



Roj: **STSJ ICAN 2134/2023 - ECLI:ES:Tsjican:2023:2134**

Id Cendoj: **35016340012023100736**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2023**

Nº de Recurso: **191/2023**

Nº de Resolución: **867/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GLORIA POYATOS MATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: ROS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº 6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000191/2023

NIG: 3501644420210006720

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000867/2023

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000601/2021-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria

Recurrente: Balbino ; Abogado: CARMEN ROSA LORENZO DE ARMAS

Recurrente: ACCIONA CONSTRUCCION S.A.; Abogado: LORENA DELGADO RAMOS

FOGASA: FOGASA; Abogado: ABOGACÍA DEL ESTADO DE FOGASA LAS PALMAS

?

En Las Palmas de Gran Canaria, a 8 de junio de 2023.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los lltmos. Sres. Magistrados D. ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO, Dña. YOLANDA ÁLVAREZ DEL VAYO ALONSO y Dña. **GLORIA POYATOS MATAS**, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA



En el Recurso de Suplicación núm. 0000191/2023, interpuesto por D. Balbino y ACCIONA CONSTRUCCION S.A., frente a Sentencia 000418/2022 del Juzgado de lo Social N° 9 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos N° 0000601/2021-00 en reclamación de Despido siendo Ponente la ILTMA. SRA. Dña. **GLORIA POYATOS MATAS**.

?

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D. Balbino, en reclamación de Despido siendo demandados FOGASA y ACCIONA CONSTRUCCION S.A. y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria parcial, el día 28/09/22, por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: PRIMERO.- La parte actora ha venido trabajando para la empresa demandada en la actividad de CONSTRUCCIÓN, con la categoría profesional de Ingeniero Técnico - Topógrafo, con una antigüedad de 07/08/2000, relación laboral de carácter indefinido y a tiempo completo, con un salario de 38.669,60 euros brutos al año, 3.222,45 euros mensual prorrateado.

(no controvertido)

SEGUNDO.- Al margen de los conceptos salariales reflejados en nómina el actor percibía una retribución variable en concepto de bonus anual y salario en especie consistente en disfrute de vehículo de empresa.

Desde el inicio de la relación laboral el actor ha prestado servicios, sin solución de continuidad, para distintas empresas del GRUPO ACCIONA conforme al siguiente iter contractual:

07.08.2000 a 04.05.2001 GRUPO ACCIONA, S.A.

21.05.2001 a 31.07.2001 DIRECCION007 .

01.08.2001 a 31.01.2002 DIRECCION008 .

01.02.2002 a 10.05.2002 ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.

17.06.2002 a 31.07.2005 DIRECCION007 .

01.08.2005 a 31.08.2007 DIRECCION008 .

01.09.2007 a 30.04.2009 ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.

01.05.2009 a 30.09.2009 ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.

01.10.2009 a 31.10.2009 ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.

01.11.2009 a 30.04.2015 ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.

01.05.2015 a 03.06.2021 ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.

Durante la prestación de servicios el actor y en función de la obra de adscripción ha asumido indistintamente funciones de Topógrafo y/o de Jefe de Topografía, con carácter habitual en la Isla de Gran Canaria y en otras islas del archipiélago en virtud de desplazamientos temporales

(no controvertido)

TERCERO.- En fecha 27/05/2021, Don Cornelio, le propone la posibilidad de acordar su **traslado** a la Isla de la Gomera, manifestándole el actor desagrado

(declaración de Don Cornelio).

CUARTO.- En fecha 03/06/2021 a las 08:04 el actor presentó solicitud de reducción de jornada por guarda legal de menor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.5 ET, por ser padre de descendencia de cuatro años de edad

(no controvertido, documento número 6 del ramo de prueba de la parte demandada)

QUINTO.- La relación laboral queda extinguida en fecha 03/06/2021, firmada por el actor a las 16:45 horas, cuando la empresa dirige carta extintiva de relación laboral al trabajador, por causas objetivas de naturaleza organizativas y de producción.

El contenido de la carta que se da por reproducido es el siguiente:

"DON Balbino



D.N.I. NUM002

En Las Palmas, a 3 de junio de 2021.

Muy Sr. nuestro:

Por la presente, la Dirección de Acciona Construcción, S.A. (en adelante, la Empresa) le informa que ha decidido extinguir su contrato de trabajo con fecha de efectos del recibo de la presente, por causas objetivas, en base al artículo 52 c) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, el Estatuto de los Trabajadores), fundamentándose esta decisión en los motivos que se exponen a continuación.

