

RECURSO N°: Suplicación / E_Suplicación
21/2014

SENTENCIA N°: 243/2014

N.I.G. P.V. 20.04.4-13/000282

N.I.G. CGPJ 20.030.34.4-2013/0000282

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 4 de febrero 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Presidente en funciones, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por _____ y _____ contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Juzgado de lo Social de Eibar de los de EIBAR (GIPUZKOA) de fecha 30 de julio de 2013, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por _____ y _____ frente a _____ y _____

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, 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.-) Que el demandante Sr. [redacted] ha venido prestando servicios para la empresa demandada, con una antigüedad de 23 de noviembre de 2006, categoría de Licenciado -grupo I- y un salario bruto diario con prorata de pagas extraordinarias de 114,53 euros.

Que la demandante D^a, [redacted] viene prestando servicios para la empresa demandada en el centro de trabajo de Bergara (c/ Ahumategi bide, 3), como ATS-DUE, desde el 19.01.1982 como enfermera especializada en enfermería del trabajo, con la categoría de Grupo I Enfermera y percibiendo un salario mensual bruto de 2.590,00 € sin inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias.

2º.-) Que con fecha 24 de noviembre de 2005, mediante resolución nº 014/05/SPP, OSALAN concedió a la entidad autorización administrativo-sanitaria para la apertura y funcionamiento del Servicio Sanitario del Servicio de Prevención Propio, ubicado en Ahumategi Bidea 3 de Bergara, donde realizarán las actividades inherentes a la disciplina preventiva de la medicina del trabajo para sus trabajadores.

3º.-) Que el personal sanitario del servicio lo conforman el médico D. [redacted] en horario de 07:30 a 11:30 horas, de lunes a viernes; y la enfermera Dña. [redacted] en horario de 07:30 a 16:15 horas, también de lunes a viernes.

4º.-) Que en dicho servicio propio de prevención disponen de los aparatos y equipos sanitarios necesarios, concretando el audiómetro marca GSI modelo 67 Diagnostic Audiometer y número de serie 806, el equipo de control visión marca Essilor modelo Visioteste con nº de serie 055 181 y el espirómetro marca Sibelmed modelo Datospir 100 con nº de serie 15-B 181.

5º.-) Que la entidad tenía establecido el oportuno concierto de las actividades de análisis clínicos y de radiodiagnóstico con [redacted] estando ambas entidades debidamente autorizadas al efecto.

6º.-) Que por resolución administrativa de 27 de octubre de 2011 OSALAN autoriza a la mercantil demandada a tener un servicio de prevención propio durante un plazo adicional de 5 años.

7º.-) Que se lleva a cabo auditoría interna de la empresa en Prevención de Riesgos Laborales, en diciembre de 2012 decidiéndose por la empresa demandada la

L/16

externalización del servicio de prevención.

8º.-) Que solicitada por la empresa demandada autorización a OSALAN para suprimir el servicio de prevención propio, procediendo a su externalización, por resolución de fecha 11 de junio de 2013 de OSALAN se concede a la empresa la autorización administrativa para el cese de las actividades sanitarias del Servicio de Prevención Propio, con fecha de efectos de 30 de abril.

9º.-) Que por la empresa demandada se formaliza contrato con la entidad , en fecha 4 de abril de 2013 para la prestación del servicio de Medicina en el trabajo, como Servicio de Prevención ajeno, con efectos del 2 de mayo de 2013, con un costo anual de 55.545 € aproximadamente.

10º.-) Que a 30 de abril de 2013, la empresa contaba con un total de 279 trabajadores.

11º.-) Que la empresa demandada utiliza en el proceso de producción el "granodine", sustancia tóxica, siendo nocivo en caso de ingestión, nocivo para la salud por inhalación, nocivo en contacto con la piel e irritante para los ojos.

12º.-) Que la actora Sra. está afectada por Expediente de Regulación de Empleo suspensivo, ERE núm. 34/12 inicialmente y núm. 691/12 después del Departamento de Empleo y Servicios Sociales del Gobierno Vasco, cuyo período de suspensión es desde el 22 de octubre de 2012 a 31 de diciembre de 2013.

