



Roj: **STSJ CAT 848/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:848**

Id Cendoj: **08019340012017100750**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2017**

Nº de Recurso: **7442/2016**

Nº de Resolución: **1180/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIQUEL ANGEL FALGUERA BARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 44 - 4 - 2015 - 8047804**

EL

**Recurs de Suplicació: 7442/2016**

IL LM. SR. AMADOR GARCIA ROS

IL LM. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

IL LM. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

Barcelona, 14 de febrer de 2017

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

**EN NOM DEL REI**

ha dictat la següent

**SENTÈNCIA NÚM. 1180/2017**

En el recurs de suplicació interposat per Eulalia a la sentència del Jutjat Social 2 Barcelona de data 7 de juliol de 2016, dictada en el procediment núm. 1061/2015, en el qual s'ha recorregut contra la part Consorci Sanitari Integral i Fondo de Garantía Salarial, ha actuat com a ponent Il. M. Sr. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ.

#### **ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** En data 2 de desembre de 2015, va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre acomiadament en general, la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 7 de juliol de 2016, que contenia la decisió següent:

"Que estimando parcialmente como estimo en su petición subsidiaria la demandainterpuesta por D<sup>a</sup>. Eulalia contra la empresaCONSORCI SANITARI INTEGRAL, debo declarar y declaro la improcedencia deldespido de la demandante, condenando a esta a que en un plazo de cinco díasdesde la notificación de esta resolución opte entre readmitirla en el mismopuesto, condiciones y efectos, con abono, en este caso, de los salarios dejadosde percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, oindemnizarle en la suma de 1.381,43 euros."

**Segon.** En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:



PRIMERO.- La demandante, D<sup>a</sup>. Eulalia prestó susservicios para la entidad demandada con una antigüedad de 10/11/2012, ostentando la categoría profesional de auxiliar de enfermería y percibiendo un salario de 848,86 euros mensuales, incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- La actora suscribió con la empresa demandada los siguientes contratos:

- Contrato de duración determinada para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en la recuperación de horas de exceso de jornada de D<sup>a</sup>. Modesta , aun tratándose de la actividad normal de la empresa, desde el 10/11/2012 hasta el 2/12/2012.

- Contrato de duración determinada para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en la cobertura de vacaciones y días de convenio de D<sup>a</sup>. Susana , aun tratándose de la actividad normal de la empresa, desde el 5/12/2012 hasta el 16/12/2012.

- Contrato de duración determinada para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en cobertura de los días de convenio de D<sup>a</sup>. Adriana aun tratándose de la actividad normal de la empresa, desde el 29/12/2012 hasta el 20/1/2013.

- Contrato de duración determinada para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en la cobertura de las necesidades esenciales e inaplazables de la actividad asistencial, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, desde el 2/2/2013 hasta el 28/2/2013.

- Contrato de duración determinada para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en la cobertura de las necesidades esenciales e inaplazables de la actividad asistencial, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, desde el 1/3/2013 hasta el 31/3/2013.

- Contrato de duración determinada para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en la cobertura de las necesidades esenciales e inaplazables de la actividad asistencial, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, desde el 1/4/2013 hasta el 30/4/2013.

- Contrato de duración determinada para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en la cobertura de las necesidades esenciales e inaplazables de la actividad asistencial, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, desde el 2/12/2013 hasta el 31/12/2013.

- Contrato de duración determinada para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en la cobertura de las necesidades esenciales e inaplazables de la actividad asistencial, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, desde el 1/2/2014 hasta el 28/2/2014.

- Contrato de duración determinada para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en la cobertura de las necesidades esenciales e inaplazables de la actividad asistencial, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, desde el 4/3/2014 hasta el 31/3/2014.

- Contrato de duración determinada para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en la cobertura de las necesidades esenciales e inaplazables de la actividad asistencial, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, desde el 1/4/2014 hasta el 30/4/2014.