La necesidad de esta medida obedece a causas organizativas y de producción, cuyo origen fundamental se centra en la necesidad de adecuar los recursos existentes a las actuales circunstancias de la empresa.

En cuanto a su situación laboral actual, como sabe, Usted se encuentra prestando servicios como Topógrafo de Obra en el Proyecto "FASE IV CIRCUNVALACIÓN", sito en Las Palmas, Gran Canaria, desarrollando las siguientes funciones:

- Efectuar levantamientos topográficos de la zona afectada por la obra
- Controlar, verificar y documentar los datos geométricos del Proyecto
- Verificar y trasladar y marcar puntos, desde el plano a la realidad y viceversa, asegurando la correcta geometría de la obra.

En consideración con todo lo anterior, debemos señalarle que la antedicha obra está en una fase avanzada y con una fecha prevista de finalización muy próxima, en la que no existe actividad para el desarrollo de sus funciones, ni análogas en base a la formación y capacidades por Vd. ostentadas. Es por ello, que su puesto de trabajo ha quedado vaco de contenido, ya que no ha sido posible ubicarle en otra obra debido a la falta de demanda, provocada por la reducción de obras encomendadas a la compañía.

A pesar de que por parte de la compañía se ha realizado un esfuerzo durante este periodo al objeto de valorar la posibilidad de asignarle una nueva obra por si surgiere un nuevo proyecto, ello ha resultado imposible ya que no hay nuevas adjudicaciones para Obra Civil, por lo que se ha constatado que actualmente no existen tareas y/o encargos en la empresa para que Ud pueda continuar prestando servicios. Como venimos diciendo, la caída del volumen de actividad en el sector de la ingeniería civil y construcción tanto en España como en el mercado internacional ha ocasionado la disminución de la cifra de negocios de la Empresa.

El mantenimiento de niveles bajos de licitación y obras a ejecutar sigue provocando un desajuste en el nivel de empleo y de horas trabajadas por los empleados de la Empresa, que resulta excesiva en función de la pérdida de proyectos y la caída de actividad y está concatenada con la causa organizativa, al generar un excedente de personal por departamentos que no se corresponde con la carga de trabajo actual y prevista.

A mayor abundamiento, como consecuencia de la falta de obras activas y falta de previsión de nuevas adjudicaciones, se constata un impacto negativo evidente en la facturación de la zona a la que Ud. está adscrito, la

cual se acredita en la siguiente tabla adjunta:

2017: 85.472,00 €

2018: 82.838,80 €

2019: 121.705,60 €

2020: 141.536,70 €

CN PREV21 (i/0.1.): 99.295,00 €

Como se puede comprobar, la disminución en la facturación de dicha zona ha sufrido un drástico y continuado descenso, siendo que en el ejercicio 2020 la CN ascendía a 141.536,70M €, lo que representa que en 2021 el CN se haya reducido en un 29,8%.

Por tanto, esta situación tan negativa conlleva a que sea carente de justificación el mantenimiento de una posición de Topógrafo de Obra, toda vez que la facturación de la zona se está viendo ampliamente comprometida debido a la falta de obras activas, y debido a que existe en la actualidad ninguna obra civil donde se requiera la realización de dichas tareas ya que las que están operativas, se encuentran lamentablemente en fase de finalización y liquidación.



Por lo expuesto, la compañía se encuentra en la necesidad razonable de proceder a la amortización de su puesto de trabajo, por lo que la presente medida, se entiende adecuada, para la superación o al menos, para la paliación de la situación indicada, contribuyendo a adaptar la plantilla a través de una mejor reorganización de los recursos a la carga real de trabajo.

Con carácter previo a la toma de la presente decisión, la empresa ha tratado de buscar alternativas organizativas internas, concretadas en la posible movilidad geográfica para el desarrollo de las funciones objeto de su contrato de trabajo en la obra ACONDICIONAMIENTO DE LA CARRETERA DIRECCION009 - DIRECCION010 -AEROPUERTO, DIRECCION011 . DIRECCION012 NUM003 , y que Vd. ha rehusado, y que por tanto no permiten alternativas a la presente comunicación, ante la manifiesta falta de carga de trabajo especificada en la presente misiva.