13º.-) Que en fecha 19 de abril de 2013 el Sr. ha recibido comunicación escrita en la que se ponía en su conocimiento que con fecha de efectos 30 de abril de 2013 se procedía a extinguir su contrato de trabajo por causas objetivas según carta de despido que obra en autos y cuyo contenido se da por reproducido.

Que el día 19.04.2013 la demandada remitió un buro fax a la Sra. por el que le comunicaba la extinción de su contrato de trabajo con efectos 30.04.2013, según carta de despido que obra en autos y cuyo contenido se da por reproducido.

14º.-) Que recientemente la empresa ha notificado algún despido a otros trabajadores por causas objetivas, reconociendo posteriormente y de forma expresa su improcedencia.

15º.-) Que la carta de despido se entregó a la demandante Sra. el día 19.04.2013 y la indemnización se le ingresa el día 22.04.2013.

16º.-) Que de las diversas comunicaciones entre empresa y Comité de Empresa ante las extinciones de contrato del demandante y de la DUE del Servicio de Medicina del Trabajo, resulta la siguiente documentación que obra en autos:

3/16

- Nota Informativa de 22.01.2013, sobre mejora o cambio de gestión de salud laboral.

- Acta de fecha 19.02.2013, de comunicación del cambio del sistema de gestión en salud laboral.

- Nota Informativa de 20.02.2013, sobre informe de auditoría sobre cambio de gestión del sistema de prevención.

- Comunicado de 04.03.2013 sobre posicionamiento del Comité en cuanto al cambio del servicio de prevención planteado, incluyendo los despidos a practicar.

- Convocatoria de Asamblea de 05.03.2013, sobre, entre otros temas, el Servicio de Prevención.

- Nota informativa de 015.03.2013 sobre cambio del servicio de prevención, concluyendo los despidos a practicar.

- Nota Informativa de 14.05.201, sobre el nuevo servicio de prevención, incluyendo el servicio médico.

Y sobre la situación de la empresa los siguientes:

- Nota informativa de 04.02.2010 sobre situación de las ventas, excedentes de plantilla y alternativas.

- Nota Informativa de 14.04.2010, sobre datos de marzo de la empresa.

- Nota informativa de 13.05.2010, sobre datos de abril de la empresa y desarrollo del ERE.

- Nota Informativa de 18.06.2010, sobre datos de mayo de la empresa y modificación del ERE.

- Nota Informativa de 16.07.2010, sobre datos de junio de la empresa y modificación del ERE.

- Nota Informativa de 05.10.2010, sobre prórroga del ERE.

- Nota Informativa de 21.10.2010, sobre datos de septiembre de la empresa y desarrollo del ERE.

- Nota Informativa de 21.10.2010, sobre datos de septiembre de la empresa y desarrollo del ERE.

- Nota informativa de 16.03.2011, sobre situación de la empresa y desarrollo del ERE.

- Nota informativa de abril 2011, sobre viabilidad de la empresa y medidas planteadas por la Dirección.

- Nota informativa de 27.09.2011, sobre propuesta del Comité sobre modo de afrontar la situación de la empresa.

- Nota Informativa de 03.10.2011, sobre desarrollo de las negociaciones.

- Propuesta del Comité sobre el Convenio, de 17.11.2011.

- Nota informativa de 24.11.2011, sobre datos y resultados a octubre de 2011, previsiones de la empresa y previsiones del ERE.

17º.-) Que el coste del servicio de medicina en el Trabajo del año 2012 ascendió a 131.466,64 €.

18º.-) Que los integrantes de la unidad básica del servicio de prevención propio en la empresa prestaban servicios presenciales en la empresa 8 horas/día, expidiendo las