TERCERO.- El 30/4/2014 la empresa extinguió 83 contratos temporales.

CUARTO.- Por Decreto 240/91 de 11 de noviembre se creó el Consorci para la Gestió de l'Hospital de Llobregat integrado por la Generalitat de Catalunya y la Cruz Roja Española. Mediante posteriores acuerdo del Gobierno de la Generalitat se modificó el nombre del Consorci, sus Estatutos y los entes que conforman el Consorci. En la actualidad el Consorci Sanitari Integral está formado por el Servei Català de la Salut, l'Institut Català de la Salut, el Consell Comarcal del Baix Llobregat, el Ajuntament de Sant Joan Despí, el Ajuntament de L'Hospitalet de Llobregat y la Cruz Roja Española. Es un ente público con personalidad jurídica propia e independiente de la de sus miembros. El objeto del Consorci es la ejecución de actividades hospitalarias, asistenciales, preventivas, rehabilitadoras, docentes y de investigación.

QUINTO.- La entidad demandada y el Servei Català de la Salut firmaron convenios de gestión de servicios asistenciales en el que consta la actividad contratada con cargo a los fondos públicos de Catsalut por el periodo anual, con detalle de los Programas de especial interés, entre los cuales está el programa de urgencias



de invierno (PIUC) con periodo de vigencia de 1/1/2013 al 30/4/2013 y de 1/11/2013 a 31/12/2013 y de 1/1/2014 al 30/4/2014 y de 1/11/2014 a 31/12/2014.

SEXTO.- Se agotó la vía administrativa previa.

**Tercer.** Contra aquesta sentència la part actora va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària que el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

## FONAMENTS DE DRET

**PRIMER.-** Per la via de la lletra b) de l'article 193 LRJS postula la part actora la modificació del relat fàctic de la sentència. Als dits efectes se'ns demana, en relació als documents dels folis 497 i 408, el canvi de redacció de l'ordinal tercer, amb inclusió d'una taula (que donem íntegrament per reproduïda) on consta que el dia de l'acomiadament de l'actor s'extingiren 83 contractes temporals, fent constar el nom, la data d'altra, la de baixa, el tipus de contracte i la seva causa.

Per bé que la Sala no té cap inconvenient en introduir el dit canvi, caldrà observar que ens trobem davant un aspecte irrellevant en les nostres reflexions, pels motius que exposarem en el següent fonament jurídic. Al què caldrà afegir que en l'actual redacció de l'ordinal tercer ja consta l'extinció dels vuitanta-tres contractats temporals.

**SEGON .-** Per la via de la lletra b) de l'article 193 LRJS denuncia la part demandant la infracció d'allò previst a l' article 51 ET , en considerar que atès el número e contractes temporals practicats en la mateixa data es superen els llindars legals fixats en el precepte que s'indica en relació a l'àmbit material dels acomiadament col lectius.

La Sala no comparteix la tesi de fons en aquest punt de la sentència del primer grau. En efecte, volem recordar que respecte a l'àmbit objectiu dels acomiadaments col lectius, és criteri casacional la inclusió en els límits de l' art. 51.1 ET la finalització dels contractes temporals en frau de llei o finalitzats davant tempus, Així es deriva de la STS UD 03.07.2012 Rec. 1744/2011 -, en la qual s'afirma: "*si se trata de contrataciones temporales fraudulentas, como en este caso, o resulta que la obra o el servicio concertados no han finalizado en absoluto, es decir, ni siquiera de alguna forma parcial que pudiera afectar a la actividad del trabajador, no cabe excluir en del cómputo tales trabajadores a los efectos discutidos, pues en otro caso se dejaría al arbitrio del empleador la utilización de la vía del despido colectivo, excluyendo de los referidos umbrales las contrataciones de esta clase*". Un criteri confirmat per la posterior STS UD 08.07.2012 (Rec. 2341/2011 ).