Situación descrita que Vd. tuvo pleno conocimiento el pasado día 27 de mayo de 2021, por parte de D. Cornelio quien le **traslado** la necesidad de **traslado** ante la falta de carga de trabajo que pudiera sustentar dotarle de trabajo efectivo, y por tanto adelantado la imperiosa necesidad de amortización de su puesto de trabajo. Motivo por el cual esta Dirección considera que su solicitud de reducción de jornada comunicada en fecha de la presente atiende única y exclusivamente a la búsqueda de una protección frente a la amortización del puesto de trabajo que le fue oportunamente anunciada, y en la cual no expuso situación familiar alguna que limitará la misma.

A tales efectos y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, respecto del modo de notificar esa decisión, le comunicamos lo siguiente:

1. Simultáneamente a la entrega de esta comunicación escrita, se pone a su disposición la indemnización establecida en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, equivalente a veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades. Esta asciende a la cantidad neta de 38.139,88 €; cantidad que, naturalmente, será corregida inmediatamente en caso de error u omisión. A este efecto, la Empresa pone a su disposición mediante transferencia bancaria dicha cantidad.

2. En cuanto al momento en el que esta decisión extintiva será efectiva, le informamos de que la misma lo es a partir del día de hoy 3 de junio de 2021. En este sentido, aunque el artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores establece la obligación empresarial de conceder un plazo de preaviso de quince días, la Empresa puede sustituir el mismo por los salarios devengados durante ese período. En este sentido, la Empresa pone a su disposición, dentro de su liquidación, la cantidad correspondiente a la sustitución en metálico de dicho preaviso omitido, que será abonada mediante transferencia bancaria.

3. Se le hace entrega de su correspondiente liquidación, saldo y finiquito de haberes y partes proporcionales devengadas hasta la fecha de la efectividad de la medida extintiva, que le será abonada mediante transferencia bancaria.

4. Se da **traslado** de esta comunicación a los Representantes legales de los trabajadores para su conocimiento, conforme dispone el artículo 53.1.c) del

Estatuto de los Trabajadores.

Sin otro particular, haciéndole llegar nuestro agradecimiento por el tiempo que ha venido prestando sus servicios para la compañía, le rogamos que firme la presente comunicación a los efectos de que conste el recibo de la misma".

La fecha de despido es de efectos de 03/06/2021.

(no controvertido, documento número 3 del ramo de prueba de la parte actora y documento número 4 del ramo de prueba de la parte demandada)

SEXO.- En fecha 03/06/2021 se entrega a la parte actora liquidación por importe de 43.066,69 Euros.

(no controvertido, documento número 5 del ramo de prueba de la parte actora).

SÉPTIMO.- Obra en los autos organigrama de la fase IV; fichajes del departamento de topógrafos de la fase IV; carta de despido objetivo de D. Inocencio , Gerente de la Fase IV; **traslado** de Doña Alicia , topógrafa de la Fase IV a DIRECCION011 ; orden del Consejero de Obras públicas de julio 2021 sobre la Fase IV; acta de reconocimiento de las obras de la fase IV de agosto de 2021; que se dan por reproducidos.

(documentos números 10 a 16 del ramo de prueba de la parte actora).

OCTAVO.- Obra en autos ofertas de empleo de la empresa Acciona para seleccionar topógrafos para Las Islas Canarias (DIRECCION013 , DIRECCION011 , DIRECCION014); anuncios de adjudicación de obras a la



demandada coetáneas o posteriores al despido (con licitación previa); documentos de prensa con información de la Fase IV de la circunvalación y dictamen del consejo consultivo de Canarias estimando procedimiento de responsabilidad patrimonial instado por la demandada; dictamen de Consejo Consultivo de Canarias; que se dan por reproducidos.

(no controvertidos, documentos números 6 a 9 del ramo de prueba de la parte actora).

NOVENO.- Don Inocencio organizaba la obra y las necesidades de la misma. Requirió los servicios del actor como refuerzo porque tenían que entregar un tramo de autovía al Gobierno. Al haberse despedido al actor, se incrementó el trabajo en la fase IV y Don Inocencio, no pudo entregar la obra en plazo, cubriéndose el servicio con Doña Alicia y Doña Carmela. Al tiempo del despido del actor había obras pendientes en DIRECCION011, en DIRECCION015, y se barajaba la obra de MetroGuagua. Los topógrafos son de plantilla.

