costos. Es por todo lo anterior que en aplicación del Art 52,1 e del estatuto de los trabajadores se procede a la amortización de su puesto de trabajo por causas organizativas por extinción del mismo y por externalizar los trabajos que Usted venía desarrollando. Por aplicación en lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores se le notifica la rescisión del contrato con fecha 12 de Mayo de 2011 y que a partir de este momento tiene a su disposición tal y como recoge la normativa vigente seis horas semanales hasta el día 12 de mayo de 2011 cuando se le realizara la liquidación correspondiente, así mismo se le hace entrega del talón nominativo nº NUM000 del banco BBVA por valor de 19042,42 EL 60 POR CIENTO DE LA TOTALIDAD, de su indemnización que legalmente corresponde DE 31737,36 EUROS debiendo reclamar el CUARENTA POR CIENTO RESTANTE es decir 12694,94 al FOGASA. OCTAVO.- El actor solicita se declare la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del despido operado. NOVENO.- Intentado acto de conciliación, se celebró con el resultado de sin avenencia. DECIMO.- La Entidad HORMIGONES MIRANDA S.L., está dedicada a la actividad de fabricación de hormigón, mortero, prefabricados y derivados del cemento, así como su comercialización, su venta y distribución, desarrollo de actividades de transporte público de mercancías, por cuenta propia o ajena, la adquisición, explotación y venta de fincas rústicas y urbanas y sus derechos reales. Su socio Único es Caslever 2000 S.L., siendo los miembros del Consejo de Administración, Doña Eulalia, Don Alejo, Don Eugenio, Caslever 2000 S.L., representada por Doña María Yárritu Martínez, Invespalce S.L., representada por Doña Patricia Yárritu Tubilla y Apoderado Don Hipolito. El Presidente del Consejo de Administración es Don Alejo y la Secretaria Doña Eulalia, siendo los Consejeros Delegados Caslever 2000 S.L., representada por Doña María Yárritu Martínez, Invespalce S.L., representada por Doña Patricia Yárritu Tubilla. El domicilio está ubicado en calle Californias número 23 de la localidad de Miranda de Ebro (Burgos). DECIMO-PRIMERO.- La Entidad ASFALTOS Y FIRMES BURGALÉSES S.A., tiene ubicado su domicilio en calle Californias número 23 de la localidad de Miranda de Ebro (Burgos). Los miembros del Consejo de Administración son Don Alejo, Caslever 2000 S.L., representada por Doña María Yárritu Martínez, Invespalce S.L., representada por Doña Patricia Yárritu Tubilla, Don Eugenio y Doña Eulalia, siendo Apoderados Don Alejo, Don Hipolito, Don Jose Ramón, Don Anton, Don Felipe, Don Millán, Don Luis Manuel, Doña Esther y Don Camilo. El Presidente del Consejo de Administración es Don Alejo y la Secretaria Doña Eulalia, siendo los Consejeros Delegados Caslever 2000 S.L., representada por Doña María Yárritu Martínez, Invespalce S.L., representada por Doña Patricia Yárritu Tubilla. DECIMO-SEGUNDO.- Con posterioridad al día 12 de mayo de 2.011, en el mes de julio de 2.011, la empresa ASFALTOS Y FIRMES BURGALÉSES S.A., ha contratado a 4 trabajadores.

Tercero.

Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la parte demandante siendo impugnado por Hormigones Miranda S.L.. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

Cuarto.

En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de instancia desestima la demanda en reclamación por despido.

Se formula el recurso de suplicación al amparo del artículo 191 C de la Ley de Procedimiento Laboral por entender infringidos los arts. 51 y 53 del ET.

Procede declarar con carácter previo que, por lo que respecta a las normas citadas por la recurrente en su recurso como infringidas, que el recurso de suplicación no es una apelación o segunda instancia, sino un recurso extraordinario sujeto a motivos tasados en cuya formulación se han de respetar los requisitos legales.

Los motivos basados en el apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 se destinan a la impugnación del fallo por error in iudicando, y el recurrente tiene la carga de:

a) citar debidamente el precepto o preceptos sustantivos y en su caso la jurisprudencia que, a su juicio, han sido vulnerados por el fallo de la sentencia, articulando motivos separados para cada precepto o

grupo de preceptos que guarden unidad temática;

b) razonar la pertinencia y fundamentación de los motivos (artículo 194.2 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689) lo cual exige argumentar la conexión entre el contenido normativo de las normas o jurisprudencia citadas y el litigio, mostrando cómo su correcta aplicación debería haber llevado a dar distinta solución al debate.