Ara bé, no ocorre el mateix en el cas de contractes temporals que no incorrin en situacions il·lícites, pel contingut de l' art. 1 de la Directiva 98/59/CEE i s'ha indicat en la STJUE 13.05.2015 (assumpte C-392/13 , **Rabal Cañas**).

L'aplicació de tots aquests criteris comporta un problema hermenèutic important que pot enunciar-se amb la pregunta següent: què ocorre si existeix una extinció col lectiva que supera els límits legals i en la qual, no obstant això, no s'han seguit els tràmits legals de l' article 51.1 ET ? Paradoxalment la Llei substantiva guarda silenci; i la Llei processal es limita a respondre que en aquest cas l'acomiadament ha de ser qualificat judicialment com a nul, tant en la regulació de les extincions objectives per concurrència de frau de llei, com dels acomiadaments col lectius ( arts. 122.2 b ) i 124 LRJS , respectivament) Per aquest motiu cal preguntar-se si, àdhuc no acudint l'ocupador als tràmits de l' article 51 ET és possible instar una demanda col lectiva d'acomiadament col lectiu. La doctrina del TS en cassació ordinària ha vingut a donar una resposta positiva a partir de les figures de el "acomiadament col lectiu de fet" i de el "acomiadament col lectiu irregular".

Aquest criteri es fixa a partir de la STS 25.11.2013 -Rec. 52/2013 -. En ella, analitzant un supòsit de variades extincions contractuals per la via de l' article 52 c) que excedien del topall legal en el període de referència de noranta dies, el TS parteix de la diferenciació entre aquelles situacions en les quals superant-se els límits legals d'afectats no se segueixen els tràmits establerts en l' article 51 TRLET -essencialment, el període de consultes- i aquelles altres en les quals existeix una ocultació fraudulenta del caràcter col lectiu. Per tant, entre els acomiadaments per causes econòmiques, tècniques, organitzatives i productives més o menys coetanis notificats essencialment com a objectius (ex art. 52 c) ET ) o els típics tancaments d'empresa i aquells altres en els quals per diferents motivacions -al llarg del període de noranta dies- s'ultrapassen els límits legals (computant totes les extincions per iniciativa de l'empresari "en virtut d'altres motius no inherents a la persona del treballador") El primer d'aquests escenaris es qualifica en la citada sentència com un "acomiadament col lectiu irregular", mentre que el segon s'imputa com a "acomiadament col lectiu de fet" ("que també podria qualificar-se en determinats casos com un acomiadament fraudulent").



En aquesta tessitura la recent STS 22.12.2016 -Rec. 10/2016 , amb important vot particular- ha vingut a indicar que en el cas de contractes temporals fraudulents no és possible acudir a la via de l'acció col·lectiva de l'article 124 LRJS , sinó que escau estar a l'acció individual de l'apartat 13 del dit precepte. I en el dit pronunciament s'afirma:

*"3. El art. 124 LRJS configura una acción de impugnación del despido colectivo que corresponde ejercitar a los sujetos legitimados según el apartado 1 de dicho precepto. El objeto del proceso que se inicia con esta acción es, por tanto, la impugnación de una decisión extintiva de carácter colectivo.*

*No cabe duda de que el despido colectivo puede producirse al margen de que la empresa utilice el procedimiento del art. 51 ET (despido colectivo irregular) o que, incluso, se oculte su carácter colectivo (despido colectivo de hecho); y, tanto en un caso como en el otro, la decisión empresarial puede ser impugnada por la vía del art. 124 LRJS ( STS/4ª/Pleno de 25 noviembre 2013 -rec. 52/2013 - y 21 julio 2015 -rec. 370/2014 -); mas en el presente caso la demanda se construye sobre unas afirmaciones no meramente fácticas -las que se refieren a la existencia de la comunicación empresarial de cese de un determinado número de trabajadores-, sino sobre una calificación jurídica -el fraude de ley en la contratación y la inexistencia de justificación de la terminación de los contratos- que necesariamente individualiza la situación de los trabajadores haciendo necesarios unos pronunciamientos previos que no pueden ser incluidos en el objeto del proceso regulado en el precitado art. 124 LRJS .*