(declaración de Don Inocencio).

DÉCIMO.- Después del despido del actor se han contratado a topógrafos.

(declaración de Doña Alicia)

UNDÉCIMO.- La parte actora no es ni ha sido en el año anterior a su cese representante legal o sindical de los trabajadores.

(no controvertido)

DECIMOSEGUNDO.- Se agotó la vía previa.

(no controvertido).

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por DON Balbino, contra ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de la parte actora, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a que, por tanto, a su elección, la empresa le readmita en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido con lo salarios de tramitación o bien le indemnice con la suma de 76.279,76 Euros (- Primer plazo. Hasta el 11-2-2012- Salario diario x meses x 3,75: 55223,37 Euros; - Segundo plazo. Desde el 12-2-2012 - Salario diario x meses x 2,75: 21056,39 Euros), condenándola igualmente a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido en caso de readmisión; debiendo advertir que la opción señalada, habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los CINCO DÍAS SIGUIENTES, desde la notificación de la Sentencia; sin perjuicio de los descuentos y compensaciones que procedan a determinar en fase de ejecución. Condenando al Fogasa a estar y pasar por tales declaraciones.

Existiendo Auto de aclaración de fecha 09/11/22 que acuerda:

Aclarar la sentencia con fecha veintiocho de septiembre de dos mil veintidós, en el sentido de que donde dice "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por DON Balbino, contra ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de la parte actora, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a que, por tanto, a su elección, le readmita en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido con lo salarios de tramitación o bien le indemnice con la suma de 76.279,76 Euros (- Primer plazo. Hasta el 11-2-2012- Salario diario x meses x 3,75: 55223,37 Euros; - Segundo plazo. Desde el 12-2-2012 - Salario diario x meses x 2,75: 21056,39 Euros), condenándola igualmente a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido en caso de readmisión; debiendo advertir que la opción señalada, habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los CINCO DÍAS SIGUIENTES, desde la notificación de la Sentencia. Condenando al Fogasa a estar y pasar por tales declaraciones", DEBE DECIR "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por DON Balbino, contra ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de la parte actora, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a que, por tanto, a su elección, le readmita en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido con lo salarios de tramitación o bien le indemnice con la suma de 76.279,76 Euros (- Primer plazo. Hasta el 11-2-2012- Salario diario x meses x 3,75: 55223,37 Euros; - Segundo plazo. Desde el 12-2-2012 - Salario diario x meses x 2,75: 21056,39 Euros), habiendo ya percibido la parte actora como indemnización por despido objetivo el importe de 38.139,88 euros, condenándola igualmente a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido en caso de readmisión; debiendo advertir que la opción señalada, habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los CINCO DÍAS SIGUIENTES, desde la notificación de la Sentencia. Condenando al Fogasa a estar y pasar por tales declaraciones". CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por



la parte D. Balbino y ACCIONA CONSTRUCCION S.A., y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día indicado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora y también de la empresa demandada interponen sendos recursos de suplicación frente a la sentencia nº 418/2022 dictada por el juzgado de lo Social nº 9 de Las Palmas, en los autos nº 601/202, seguidos en materia de despido por razones objetivas. La actora solicitaba la declaración de nulidad por vulneración del derecho a la conciliación familiar y laboral y subsidiariamente la improcedencia. La empresa solicita la convalidación de la decisión extintiva.

La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda planteada declarando la improcedencia del despido producido al actor, con los efectos jurídicos anudados a tal calificación jurídica pero se desestimó la calificación de nulidad vinculada al ejercicio por parte del actor de su derecho a reducción y adaptación de jornada por cuidado de su hijo de cuatro años.

Los recursos han sido impugnados de contrario, respectivamente.

SEGUNDO.- RECURSO DE SUPPLICACIÓN DE ACCIONA CONSTRUCCIÓN SA

2.1º- En los motivos que van del primero al cuarto, al amparo del art. 193 b) de la LRJS, se solicita la revisión fáctica.

A)- En primer lugar, se solicita la revisión del hecho probado tercero, proponiéndose el siguiente tenor:

"En fecha 27/05/2021, Don Cornelio, le propone la posibilidad de acordar su **traslado** a la Isla de la Gomera, manifestándole el actor desagrado. El **traslado** se debía a la finalización de sus trabajos y la necesaria reubicación en otra obra debido a las amortizaciones de las posiciones de la obra que ya no eran necesarias, como la del actor."