Incluso declara esa doctrina jurisprudencial que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende vulnerado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido. Señalamos lo anterior porque la parte recurrente se ha limitado a citar los preceptos que entiende infringidos por el Magistrado de instancia en la sentencia recurrida pero sin llegar a argumentar y razonar porque los entiende indebidamente aplicados, máxime cuando son los mismos preceptos en los que aquel se basa para desestimar la demanda.

El Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que los requisitos y presupuestos establecidos por las leyes para recurrir han de ser interpretados y aplicados teniendo en cuenta la efectividad del derecho constitucional en el que tienen su razón de ser, y por ello, atendiendo a su finalidad.

De modo que la mayor o menor severidad en la exigencia de los mismos guarde proporción de medio a fin, evitándose interpretaciones rigoristas que no se correspondan con la finalidad de la exigencia legal, y, dentro de esta doctrina, se ha enmarcado el control sobre las decisiones judiciales de inadmisión del recurso de suplicación fundadas en un incumplimiento de los requisitos formales legalmente establecidos (STC 18/93, 294/93, 256/94).

El artículo 194 de la Ley de procedimiento laboral exige, ciertamente, que en el escrito de interposición del recurso se expresen, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, debiendo en el caso de impugnación fáctica, señalar los medios de prueba, que pongan en evidencia el error del Juzgador, ya que la valoración de la prueba corresponde al Juzgador, citándose, asimismo, las normas del ordenamiento jurídico (derecho positivo o sustantivo) o la jurisprudencia que se consideren infringidas. Precepto que, como se dijo es acorde con el artículo 24.1 de la Constitución en cuanto persigue que el contenido del recurso -la pretensión o pretensiones formuladas en éste y su fundamentación- sea conocido por la otra parte, que pueda así debidamente defenderse, y por el órgano judicial, que ha de tener pleno conocimiento del "thema decidendi", para resolver congruentemente.

De acuerdo con estas premisas, el Tribunal Constitucional también tiene establecido que al enjuiciar el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso de suplicación, debe tenerse presente que éste no es un recurso de apelación ni una segunda instancia sino un recurso de naturaleza extraordinaria, de objeto limitado, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes. El carácter extraordinario del recurso de suplicación justifica la exigencia de estos requisitos procesales aunque lo relevante "no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido" y que "desde esta perspectiva, resulta obligado concluir que el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinadoras del recurso, no debe rechazar ab límine el examen de su pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas, cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer, precisa y realmente, la argumentación de la parte" (TC 18/93).

Por cuanto ahora interesa, la sentencia del indicado Tribunal Constitucional nº 71/2002, de 8 de abril, vuelve a insistir en la necesidad de la observancia de los presupuestos procesales para cumplir los requisitos de acceso al recurso, cuando se trata de recursos de cognición limitada que comúnmente se denominan extraordinarios (STC 230/2001, de 26 de noviembre), correspondiendo a las partes cumplir las exigencias del recurso que interponen (STC 16/92 y 40/02), llegando a rechazar el amparo motivado por la falta de pronunciamiento de fondo en un recurso de suplicación por la ausencia de indicación en el escrito de formalización del mismo del concreto apartado del art. 191 de la Ley de procedimiento laboral en el que se incardinaba el motivo de recurso, al igual que por la falta de concreción, con absoluta precisión y claridad, de la norma o normas jurídicas que consideraba infringidas por la sentencia de instancia, así como del modo en que se produjo la infracción.

Asimismo, el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, al disponer que el Magistrado apreciando los elementos de convicción, concepto más amplio que el de prueba, declarará expresamente en la sentencia, los hechos que estime probados, viene a establecer un elemento esencial de la resolución, con la ineludible consecuencia de que su ausencia o defectuosa consignación determinará la nulidad de la misma. Y esa exigencia legal ha sido subrayada reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que en los hechos probados ha de constar no sólo cuanto acreditado sirva al Magistrado para dictar su sentencia, sino también todo aquello que sea necesario para que el Tribunal Superior en el supuesto de recurso pueda dictar la suya, concordante o no con la impugnada. El Juzgador ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicado en la instancia, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones, debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional que actúa de manera imparcial y

objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral (S.T.S. 18/11/1999).

En sentencia, de fecha 24/5/2000, el Tribunal Supremo vuelve a señalar que la valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en dicho artículo, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte, voluntaria y subjetiva, confundiendo este recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia.