*Para determinar si se sobrepasa el umbral numérico del art. 51.1 ET y comprobar si, efectivamente, se había alcanzado aquél, el órgano judicial no podría entrar a examinar si los contratos de trabajo afectados eran o no fraudulentos, pues es ésta una cuestión previa de la que habría de depender que estuviéramos o no ante un despido colectivo irregular o de hecho.*

*4. Por consiguiente, la competencia para conocer de la acción de impugnación de la terminación del contrato de trabajo corresponde al Juzgado de lo Social a través del cauce de los arts. 103 a 113 y 120 a 123 LRJS ".*

És per aplicació d'aquestes consideracions per les que, com hem dit, no acabem de compartir la tesi de la sentència del primer grau. Ara bé, dit l'anterior caldrà observar que el recurrent dona per fet que els vuitanta-tres contractes eren fraudulents. I és en aquest punt en el que el recurs ha de decaure. En efecte, encara que haguéssim acceptat la modificació fàctica proposada difícilment podem declarar que els dits contractes eren fraudulents, atès que desconeixem el seu contingut, la seva causa i la seva realitat.

Per a que la tesi del recurs pogués prosperar hagués estat necessari: a) que a efectes de mer contingut formal s'haguessin aportats tots els contractes (cosa que per bé que figurava com altressí a la demanda no consta a les actuacions, sense que tampoc consti protesta, ni es formalitzi en el recurs un motiu "ad hoc"); i b) que a través de les oportunes proves s'hagués acreditat que o bé la finalització fou ante tempus o bé que l'objecte del contracte era fraudulent. Res d'això és apreciable en les presents actuacions, en forma tal que difícilment podem acceptar que la mera finalització dels dits contractes temporals -que és l'únic acreditat en les presents actuacions- doni lloc a considerar que existeix un acomiadament de fet.

D'aquí que el motiu hagi de ser desestimat i, amb ell, el recurs en la seva integritat.

Atesos els preceptes legals citats, els concordants amb els mateixos i les demés disposicions de general i pertinent aplicació

## DECIDIM

Que hem de desestimar i desestimem el recurs de suplicació interposat per Eulalia contra la sentència dictada pel jutjat del social número 2 dels de Barcelona en data 7 de juliol de 2016 , recaiguda en les actuacions 1061/2015, en virtut de demanda deduïda per la dita part actora contra el CONSORCI SANITARI INTEGRAL en reclamació per acomiadament i, en conseqüència, hem de confirmar i confirmem íntegrament la dita resolució.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Un cop sigui ferma la sentència caldrà remetre al Jutjat d'instància les seves actuacions ja que és l'òrgan judicial competent per executar-la.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social .

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels



beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , consignarà com a dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el BANC SANTANDER, n° 0965 0000 66, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , quan així procedeixi, cal acreditar-la al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria i s'efectuarà en el compte de la Sala , amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

També és possible substituir la consignació en metàl·lic per l'assegurament de la condemna mitjançant un aval bancari emès per una entitat de crèdit. El document haurà de ser de duració indefinida i a pagar a primer requeriment.

Si el dipòsit o la consignació no és fan de forma presencial sinó mitjançant transferència bancària o per procediments telemàtics, a les dites operacions hauran de constar les següents dades:

El compte bancari al que es remetrà la quantitat és IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. A la dada de "ordenant" caldrà indicar el nom de la persona física o jurídica que fa l'ingrés i el seu NIF o CIF. Com a "beneficiari" ha de constar la Sala Social del TSJ de Catalunya. Finalment, a "observacions o concepte de la transferència" cal introduir els 16 dígits que consten en els paràgrafs precedents respecte al dipòsit i la consignació fets de forma presencial.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

**PUBLICACIÓ.** Avui, el Magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.