Descansa en prueba documental: documento 10 y 12 del ramo de prueba de la recurrente.

B)-Revisión del hecho probado octavo, proponiéndose este tenor literal:

"Obra en autos ofertas de empleo de la empresa Acciona para seleccionar topógrafos para Las Islas Canarias (Hierro, Gomera, Fuerteventura). Estas ofertas de empleo son meses posteriores a la salida del actor.

Obra en autos anuncios de adjudicación de obras a la demandada posteriores al despido (con licitación previa)? pero que no estaban vigentes al momento de la salida del actor.

Obra en autos listado de obras de la demandada en las que no había ninguna vigente en la isla de Gran Canarias a la fecha de la salida del actor."

Se ampara esta modificación en prueba documental: documento 6 a 9 del ramo de prueba de la parte actora y doc. 19.

C)- Modificación del hecho probado noveno, proponiéndose esta redacción:

"Don Inocencio organizaba la obra y las necesidades de la misma.

Requirió los servicios del actor como refuerzo porque tenían que entregar un tramo de autovía al Gobierno. Cuando se despidió al actor no se necesitó la contratación de ningún topógrafo en la obra, saliendo el trabajo con las dos topógrafas de Acciona que continuaban en la misma: Doña Alicia y Doña Carmela.

Al tiempo del despido del actor había obra pendiente en la Gomera donde se necesitaba un topógrafo, pero el trabajador la rechazó. Este puesto fue cubierto con Doña Alicia quien salió de la Fase IV al mes de salir el actor, y sí aceptó la reubicación."

Descansa en prueba documental: Documento número 10, 12 y 14 del ramo de prueba de la recurrente.

D)- Revisión del hecho probado décimo, por este tenor literal:

"Después del despido del actor, no se han contratado más topógrafos hasta pasado un año desde su salida."

Se ampara esta modificación en prueba documental: doc nº 6 de la prueba documental de la parte actora

La parte actora impugnante se opuso a todas las modificaciones fácticas, destacando que la juzgadora de instancia ya ha valorado la prueba documental señalada por la recurrente y otra prueba practicada, como la testifical que le ha llevado a su convicción. Y se pretenden introducir valoraciones subjetivas, según esta parte, en la propuesta de revisión del Hecho probado octavo (HP8º).



Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

- a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;
- b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (STS 14 de enero, 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986) y STS, 17 de noviembre de 1990) «... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...»);
- c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;
- d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;
- e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o pericia les que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y,
- f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Aplicando los criterios jurisprudenciales expuestos al caso que nos ocupa debemos desestimar la propuesta de modificación del hecho probado tercero porque la literalidad original descansa en prueba testifical (Don Cornelio), que no es revisable a efectos de suplicación.

Igual suerte desestimatoria debe correr la modificación del hecho probado octavo porque la pretendida modificación no se deduce de manera clara, directa e incontrovertida de la documental señalada . A mayor abundancia, debe destacarse que tal documental ya ha sido valorada por la magistrada de la instancia, junto con la prueba testifical practicada, sin que se evidencie error en tal valoración.

Por otra parte como reiteradamente hemos puesto de manifiesto, el Juzgador/a ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicada 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/a la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la LRJS (STS 18/11/1999 (RJ 1999, 8742)). En sentencia, de fecha 24/5/2000 (RJ 2000, 4640) , el Tribunal Supremo vuelve a señalar que la valoración de la prueba es facultad privativa quien juzga en la 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 éste recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia. Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 7/3/2003 (RJ 2003, 3347) indica que como se recoge en sentencias de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4620) y 10 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4362) , con esta forma de articular el motivo y de proceder lo que está tratando de conseguir es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación o suplicación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador/a de instancia, por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica. El planteamiento en suplicación o casación del error en la valoración de la prueba (cualquiera que sea su concepto), también requiere la indicación y análisis de una norma sobre prueba idónea para determinar tal apreciación, o la infracción de la doctrina constitucional sobre el error patente, valoración arbitraria o irrazonable.

También se desestima la propuesta de modificación del hecho probado noveno porque, de nuevo, descansa sobre la prueba testifical, que no es revisable en suplicación, sin que se alegue ni evidencie error grave en su valoración.