Segundo.

El despido objeto de autos se realiza por causas organizativas.

La Jurisprudencia ha realizado el siguiente análisis sobre los requisitos a concurrir:

Si las invocadas son causas técnicas, organizativas o de producción, ya se ha dicho que no es necesario, que haya una situación económica negativa. El empresario debe acreditar plenamente la existencia de una causa técnica, organizativa o de producción sobrevenida, no pudiendo apoyarse en situaciones anteriores (TSJ Cataluña 20-1-96, AS 172), y ha de acreditarse, asimismo, la necesidad de amortizar el puesto de trabajo, siendo insuficiente la simple conveniencia de la empresa, ya que la amortización debe contribuir a garantizar la viabilidad futura de la empresa y la pervivencia del empleo. Para que esté justificada la amortización de un puesto de trabajo por una de estas causas basta, como ya se ha dicho más arriba, que afecte al funcionamiento de una concreta unidad.

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, debiendo 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; así como 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.

Será procedente la extinción objetiva por causas organizativas, cuando se acrediten la introducción de medidas de organización, que vacíen de contenido uno o varios puestos de trabajo como ocurriría al acreditarse el solapamiento de funciones de dos trabajadores.

Si la causa es productiva, ha de probarse por el empresario, que se han producido disfunciones en el entorno de su actividad, como falta de pedidos o bien descenso progresivo de la producción o de la actividad de la empresa, que le obligan a modificar o disminuir la producción, haciendo obsoletos uno o varios puestos de trabajo, ya que de no extinguirse dichos puestos de trabajo, se desequilibraría el proyecto empresarial, resultando improcedente la extinción siempre que no se acredite adecuadamente la relación causa-efecto entre la medida tomada y la disminución productiva.

La forma de medir la justificación de estas causas no es la mera mejora de la empresa, sino la contribución a la superación de dificultades que impidan su buen funcionamiento, equilibrando así el derecho al trabajo y la libertad de empresa y la defensa de la competencia (TSJ País Vasco 21-2-06, JUR 172370)

En este sentido se ha considerado procedente el despido objetivo por estas causas cuando, mediante una mejor organización de los recursos, se pretende superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado, o bien por exigencias de la demanda (STS de 10 de mayo de 2006, Rjud. 725/05; STS de 31 de mayo de 2006, Rjud. 49/05).

En estas dos últimas resoluciones se razona que la valoración judicial de la adecuación a derecho de extinciones producidas al amparo de esta norma se ha de realizar siguiendo dos escalones de razonamiento:

a) de un lado, identificando, en primer lugar, los problemas a los que se refiere la ley mediante la alusión a dificultades empresariales y análisis de si los concretos problemas alegados en el supuesto litigioso pueden subsumirse en tal concepto, entendiéndose que las dificultades a las que alude la ley son sinónimos de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia de carácter técnico, organizativo o de producción y exigiéndose que tales problemas sean actuales, perceptibles y objetivables en el momento de la extinción y no meramente hipotéticos. Así, se ha declarado que no concurre causa de extinción cuando esta se produce en el marco de una anticipación empresarial de estos problemas aun no materializados (STS de 17 de mayo de 2005, RJ 9696). Además, en esta fase de análisis se exige también averiguar la relevancia o consecuencias de estos problemas respecto a la marcha de la empresa, de manera que bastaría con que estuvieran impidiendo el buen funcionamiento de la empresa en función de las exigencias de la demanda o considerando su posición competitiva en el mercado, no siendo exigible que sean de tal

entidad que pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma. Por otra parte, para apreciar la concurrencia de las dificultades ha de estarse al sector y tipo de actividad de la empresa, dificultades que pueden plasmarse en cifras o datos desfavorables de producción, de costes de factores o de explotación empresarial, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado en los productos o servicios.

b) El segundo bloque de razonamiento o análisis exige que, una vez cumplido el requisito anterior de la existencia de causas para amortizar el puesto de trabajo, se analice y valore si la medida extintiva es o no razonable en términos de gestión empresarial; esto es, si existe una conexión de adecuación o funcionalidad entre la decisión extintiva y la superación de las dificultades acreditadas, lo que deberá constatar si la extinción se ajusta o no al estándar de conducta del "buen comerciante", sin que sea necesariamente la medida más adecuada de todas las posibles.

El art. 52 c del Estatuto de los Trabajadores en el concreto extremo aquí discutido señala "... o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos".