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social de Eibar dictó sentencia el 30-7-13 por la que desestimó las demandas acumuladas de los demandantes y declaró que el despido acontecido con efectos del 30-4-13, por causas productivas, económicas y organizativas era ajustado a derecho, rechazando que la carta de despido fuese insuficiente, que no se hubiese dado el preceptivo traslado y conocimiento a la representación de los trabajadores, que la indemnización respecto a la actora, se había puesto a disposición por medio adecuado y simultáneamente, rechazando que la empresa no pudiese despedirle por encontrarse en un expediente de regulación de empleo, al tratarse de causa distinta; y, respecto al fondo, se indica no solo que concurren las causas alegadas puesto que existe una situación de disminución de ventas y pérdidas, sino también porque se ha externalizado el servicio de prevención, sin obligación de mantener uno propio en cuanto que no consta acreditada la utilización de materias que sean cancerígenas. En orden a los efectos del despido se desestima que el Sr. venga protegido especialmente, en virtud del pacto suscrito, y tampoco la Sra. queda afectada por condición alguna de encargada de la prevención, al no constar este extremo.

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia que hemos intentado sintetizar se interponen dos recursos de suplicación, lo hace por un lado la demandante doña , y de otro el actor Sr. Ambos recursos extensos en sus diversas motivaciones, aunque ello no les priva en modo alguno de una notable calidad tanto en su argumentación como en su claridad, al igual que resaltamos esta cualidad en los escritos de impugnación que ha presentado la empresa frente a ambos recursos. Pese a ello, lo cierto es que se manejan una pluralidad de fundamentaciones y cuestiones que en cierto modo dificultan la resolución por parte de la Sala, por lo que intentando dar una sistemática a la presente resolución vamos a tratar, inicialmente, todas las cuestiones fácticas, para después introducimos en el análisis de las materias jurídicas, y comenzaremos éstas por el recurso de la Sra. pues su extensión es de seis motivos frente a los tres que argumenta el demandante don . Todavía vamos a indicar una precisión inicial y es que la empresa en el escrito de impugnación que formula frente a la Sra. intenta introducir un nuevo hecho probado relativo a la transferencia que efectuó del importe de la indemnización, y tal y como señala el escrito que presentó la trabajadora esta revisión no es posible admitirla, y la causa de ello es que se apoya en un documento que no es tal, pues es simplemente una hoja de ordenador que ni viene avalada ni tan siquiera suscrita, por lo que como se viene indicando estas páginas de ordenador no son elemento hábil para la revisión (TS 3-5-06, recurso 104/06), por lo que se desestima esta pretensión.

Entrando al análisis de las que formula la demandante, y que son sus motivos primero y segundo, amparados en el apdo. b) del art. 193 LRJS, señalaremos que con carácter general para que prospere una revisión se requiere (TS 14-5-13 y 25-11-13, recursos

6/16

96/2012 y 87/2013), que conste con claridad y precisión el hecho de haya sido negado u omitido en el relato fáctico; que resulte de forma clara, patente y directa ese hecho derivado de prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración; y que tenga transcendencia para modificar el fallo. Partiendo de ello la primera revisión es admisible, por cuanto que en el folio 250 consta, efectivamente que la empresa el 1-12-06 comunicó que a los efectos de los establecido en el art. 30 de la Ley de Prevención de Riesgos, designaba a la demandante para ocupar la actividad preventiva en la empresa, con las garantías del art. 68 ET, por lo que se admite que conste en el relato de los hechos un nuevo hecho probado en el que se diga que: "la actora fue designada para ocuparse de la actividad preventiva, mediante comunicación remitida por la empresa el 1-12-06, en la que se le indicaba que en el ejercicio de esas funciones gozaba de las garantías establecidas en las letras a), b) y c) del art. 68 y el apdo. 4 del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores."

Se considera relevante la revisión porque afecta a las consecuencias, en su caso, del despido, consta en un documento emitido por la propia empresa, y no existe otro elemento que contraría su tenor.

La segunda modificación no es admisible, y no lo es por dos razones: la primera, porque el órgano de instancia señala que no se acredita la existencia en la actividad productiva del elemento cancerígeno, y ello no ha sido refutado por el recurrente, siendo que y este es el segundo punto, que el documento en que se apoya para la modificación del hecho probado décimo la recurrente que no consta citado, pero que es fácilmente identificable en los folios 273 y siguientes, no goza de las garantías específicas de habilidad a los efectos revisorios, y menos todavía para rebatir las conclusiones de la instancia, pues ni se encuentra suscrito ni tan siquiera podemos determinar su origen. De cualquiera de las maneras, desconocemos los términos de implicación del producto en la producción, tal y como indica la impugnación del recurso, en orden a la extensión de su utilización o manejo, aunque ciertamente pudiera deducirse que la signatura "R40", determina una posible característica cancerígena, pero que ante la falta de datos más específicos solamente pudiera admitirse la revisión a través de especulaciones, hipótesis o conjeturas, que como hemos indicado son impropias de la revisión (TS 22-1-13, recurso 290/11).