Y, finalmente , se desestima la propuesta modificativa del hecho probado décimo, por las mismas razones expuestas en relación a la modificación del HP9º.



En base a lo anterior, se desestiman los cuatro primeros motivos del recurso y, por ende, las revisiones fácticas propuestas.

2.2º- En el quinto motivo del recurso, al amparo del art. 193 c) de la LRJS, se denuncia infracción de normas sustantivas y de jurisprudencia, Específicamente, los arts. 51 y 52 del ET y jurisprudencia aplicable.

Entiende la recurrente, basándose sustancialmente en el relato fáctico con inclusión de sus propuestas modificativas que, ha resultado probado que los trabajos del actor ya no eran necesarios debido al avance de la obra y prueba de ello, según la recurrente, es que no se precisó ninguna ayuda cuando se produjo la salida del actor e incluso al mes se procedió la amortización en la Fase IV de otras de las posiciones de topógrafo, la de su compañera Alicia, quien se **trasladó** a la Gomera para continuar con las funciones en otra obra donde se necesitaba un perfil de topógrafo como el suyo. Se añade que el actor no fue sustituido por ningún otro trabajador y, además, el departamento de topografía fue disminuyendo, quedando tan solo una topógrafa. Por todo ello entiende que las necesidades de extinguir el puesto de trabajo han quedado debidamente acreditadas por haber disminuido el trabajo en la obra en la que estaba adscrito el actor, produciéndose una reestructuración continua de la obra.

La parte actora impugnante se opuso a este motivo en base a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

Para resolver este segundo motivo debemos partir necesariamente de los hechos de relevancia contenidos en el relato fáctico, de entre los que destacamos los siguientes .

-El actor viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 7/8/2000, con la categoría profesional de topógrafo.

- En fecha 27/05/2021, Don Cornelio, le propone la posibilidad de acordar su **traslado** a la Isla de la Gomera, manifestándole el actor desagrado

- La relación laboral queda extinguida en fecha 03/06/2021, firmada por el actor a las 16:45 horas, cuando la empresa dirige carta extintiva de relación laboral al trabajador, por causas objetivas de naturaleza organizativas y de producción. Nos remitimos a la literalidad de la carta de despido reproducida en el HP5º de la sentencia.

- Se efectuaron ofertas de empleo de la empresa Acciona para seleccionar topógrafos para Las Islas Canarias (Hierro, Gomera, Fuerteventura) ? anuncios de adjudicación de obras coetáneas o posteriores al despido del actor. Y documentos de prensa con información de la Fase IV de la circunvalación y dictamen del consejo consultivo de Canarias estimando procedimiento de responsabilidad patrimonial instado por la demandada? dictamen de Consejo Consultivo de Canarias? que se dan por reproducidos.

-Don Inocencio organizaba la obra y las necesidades de la misma.

Requirió los servicios del actor como refuerzo porque tenían que entregar un tramo de autovía al Gobierno. Al haberse despedido al actor, se incrementó el trabajo en la fase IV y Don Inocencio, no pudo entregar la obra en plazo, cubriéndose el servicio con Doña Alicia y Doña Carmela. Al tiempo del despido del actor había obras pendientes en DIRECCION011, en DIRECCION015, y se barajaba la obra de MetroGuagua. Los topógrafos son de plantilla.

-Después del despido del actor se han contratado a topógrafos.

Por lo que respecta al despido por causas objetivas, la causa en los procesos de despido difiere en función de si la causa es económica o si la misma es técnica organizativa o productiva y se encuentra ya resuelta por el TS, en SSTs de 13-2-02 (RJ 2002, 3787) (rec. 1436/01) y 19-3-02 (RJ 2002, 5212) (rec. 1979/01), que ha diferenciado las causas técnicas, organizativas o de producción respecto de las que ha dicho que "cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del 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 exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes".

La actual regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. - Por el contrario, deberá acreditarse que el despido es procedente



para corregir desajustes en la plantilla, lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva.

La prueba, exigida a la empresa, requerirá acreditar la concurrencia de la causa alegada, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios.