Pues bien la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en las Sentencias de 10 de Mayo de 2006 (rec.725/05), 31 de Mayo de 2006 (rec. 49/05) y 11 de Octubre de 2006 (rec. 3148/04), ha señalado que, referido a empresas u organizaciones, el término genérico "dificultades", que el art. 52.c. del ET utiliza 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 del art. 52.c. del ET que la amortización del puesto de trabajo que justifica el despido es la que responde o reacciona frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas, y no la que resulta de otros proyectos, iniciativas o anticipaciones del empresario, que podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión (STS 17-5-2005, 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 La Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS 30-9-1998, rec. 7586 y STS 21-7-2003, rec. 4454/2002),

Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en la redacción de la Ley 11/1994 (vigente cuando se dictó la STS 30-9-98, citada), a partir de la modificación del art. 52.c. ET establecida en la Ley 63/1997, las "dificultades" que justifican la modalidad de despido descrita en el mismo no necesitan ser de tal entidad que pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma. Basta, como se dice literalmente en la redacción actual del precepto, con que "impidan" su "buen funcionamiento", refiriendo éste bien a las "exigencias de la demanda", bien a la "posición competitiva en el mercado". La primera expresión alude a lo que la propia ley llama "causas productivas", que surgen "en la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado", mientras que la segunda apunta indistintamente a las "causas técnicas", relativas a los "medios o instrumentos de producción" y a las "causas organizativas", que surgen "en la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal" (STS 14-6-1996)

Por su parte la STS 7/6/2007 precisa que "no cabe duda que la causa organizativa o productiva en que se basan los despidos de autos es la amortización de los puestos que ocupaban los trabajadores, a consecuencia de la rescisión de la contrata. Y en relación a esta causa de despido objetivo 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, rec. 4454/2002; 19 de marzo del 2002, rec. núm. 1979/2001; y 13 de febrero del 2002, rec. núm. 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".

Finalmente, la STS 31/1/2008 declara que "es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala del Tribunal Supremo que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento (STS 13-2-2002, rec. 1436/2001; STS 19-3-2002, rec. 1979/2001; STS 21-7-2003, rec. 4454/2002).

Tercero.

Sentencia de 11-6-2008 el Tribunal Supremo ha venido a señalar "En las citadas sentencias, como el artículo 52-c) del Estatuto de los Trabajadores, dispone:

"Cuando exista la necesidad objetiva acreditada de amortizar puestos de trabajo...el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas", se ha entendido que basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde contribuye a solucionar la crisis, para que tal medida encuentre justificada, sin que sea exigible acreditar que la amortización de puestos de trabajo constituye por sí sola una solución suficiente, ni que esa solución será definitiva junto con otras medidas. Por ello, se ha argumentado que "para apreciar la concurrencia de las causas económicas (en sentido estricto) del despido objetivo basta en principio con la prueba de pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad titular de la empresa.

Si estas pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que la amortización de los puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa", pues, "la amortización de puestos sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente a aliviar la cuenta de resultados". También se ha dicho que la amortización es orgánica y relativa a un puesto de trabajo concreto y no de determinadas tareas, lo que supone que las labores desarrolladas por el operario que cesa sean asumidas por los que quedan (Sent. 29 de mayo de 2001 (Rec-2022/00)), así como que el empresario no está obligado a presentar un plan de viabilidad que contemple la adopción de otras medidas, aparte de la extinción o despido acordado (Sent. de 30 septiembre 2002 (Rec-3828/01)).

Pues bien el art 51 c) del ETT en redacción dada por la Ley 35 /10 al definir las causas económicas señala " Se entenderá 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, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo..".

Entiende el Juez de instancia que concurre en el supuesto enjuiciado, la razonabilidad de la decisión para mejorar su situación en el mercado y prevenir su evolución negativa con la amortización del puesto de trabajo de la actora, y que es una medida razonable que puede contribuir a mejorar tal situación y con ello competitiva de la empresa pues la disminución de costes laborales -por pura lógica- ayuda a disminuir las pérdidas de la empresa.