A partir de aquí, y con ello en modo alguno pretendemos introducir confusión en la resolución del presente recurso, analizamos los siete motivos primeros del Sr. , que también se instrumentalizan por la vía del apdo. b) del art. 193 LRJS, y la causa de ello es que si queda conformado y configurado todo el relato de los hechos, parece más ajustado entrar a abordar las materias jurídicas.

Intenta en la primera modificación que se revise el hecho probado séptimo en orden a la mención de menos de 250 trabajadores, pero como se indica en la impugnación del

7/11/16

recurso nada nuevo aporta o lo que es lo mismo resulta irrelevante para la resolución del pleito, pues consta un hecho probado, hecho probado décimo, en el que consta que la empresa mantiene 279 trabajadores a la fecha del despido. Tampoco la resolución de Osalan que intenta modificar el hecho probado octavo tiene relevancia para la resolución de la cuestión, y ello porque intenta ser un elemento expresamente deductivo sobre la extinción de contratos, intentando realizar con una apostilla o simple añadido una conclusión impropia del relato de los hechos. La modificación tercera afectante al hecho probado undécimo tampoco es admisible, porque consiste, prácticamente, en la misma que hemos abordado del recurso de la trabajadora, motivo segundo, por lo que a su desestimación nos remitimos.

El hecho probado decimoocuarto, motivo cuarto del recurso, sobre otros trabajadores que han sido despedidos consta ya en el relato de los hechos, y ciertamente se tiene en cuenta la carta que consta en los folios 958 y 959, en orden a las causas concretas que se alegaban y los datos que en la misma constan, pero, en sí mismo, el relato de los hechos es suficientemente expresivo en cuanto indica en su hecho probado decimoocuarto que la empresa ha notificado algún despido a otros trabajadores por causas objetivas, reconociendo posteriormente de forma expresa su improcedencia.

El motivo quinto que se refiere al hecho decimosexto, sobre comunicaciones a la representación de los trabajadores lo que pretende es una nueva valoración, pues las notas constan y su contenido por remisión también lo asumimos, y ciertamente obtenemos la misma conclusión que la recurrente, respecto a que se aludía mayormente a la externalización del servicio de prevención, y que en ningún caso existió un debate sobre las extinciones de contrato de los ahora recurrentes, y en su caso parece deducirse claramente que la empresa manifestaba que había existido una solución a su situación, bien por recolocación o por falta de perjuicio. En este sentido, por tanto, desestimamos la revisión, pues las notas y comunicaciones ya constan.

El motivo sexto alude al hecho probado vigesimoprimer, y ciertamente la empresa no se opone a que en el año 2010 no existieron pérdidas, por lo que la disminución que consta en el mismo respecto a 2010 se suprime, entendiéndose que son beneficios, pero fácilmente también se deduce ello en cuanto que no constan los resultados negativos del ejercicio 2010. (Ahora bien, la trascendencia y relevancia de dicho aserto lo veremos luego.)

El motivo séptimo intenta un nuevo hecho probado en el que se introduzca el art. 42 del convenio colectivo. Ciertamente el artículo señala lo que se indica, y sería admisible que se reprodujese si no es porque nadie cuestiona su realidad, e igualmente se ha tenido en cuenta tanto por la sentencia recurrida como por los recurrentes el tenor de este precepto, al igual que otros como el art. 41 que cita la trabajadora, por lo que entendemos que es una cuestión pacífica y que visto su carácter jurídico, no resulta oportuna se incluya en los hechos.