Así pues, la justificación del despido exigirá la superación de tres fases por las empresas:

a. -Acreditar la causa: la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado, o bien causas organizativas o técnicas. (causas ETOP)

b. -Determinar la conexión de funcionalidad, es decir, en qué modo las causas ETOP inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir. Lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva. En dicha conexión tienen un peso específico decisivo los criterios de selección de las personas afectados. Ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 de la OIT.. La necesidad de adecuar las causas y sus efectos sobre los trabajadores afectados, se refuerza por la regulación, contenida en los arts. 22.3y 24.4 RD 1362/2012, de 27-09, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos.

c. - Proporcionalidad: consiste en la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad. Hay que razonar la medida de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios

El TS, en STS 15 abril 2014. RJ 2014\4342, afirma que "El que la medida concreta quede al arbitrio del empresario y el que su criterio no pueda ser suplido por los Juzgados y Tribunales que no pueden realizar un juicio de valor sobre ella para determinar si es la mejor, juicio de optimización, no quiere decir que la decisión empresarial, probada la causa, escape a todo control judicial, por cuanto los órganos judiciales pueden realizar, como ya dijo esta Sala en su sentencia de 27-1-2014 (R.O. 100/2013 (RJ 2014, 793)), un juicio sobre la racionalidad de la misma, para determinar si son ajustadas a la situación existente o desproporcionadas por excesivas. Ello requerirá ponderar todas las circunstancias concurrentes para hacer un juicio sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida tomada que será confirmada si es razonable. En otro caso, cuando se estime que la medida es irrazonable y desproporcionada en atención a las circunstancias económicas, técnicas y organizativas que se alegaron para justificarla, procederá declararla no ajustada a derecho, sin que quepa sustituirla por otra, porque el proceder arbitrario del empleador da lugar a que no se considere acreditada la causa que justificaba la totalidad de los despidos, ..."

En el caso que nos ocupa el despido del actor descansa en causas organizativas y de producción pero lejos de haberse probado una disminución productiva o una reajuste o reestructuración organizativa, como se recoge en la misiva de despido, es lo cierto que a tenor de la prueba documental y especialmente testifical, practicada en el acto del juicio se concluye en el relato fáctico (hechos probados séptimo, octavo, noveno y décimo), que lejos de finalizar las obras de la Fase IV siguieron desarrollándose y tampoco disminuyeron las licitaciones y adjudicaciones de nuevas obras a la demandada de forma coetánea y posterior al despido del actor. Además, todo ello derivó en la contratación de nuevos topógrafos para cubrir las necesidades productivas de la empresa, existiendo al momento del despido del actor otras obras pendientes en DIRECCION011 o DIRECCION015, barajándose la obra de Metroguagua. Todo ello evidencia un panorama productivo con difícil encaje en una extinción contractual por razones objetivas de tipo productivo y organizativo, tal y como apreció atinadamente la magistrada de la instancia.

En base a lo expuesto procede desestimar el recurso de suplicación planteado por la empresa demandada.

TERCERO.- RECURSO DE SUPPLICACIÓN DE DON Balbino

En el único motivo del recurso de la parte actora, se denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, al amparo del art. 193 c) LRJS. Específicamente se denuncia la infracción del art. 55.5 b) del ET en relación con el art. 37.6 del ET y art. 24.1 CE y se invoca, también, la STSJ Catalunya de 21/10/21 (RS 1864/21), aunque es sabido que no tiene la consideración de jurisprudencia a efectos suplicacionales.

Entiende esta recurrente que debió la sentencia calificar de nulo (no improcedente) el despido del actor, en base a la cercanía temporal existente entre el ejercicio del derecho a conciliación familiar laboral del actor en fecha 3/6/2021 a las 8:04 horas y el momento de la decisión extintiva, producida en fecha 3/6/2021 a las 16:45 horas. Tomando en consideración tales circunstancias, a criterio de esta parte, la sentencia de instancia



infringe lo dispuesto en el art. 55.5 b) del ET, pues salvo que exista causa que acredite la procedencia del despido, concurriendo la circunstancia previa de solicitud de reducción de guarda legal la única calificación posible para el despido es la de nulidad, al ser concedora la empresa en el momento de despedir de la solicitud de reducción de jornada por guarda legal formulada por el actor.

La empleadora impugnante se opuso en base a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida . Se señala por esta parte que lo que ha ocurrido en este caso es que el trabajador hace uso del derecho a reducir su jornada y formula petición en tal sentido a la empresa con el fin de obtener la protección que frente a esos supuestos otorga el ET, con la clara intención de blindarse frente al despido que sabía podía llegarle según el mismo había asumido en el mismo momento que rechaza la única vacante (la de la Gomera) que existía y con conocimiento de que sus funciones en la Fase IV habían acabado, lo cual se le comunicó unos días antes en la reunión mantenida con D. Cornelio .