Pues bien tal y como ha venido señalando la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entre otras en Sentencia de fecha 8-7-2011 (Rec 3159/2010), y las que en ella cita "...A su vez, la también citada sentencia de 16/9/09 (rec. 2027/08), había señalado: "La solución de justificar en estos casos la amortización de los puestos de trabajo sobrantes se funda en que: " "Las causas empresariales que pueden ser alegadas en el despido objetivo por necesidades económicas son, de acuerdo con la dicción del art. 52 c) ET o bien "causas económicas" o bien " causas técnicas, organizativas o de producción". Para que las causas económicas se consideren justificadas el empresario ha de acreditar que la decisión extintiva contribuye a la superación de " situaciones económicas negativas ", mientras que la justificación de las " causas técnicas, organizativas o de producción " requiere la acreditación de que el despido contribuye a " superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa... a través de una mejor organización de los recursos".

Partiendo de este presupuesto entiende esta Sala que la amortización del puesto de trabajo sería adecuada a derecho si se hubiere suprimido el servicio, como expresamente indica el término " amortización", pero no si se externaliza el servicio, que evidentemente abarata costes, pero no justifica la medida para incardinarlo en un supuesto de despido objetivo por causas organizativas.

Esta Sala de lo Social de Burgos, ya se ha pronunciado sobre despidos realizados por causas objetivas en un supuesto de externalización declarando que:"La extinción del contrato de trabajo que deriva de una "externalización" de servicios se puede considerar producida por causas organizativas o productivas a efectos del artículo 52.c) ET, si efectivamente la decisión empresarial responde a "necesidades acreditadas" en el funcionamiento de la empresa (STS 30-9-1998, STS sala general 3-4- 2000 y 4-4-2000); y por otro lado, cuando se alegan causas técnicas, organizativas o productivas no es necesario que la causa alegada "haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa", bastando con que se acredite "exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo" (STS 13-2-2002, STS 19-3-2002)."

Pero se exige una " necesidad acreditada" que significa que existe una causa válida que justifique la externalización del servicio, una causa organizativa del art 51.1 del ETT que pueda justificar la extinción al amparo del artículo 52 c del mismo texto legal, y la realización del servicio de forma íntegra. Y en este supuesto, por un lado se mantiene un Plantista, cuñado el trabajador recurrente lleva, pese al cierre de la Planta de Asfaltos trabajando para la otra empresa desde 2009, sin separación física, recibiendo las mismas ordenes y de la misma persona y se externaliza el resto de la actividad, con lo cual se entiende que no se

da el supuesto de amortización, ya que se lleva a cabo de forma compartida, por los trabajadores ya existentes y respecto del despido, simplemente se abaratan costes.

Cuarto.

Por todo lo que no se entiende ajustada a derecho la decisión adoptada y procede revocar la sentencia de autos y estimar la demanda.

Atendiendo a que es la sentencia de Suplicación la que declara la improcedencia del despido habrá que estar a la fecha del mismo y sus efectos, conforme al art 56 del ET. y legislación vigente aplicable.

Conforme lo dicho, hemos de considerar el despido actuado como improcedente, partiendo de la indiscutida antigüedad y salario fijados en el hecho probado primero de la sentencia recurrida para calcular el salario regulador de las consecuencias del despido improcedente (artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, 110 de la Ley de Procedimiento Laboral y concordantes).

En el trámite del presente recurso de suplicación ha entrado en vigor el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes del mercado laboral, -disposición final decimosexta)- que modifica los efectos que la declaración de improcedencia en estos casos, pues si bien mantiene el artículo 53 punto 5 del Estatuto de los Trabajadores, que regula los efectos de la declaración de improcedencia del despido objetivo individual e improcedente, sin embargo, altera de forma importante el artículo 56 de tal Ley, al que se remite el anterior. Y lo altera en aspectos tan importantes como son el importe de la indemnización y la supresión del devengo de salarios de tramitación en concretos casos.

En cuanto a la indemnización, se basa de la proporción de cuarenta y cinco días por año de antigüedad a la de treinta y tres. En cuanto a los salarios de tramitación solo se cobran si el despido improcedentemente es representante legal de los trabajadores o delegado sindical (punto 4 de tal artículo) o si la empresa opta por la readmisión (punto 2). Caso de despido nulo, se mantiene la obligación de abono de salarios de tramitación, dado lo dispuesto en el artículo 55 punto 6 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre).

En cuanto al derecho transitorio, si existe norma expresa para la indemnización con respecto a concreto caso, nada se dice en cuanto a los salarios de tramitación en tal producto legislativo.

a) En cuanto a la indemnización, se regula solo el caso de que se trate de un contrato de trabajo anterior a la vigencia del Real Decreto Ley y que se produzca el despido luego de su entrada en vigor, calificándose el mismo de improcedente. Para este concreto caso, se prevé la fórmula de cálculo de la indemnización en la disposición adicional quinta, número de tal Real Decreto Ley.