8/16

TERCERO.- Pasamos a partir de ahora a resolver los motivos jurídicos de la Sra. y lógicamente ello nos va a eximir de mayores pormenorizaciones posteriores en el recurso del Sr. , pues ciertamente existe un solapamiento de las cuestiones que suscitan, aunque lógicamente dentro de las particularidades y especialidades de la relación laboral que cada uno de los trabajadores mantenía con la empresa.

La primera cuestión que se suscita en el motivo tercero del recurso de la demandante versa sobre la denuncia de los arts. 53 ET y 122 LRJS, pretendiéndose, básicamente, que se declare la improcedencia del despido por cuanto que no se ha puesto simultáneamente a la comunicación de despido a disposición de la trabajadora la cantidad indemnizatoria. El hecho probado decimoquinto alude a que la demandante recibe la carta de despido el 19-4-13 y la indemnización se le ingresa el 22-4-13. Ciertamente del folio 1009 se desprende que la orden es del 22-4-13, y esta cuestión no ha sido desvirtuada por la empresa, y el tenor del hecho probado así lo confirma. Es conocido el criterio relativo a que la indemnización por despido objetivo debe ser entregada al tiempo en el que éste se acuerda, y en tal sentido existe una amplia jurisprudencia que así lo señala (TS 20-11-1982, RJS 6850/82; 17-7-1998, AR 7049; 23-4-2001, AR 4874; 28-5-01, recurso 2073/2000 y 16-3-13, recurso 2592/12). Como con acierto indica la recurrente ciertamente una demora de tres días supone el incumplimiento por parte de la empresa del abono simultáneo, y este es un requisito formal que establece el legislador, y cuya finalidad es integrar en un acto propio la resolución del contrato, de manera que a la reducción de la indemnización y la causalidad rescisoria se aúne la manifiesta voluntad resolutoria a través de la liquidación de la relación laboral. La carencia de este elemento objetivo y necesario supone que desde ahora declaremos el cese de la demandante improcedente, y ello lo vamos a relacionar con las consecuencias que específicamente esta declaración tiene para la actora, por cuanto que tal y como expuso en su propia demanda, y ha intentado señalar a través de su motivo primero, las consecuencias serán la opción readmisoria a su favor, al quedar dentro de las garantías que señala el art. 30 de la Ley de Protección de Riesgos Laborales.

Pero, como ya indicábamos, es necesario que analicemos el resto de motivos en cuanto afectan a la situación también del otro demandante, Sr. , y ello, también lo veremos, por la coincidencia que existen de circunstancias. En primer término el motivo cuarto alude a las garantías del art. 42 del Convenio Colectivo y 53 ET respecto a la falta de comunicación de la resolución del contrato de trabajo de la trabajadora a los representantes de trabajadores. Como también con acierto indica este recurso la demandante viene garantizada no solo por la norma legal (art. 53 citado ET), sino por el propio Convenio Colectivo, y este requisito (lo señala el recurso), se ha venido exigiendo jurisprudencialmente (TS 18-4-07, recurso 4781/05). En efecto, no es un elemento o requisito inútil, baldío o intranscendente el que la representación de los trabajadores tenga conocimiento de la resolución del contrato de trabajo por causas objetivas. No lo es

9/16

porque ello sirve para actualizar y compendiar las diversas facultades de control y defensa de los derechos de los trabajadores que asumen quienes representan a los mismos en la empresa, y esta garantía es expresa, no es hipotética o puede cumplirse de manera superficial o circunstancial. Si examinamos las diversas actas o notas y comunicaciones que refiere la sentencia recurrida a través de su expositivo ordinal decimosexto, y observamos todo ello, apreciaremos que como ya habíamos anunciado en la revisión de los hechos, en primer término no existe una comunicación expresa de los despidos, y a través de diálogos y comunicaciones, en algunos casos simples notas informativas del mismo comité, se manifiesta la dinámica dialéctica respecto al servicio de prevención y su externalización, pero concretamente de la situación de los trabajadores afectados solo podemos deducir que la empresa parece que garantiza su estabilidad en el empleo, cuestión que cuando menos es muy distante de una comunicación expresa por parte de la empleadora de la decisión extintiva, las causas esgrimidas y la eficacia de su conducta. Recalco las causas porque en principio una externalización no parece que se vincule al sistema de ventas o la situación económica, sin perjuicio de la estrecha relación que puedan tener todas las causas.