Resolvemos este recurso, eminentemente jurídico, en el que solo se cuestiona la calificación del despido considerando la recurrente que debe ser nulo, por el hecho objetivo de producirse el mismo día en el que el actor solicitó de la empresa reducción de jornada por cuidado de su hijo menor de cuatro años de edad .

En el caso que nos ocupa se alega la vulneración de derechos fundamentales derivado del ejercicio de conciliación familiar y laboral del actor el mismo día, unas horas antes, de producirse el despido del trabajador .

La prevalencia de los derechos fundamentales de la persona trabajadora y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los arts. 96 y 181 de la LRJS.

En el caso que nos ocupa ha resultado probado que el actor el día 3/6/21 a las 8:04 de la mañana solicitó de la empresa reducción de jornada por guarda legal de menor de conformidad a lo previsto en el art. 37.5 del ET. (HP4º)

Y también ha resultado probado que ese mismo día , horas más tarde , a las 16:45 horas, la empresa entrega carta de despido objetivo al trabajador . No obstante , la empleadora , a quien incumbía la carga probatoria, ha logrado probar que no existe vinculación entre la decisión extintiva y el ejercicio del actor de su derecho a conciliar la vida laboral y familiar. Ello es así a tenor de lo recogido en el HP3º de la sentencia recurrida (inalterado) en el que reza:

"En fecha 27/05/2021, Don Cornelio , le propone la posibilidad de acordar su **traslado** a la Isla de la Gomera, manifestándole el actor desagrado"

A mayor abundancia en la fundamentación jurídica de la sentencia , de acuerdo con la prueba testifical practicada en la persona de Don Cornelio se dice:

"La alegación efectuada por la parte actora no puede acogida. La decisión extintiva aparece absolutamente desvinculada a la vulneración de derechos fundamentales, por vulneración del derecho de conciliación de vida familiar y laboral, ya que la petición se realiza el mismo día que iba a ser despedido, asumiendo el actor que esa situación podía ocurrir. En efecto, fecha 27/05/2021 se reunió con Don Cornelio , el cual le comunicó la posibilidad de acordar su **traslado** a la Isla de la Gomera, decisión a la que la parte acora mostró su disconformidad. Lo expuesto, permite concluir que la decisión del despido es completamente ajena al propósito de la empresa de represaliar al trabajador por el ejercicio de sus derechos laborales (.)"

De lo expuesto se deduce que, efectivamente días antes de efectuarse la solicitud de reducción de jornada por parte del actor , específicamente el día 27/5/21, el actor tuvo noticia sobre la situación de la empresa y recibió propuesta para trasladarse a la isla de la Gomera, por lo que ya la empresa había tomado su decisión de efectuar cambios en relación al actor y promover cambios organizativos. Ello desconecta la decisión de despido de la petición efectuada por el trabajador unas horas antes de serle entregada la carta de despido , pues esta decisión está vinculada con la propuesta efectuada al actor el día 27/5/21, esto es, con anterioridad al ejercicio de su derecho a conciliar.

De lo anterior se deduce , tal y como se apreció por el juzgador de la instancia , una actuación de aparente ejercicio de un derecho de conciliación familiar y laboral por parte del actor, a los solos efectos de blindarse frente a la decisión empresarial impugnada, ya conocida por el operio, lo que coloca al recurrente en un actuar fraudulento, que nos impide apreciar la pretendida nulidad de la decisión extintiva.

Por todo lo expuesto se desestima, también, el recurso planteado por la parte actora.

QUINTO.- En relación a las costas del proceso conforme al art.235 LRJS , procede su imposición exclusivamente a la empresa recurrente en la cantidad de 800 euros.



Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por Don Balbino , y también el recurso de suplicación de la demandada ACCIONA CONSTRUCCIÓN SA, frente a la sentencia nº 418/2022 dictada por el juzgado de lo Social nº 9 de Las Palmas en los autos nº 601/2021, que confirmamos en su integridad, condenando a la demandada recurrente al abono de las costas que se cuantifica en 800 euros .

Condenamos a la demandada recurrente a la pérdida del depósito necesario para recurrir y respecto de las cantidades consignadas se les dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c ?Las Palmas nº 3537/0000/66/0191/23 el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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