Pero no es nuestro caso, pues no tratamos de un despido que se haya producido luego de su entrada en vigor, sino de un despido producido previamente a tal fecha y que es declarado improcedente. Por tanto, no hay norma específica de derecho transitorio en tal texto gubernativo con valor legal.

b) En cuanto a los salarios de tramitación, nada se dice en relación con el derecho transitorio a considerar.

Ello resulta especialmente relevante en este caso, pues conforme la anterior normativa la parte demandante tendría derecho a cobrarlos y no lo tendría conforme a la nueva. Al efecto, basta con ver la redacción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores en su actual redacción y en la inmediatamente previa.

En esta circunstancia y ante tal silencio, consideramos que se ha de aplicar la normativa previa.

En primer lugar, porque si la nueva Ley nada dice al efecto, se ha de considerar el principio general de irretroactividad de las normas jurídicas que prevé el artículo 2, punto 3 del Código Civil. Tal precepto incluido en su Título Preliminar, relativo a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, Título que comúnmente se asume que incide en todo nuestro ordenamiento jurídico, regulándose en el mismo tal derecho transitorio, el sistema de fuentes, las reglas que han de regir la interpretación de las normas, la analogía, la equidad, el fraude de ley, el principio "non liquet", etc.

Además, tal criterio es el que se amolda al principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y de las restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9, punto 3 del Constitución de 27 de diciembre de 1978. Estaríamos en este segundo caso, pues si, la normativa precedente declaraba un derecho individual (el cobro de los salarios de tramitación en estos casos), la nueva Ley suprime este derecho en estos casos..

Ello se compadece mejor con el principio dogmático "tempus regit actum" y por ello, con la disposición transitoria segunda del Código Civil, norma a la que con frecuencia se suele acudir también en casos como el presente y que fija que los actos y contratos se regirán conforme la normativa del tiempo en que se celebraron (la legislación anterior en este caso).

- La STCo 210/1990 RTC 1990/2010.- " No hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y profuturo situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no

se han consumado". Ergo: El despido se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la ley pero sus efectos y consecuencias no se han consumado al producirse con la sentencia que declara la improcedencia con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

- STC 99/87 11-6, 129/87 16-7, STS 26-10-1999 RJA 1391. "El principio de irretroactividad es aplicable a los derechos consolidados asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados o expectativas"

- STCo 104/2000, STS 4-6-2001 " El artículo 9.3 CE alude exclusivamente a los derechos fundamentales del título primero si bien particularmente a los artículos 15 al 29". Parecería ser que no por tanto a los despidos.

Así pues, atendiendo a la fecha de despido es 12 -5-2011 y salario de 2644.78 euros y antigüedad de 5-7-76 la indemnización que correspondería es de 111.080,76 euros, por encontrarse con el tope de 42 mensualidades.

Con independencia de lo anterior, dado lo dispuesto en el artículo 53 punto 5 del Estatuto de los Trabajadores, procede deducir de los 111.080,76 euros a que asciende la indemnización por despido improcedente, el importe de 31.737,36 euros euros que le correspondían por el despido objetivo.. La diferencia son 79.343.4 euros.

Quinto.

No procede la imposición de costas al gozar la parte recurrente del beneficio de justicia gratuita y ello conforme el art 233.1 de la LPL Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 202 de la Ley de Procedimiento Laboral, debe decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir conforme al artículo 227 de la misma Ley y disponerse la pérdida de las consignaciones y el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado conforme al artículo 228 de la misma Ley, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que estimando le recurso interpuesto por DON Juan Alberto, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos en autos número 531/2011 seguidos a instancia del recurrente, contra HORMIGONES MIRANDA S.L., ASFALTOS Y FIRMES BURGALÉSES S.A. (ASFIBUSA) y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en reclamación sobre Despido, debemos declarar y declaramos improcedente el despido el 12-5-2011, condenado a las demandadas, a su elección, a readmitir al trabajador o a que le indemnicen en 111.080,76 euros de los que habrá que deducir el importe de 31.737,36 euros que le correspondían por el despido objetivo, ascendiendo la diferencia a 79.343.4 euros; más salarios de tramitación. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banesto, sita en la c/ Almirante Bonifaz nº 15 de Burgos, -en cualquiera de sus sucursales, con el nº 1062/0000/65/000037/2012.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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