Y, dentro de este mismo motivo, examinemos los pactos de convenio que obligan a las partes, pues suponen la transcripción de las diversas negociaciones que se han mantenido entre el banco social y la empresa, suponiendo un todo unitario que debe ser interpretado en su conjunto con una clara eficacia de pacto y contrato al que se anuda la fuerza normativa entre las partes, y de aquí que la interpretación del convenio sea extraestatutario o estatutario nos lleve a una eficacia frente a todos, o cuando menos una eficacia contractual (TS 25-9-13, recurso 100/12), pero en cualquier caso y por la publicación que encontramos en el supuesto que examinamos le dotemos al convenio de esa naturaleza mixta de ley y contrato, y por tanto apliquemos tanto el art. 3 y 4 del Código Civil como los arts. 1281 y siguientes del mismo texto (TS 23-10-13, recurso 2/13). Y, colocados en esta tesitura, el art. 42 del Convenio es claro en cuanto que establece un trámite previo al despido objetivo, y este es el de notificar al Comité de Empresa las medidas que se van a adoptar y conceder un plazo de 72 horas a esta representación para que si lo desea emita informe que aunque no tiene carácter vinculante será preceptivo. Este trámite ha sido omitido y la consecuencia de ello es, nuevamente, la declaración de improcedencia del despido, pues no supone esta audiencia un acto carente de relevancia, pues la defensa de los derechos de los trabajadores que atribuye el legislador a sus representantes bien se engarza con la posibilidad de emitir un informe por parte de estos en el cual puedan manifestarse las dificultades, situaciones o circunstancias que concurren, y abrirse un elemento nuevo en la voluntariedad del empleador.

Por lo tanto, también por esta causa el despido debía declararse improcedente. Aunque es específico de la actora su motivo quinto señalaba que la demandante se encuentra incluida dentro de un expediente de suspensión de contrato que implicaba su separación del

10/11

trabajo desde el 22-10-12 al 31-12-12, por lo que, alegando doctrina de la Sala, entiende que no puede ser despedida por vía objetiva encontrándose en el desarrollo de la suspensión de su contrato. Ciertamente el criterio de la Sala viene siendo que si la empresa ha actuado una medida paliativa de las causas que abocan a una suspensión del contrato de trabajo, difícilmente puede en el desarrollo de su medida nuevamente actuar otra que se sobreponga e implique una nueva eficacia respecto a la situación generada. Ello se coordina, claramente, con la actuación del empresario diligente y de cualquier seriedad en el manejo de los elementos de producción, entre los cuales se encuentra la denominada "mano de obra", que desde la proyección jurídica no es sino los contratos de trabajo suscritos por la empresa para realizar su cometido o actividad. Si el empresario ha obtenido una autorización para suspender los contratos de trabajo durante un arco temporal, difícilmente es admisible que sus previsiones acordadas con tan larga proyección, sean modificadas a su voluntad, pues ello supone atribuirse una facultad unilateral contraria al art. 1256 del Código Civil, que reiteradamente se viene indicando que preside un veto en los contratos de trabajo (TS 8-10-08, recurso 582/08, 8-11-11, recurso 409/11). Venimos admitiendo, sin embargo, que la propia planificación de la actividad productiva y los elementos de mercado pueden introducir circunstancias modificativas de esa planificación inicial y modificar el panorama empresarial, debiéndose adoptar otras nuevas medidas que dejen inútiles las anteriores. La excepcionalidad de ello se vincula con el mismo coste de oportunidad de las medidas iniciales que se adoptaron, y que en cualquier caso han supuesto un gravamen importante para los trabajadores. Si ello lo concretamos al supuesto de la demandante observaremos que se encontraba inmersa en un expediente de suspensión de su contrato de trabajo y que la empresa se ampara en causas económicas y productivas para la nueva extinción. En la resolución del expediente 34/12 constan causas económicas y productivas, y en el expediente 691/12 también se alude a las económicas y productivas, y en ambos casos se está manejando la caída de mercado de los años 2008 a 2011 y las pérdidas en el balance de la empresa. Por tanto las causas económicas y productivas estaban previstas, y nada nuevo concurre que pueda determinar una nueva excepcionalidad en la alegación de las causas, por lo que el alegato formulado es válido. Y lo es, incluso, respecto a la causa organizativa, pues lo que supone es una nueva medida para paliar los costes económicos, existiendo una clara vinculación entre las causas productivas y económicas con la que se alega como organizativa, que no es sino una consecuencia de aquéllas, o un resultado de las mismas, pues se trata de disminuir el coste económico mediante la supresión o externalización del servicio, que se basa, no en unas nuevas circunstancias (como pudieran ser, precisamente, la necesidad de enajenarlo, nuevos cambios en la actividad productiva o productos, disminución del número de personal...), pero al no concurrir ninguna de estas causas, e incluso se muestra que el número de trabajadores no ha disminuido del umbral de 250, en realidad la causa organizativa no es tal, sino una consecuencia de las medidas que se adoptan por la situación generada a través de las

ventas y las pérdidas.

En definitiva, no es admisible la posibilidad de que la demandante sea despedida encontrándose en ese expediente de regulación por suspensión de su contrato de trabajo.

En cuanto al motivo sexto sobre la utilización de productos tóxicos y cancerígenos en el sistema productivo, ya hemos indicado que no consta tal situación, aunque bien es cierto que difícilmente puede la empresa ampararse en la supresión del servicio mediante la autorización emitida por la autoridad de prevención, cuando su resolución es posterior a la fecha del despido, y por mucho que le dote de efectos anteriores, al tiempo en que se produce la extinción (30-4-13), no existía una autorización para extinguir o variar el sistema de prevención dentro de la empresa, de tal manera que esta alegación que vertía la empresa debía rechazarse.

No tenemos en consideración el motivo séptimo porque es meramente hipotético y especulativo respecto al perjuicio para los trabajadores del nuevo servicio, y, sin embargo, sí que creemos que era aplicable el art. 41 del Convenio Colectivo, pues está señalando que en los casos de reestructuración de servicios se dará una salida a los excedentes, y en este caso es claro que la empresa omite cualquier solución, o cuando menos no se acredita, pues las alusiones que efectúa la impugnación del recurso nos son desconocidas.

CUARTO.- Solventado el recurso de la actora pasemos al del Sr. que respecto a sus motivos octavo, noveno y décimo plantean la cuestión jurídica. Este recurso no tiene las mismas especialidades que concurrían en la trabajadora accionante (situación de delegada, inmersa en un expediente de suspensión de contrato), y por tanto nos exime de parte de la argumentación o respuesta que podamos realizar a sus argumentos jurídicos, pues ya han sido abordados en aquello que ya es común. En efecto, sobre el motivo octavo relativo al incumplimiento de los requisitos de la comunicación a los representantes, la conclusión es la improcedencia también del despido del Sr. pues se ha incumplido plenamente este trámite; respecto al motivo noveno que alegaba la infracción de los arts. 51 y 52 ET y 122 LRJS, sobre la falta de concurrencia de las causas, es preciso realizar algunas puntualizaciones:

Efectivamente consta en el relato de los hechos la existencia de otros trabajadores despedidos, y de manera concreta en los folios 958 y 959 se esgrimía por la empresa las mismas causas productivas y económicas que han servido de base para el despido del Sr. por lo que sí que debemos acudir a la teoría de los actos propios y señalar que ésta consiste en la vinculación que tiene todo sujeto de derecho a sus actos previos, pues crean una situación jurídica que debe justificarse en su cambio, siempre que se apoye en actos lícitos y permitidos (TS 11-3-13, recurso 70/12 y 25-7-13, recurso 100/13). En el caso que concurre es claramente apreciable que si han existido otras extinciones por causas objetivas y se ha reconocido de forma expresa su improcedencia, cuando menos habremos de concluir que en las causas económicas y productivas coincidentes la empresa debe

12/16

quedar sometida a esa conducta previa de reconocimiento de la improcedencia; si a ello unimos que la alegada causa organizativa no es tal, por cuanto que el umbral de 250 trabajadores no había variado, y se opta por una externalización afectada por el ahorro de costes; la conclusión es que también el despido era improcedente. Argumenta el recurso que no se presentan los datos de las causas al tiempo del despido, abril de 2013, y ciertamente estos datos hubiesen sido necesarios, cuando menos para apreciar que habían concurrido circunstancias especiales, o sobrevenidas, que anulasen las medidas, como la suspensión de contrata, ya adoptadas; o probasen la formulación de nuevas causas del despido respecto a otros trabajadores.

Nada vamos a referir sobre las causas organizativas por cuanto que hemos hecho referencia a las mismas anteriormente, y el motivo último queda sin ninguna transcendencia porque la razonabilidad de la medida deberá examinarse cuando la misma se considera cuando menos acreditada en sus causas, y la falta de cumplimiento de los requisitos formales y lo anteriormente mencionado deja sin operatividad este motivo.

QUINTO.- Consecuencia de todo lo anterior es la estimación de los recursos, si bien con una última precisión, y es que el que afecta al Sr. no concurre ninguna circunstancia especial en orden al ejercicio de una opción readmisoria o indemnizatoria, y ello por cuanto que desestima el juzgado la posibilidad de aplicar dicha prerrogativa y nada se ha atacado sobre tal extremo.

Recordaremos que conforme a la nueva normativa la indemnización se divide en la correspondiente a 45 días por año con anterioridad al RD/L 3/13, y, a partir de su entrada en vigor, 12-2-12, con un porcentaje de 33 días por año.

Doña recibe un trato de opción particular por la cualidad que concurría en su función de prevención que hemos indicado previamente.

No se hace declaración de costas ante la cualidad que ostentan los recurrentes.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estiman los recursos de suplicación interpuestos frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Eibar de 30-6-13 por doña , letrada que actúa en nombre y representación de doña y don , abogado que actúa en nombre y representación de don y con revocación de la misma, se declara la improcedencia de los despidos

13/16

acontecidos el 30-4-13 respecto a cada uno de los demandantes, condenando a la empresa
, a estar y pasar por la anterior declaración, y a que
o bien readmita al Sr. en su puesto de trabajo en iguales circunstancias a las que
regían con anterioridad a la extinción o le abone la indemnización de 31.467,11 euros,
señalándole que la opción deberá realizarla dentro de los cinco días siguientes a la
notificación de la presente sentencia en la sede de esta Sala, y que si opta por la
readmisión deberá abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta
la notificación de la presente sentencia a razón de 114,53 euros día, y que si optase por la
indemnización se descontará la que abonó con la extinción; igualmente se condena a la
readmisión o la opción indemnizatoria respecto a la demandante Sra. , si bien
en este caso la opción le corresponderá a ella misma, indicándole que si optase por la
indemnización la suma que se le deberá satisfacer es la de 107.289 euros, a la que deberá
descontarse la cuantía percibida al tiempo del despido, y en cualquier caso se le deben
abonar los salarios de tramitación a razón de 85,15 euros día desde la fecha del despido
hasta la notificación de esta sentencia, advirtiéndole, igualmente, que la opción deberá
realizarla dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia en
la sede de esta Sala, y tanto para ella como para la empresa se le indica que no realizase
opción alguna procederá la readmisión, sin que proceda hacer declaración sobre costas.

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/

14/10

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

15/06

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.

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 4699-0000-66-0021-14.

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 4699-0000-66-0021-14.

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.

Además, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre en sus artículos 2 y 5 apartado 3º, en relación con la Orden HAP/2262/2012 de 13 de diciembre que la desarrolla, será igualmente necesario para todo el que recurra en Casación para la Unificación de Doctrina haber ingresado, a través del modelo 696, la TASA en la cuantía correspondiente a que hace referencia el artículo 7 apartados 1 y 2 de la mencionada Ley. El justificante de pago deberá aportarse junto con el escrito de interposición del recurso (artículo 5 apartado 3º de la Ley).

Estarán exentos del abono de la TASA aquellos que se encuentren en alguna de las situaciones y reúnan los requisitos, que deberán acreditar en su caso, recogidos en el artículo 4 apartados 1 y 2 de la Ley.