



Roj: **STSJ PV 3281/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:3281**

Id Cendoj: **48020340012017101939**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2017**

Nº de Recurso: **1781/2017**

Nº de Resolución: **1943/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO N°:** Suplicación **1781/2017**

**NIG PV 48.04.4-16/009351**

**NIG CGPJ 48020.44.4-2016/0009351**

**SENTENCIA N°: 1943/2017**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 10 de octubre de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Il'tmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D<sup>a</sup> ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

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

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Hermenegildo y SOCIEDAD BILBAINA DE RECREO contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 5 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 22 de marzo de 2017, dictada en proceso sobre despido (DSP), y entablado por Hermenegildo frente a **SOCIEDAD BILBAINA DE RECREO, siendo parte interesada FONDO DE GARANTIA SALARIA.**

Es Ponente la Il'tma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, 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:

"PRIMERO. - El demandante D. Hermenegildo, con DNI NUM000, ha venido prestando servicios por cuenta y órdenes de la empresa SOCIEDAD BILBAINA DE RECREO, con la categoría profesional de ordenanza, calificación 4<sup>a</sup>, desde el 1/3/2005 y percibiendo un salario de 1.638,57 euros con inclusión de la parte proporcional de pagas extras.

El trabajador prestó servicios 12 días en el año 2.005, 16 días en el año 2.006, y 27 días en el año 2.007 hasta el 4 de diciembre, comenzando a partir de 8/12/2007 a prestar servicios de manera más continuada y así prestó servicios 252 días en el año 2.008 y en proporción similar a partir de entonces hasta el 31/10/2016.

**SEGUNDO**. - La empresa se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkaia.



TERCERO. - El demandante cayó en situación de IT el 17/10/2016.

CUARTO. - El 3/11/2016 el demandante acudió a las oficinas de la empresa y le comunicaron verbalmente que el contrato se había acabado.

QUINTO. - Presentada papeleta de conciliación el 28/11/2016 y celebrado el acto el 20/12/2016, la mercantil manifestó que "debido al encadenamiento de contratos, ofrece reconocer la improcedencia del despido y readmitir al trabajador, ofrecimiento que no es aceptado por éste en dichos términos, finalizándose sin avenencia.

SEXTO. - El 28/12/2016 la demandada remitió la trabajador un Burofax que aportado con el número 7 se da por íntegramente reproducido y que, entre otros, recogía que quedaba emplazado el trabajador a fin de reincorporarse a su puesto de trabajo el 2/01/2017. El anterior fue recibido por el Sr. Hermenegildo el 2/01/2017.

SÉPTIMO. - Por Resolución del INSS de 12/01/2017 se aprobó la prestación de jubilación del Sr. Hermenegildo con efectos al 31/12/2016 en un 90,6250% de la base reguladora de 1.189,93 euros

OCTAVO. - El demandante no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior la condición delegada de personal."

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

**"Que estimando parcialmente la demanda** formulada por D. Hermenegildo , sobre despido, frente a SOCIEDAD BILBAINA DE RECREO, **debo declarar y declaro la improcedencia de la decisión empresarial de extinción de la relación laboral con efectos al 31/10/2016 acordada** y en su consecuencia **debo condenar y condeno a la empresa** al abono de la indemnización de 18.747,04 euros."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

**CUARTO** .- El Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa por encontrarse de permiso oficial en la jornada de la liberación y fallo del presente Recurso, ha sido sustituido por el Ilmo. Magistrado D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Declarado improcedente el despido del trabajador, calificación que no se impugna por ninguna de las partes, dos son las cuestiones sobre las que debemos pronunciarnos conforme al planteamiento de los recursos de suplicación entablados por el actor y la demandada, Sociedad Bilbaína de Recreo.

De un lado, qué antigüedad debe considerarse a los efectos que nos ocupan, si la fijada en sentencia que data de 8 de diciembre de 2007 que ha concluido que hasta esa fecha no cabe apreciar la unidad esencial del vínculo a pesar de haber prestado servicios el demandante por primera vez en la empresa el 1 de marzo de 2005 -siempre como ordenanza-, pues no existió concatenación de contratos sin solución de continuidad hasta la fecha que adopta la sentencia; de otra parte, debemos resolver si ostenta la empresa la opción entre readmisión del trabajador o abono de la indemnización como sostiene, o bien no es posible la misma tal y como ha acordado la resolución judicial recurrida, una vez que, tras el despido (operado el 28 de diciembre de 2016), el actor (nacido en NUM001 de 1953), solicitó y obtuvo con efectos de 31 de diciembre de 2016 la prestación de jubilación (porcentaje del 90,62% de la base reguladora).

Ambos recursos han sido impugnados por la parte contraria.

**SEGUNDO.-** Comenzando por el recurso de la parte actora, el primero de los motivos que articula, amparado en el art.193 b) LRJS , pretende la revisión del hecho probado primero.

El ordinal cuestionado refleja que el actor ha venido prestando servicios como ordenanza para la demandada desde 1 de marzo de 2005, detallando que en 2005 trabajó 12 días, en 2006 16 días y en 2007 27 días hasta el 4 de diciembre, comenzando a partir del 8 de diciembre de 2007 la prestación laboral de manera más continuada, y así lo hizo 252 días en 2008, y en proporción similar a partir de entonces hasta el 31 de octubre de 2016.

El recurrente con apoyo en el informe de vida laboral, y los contratos de trabajo suscritos pretende añadir que en el año 2007 trabajó los siguientes días: en septiembre el día 8, 15, 21 y 22; en octubre los días 6, 20, 25, 26 y 27; en noviembre el 10, 15, del 23 al 25, y del 30 de noviembre al 4 de diciembre (señala erróneamente octubre, error que la Sala salva).

No hay inconveniente en asumir la adición que propone puesto que resulta relevante para la fijación de la antigüedad que se pretende, contando con adecuado apoyo documental (relación de contrataciones del



demandante, de la que se colige que suscribió esos contratos por esos días, todos ellos contratos eventuales por circunstancias de la producción).

El segundo y último motivo impugnatorio, sustentado en el art.193c) LRJS , denuncia la infracción del art.56 ET , y art.110 LRJS , así como la vulneración de los arts.25 y 26 ET , y las sentencias de la Sala Cuarta que cita, todo ello para sostener que la antigüedad a efectos indemnizatorios debe ser la de 8 de septiembre de 2007, y por tanto asciende a 19.361,50 euros la indemnización que le corresponde (la sentencia la cuantifica en 18.747,04 euros partiendo de una antigüedad de 8 de diciembre de 2007).

El motivo va a ser parcialmente estimado; conforme a pacífica jurisprudencia (por todas SSTs de 17 de diciembre de 2007 -rec.199/2004 -, y 2 de noviembre de 2009 -rec.3524/2008 -), la indemnización por despido improcedente debe calcularse en función del período de servicios transcurrido bajo los sucesivos contratos prestados sin ruptura de su continuidad, incluso aunque se hayan realizado bajo modalidades contractuales administrativas ( SSTs de 18 de junio de 1991 -rec. 1077/1990 - y 4 de abril de 2001 (rec. 3195/2000 ), advirtiendo tras la revisión fáctica operada, que desde el 23 de noviembre de 2007 los contratos suscritos entre las partes adquirieron cierta entidad (en esa fecha se contrató al actor durante tres días para, cinco días después ser nuevamente contratado con un pequeño lapso de tres días hasta la contratación de 8 de diciembre de 2007), por lo que cabe entender que desde esa fecha existe unidad esencial del vínculo por la relevancia de las contrataciones sin solución de continuidad en la prestación de servicios para la demandada.

Consiguientemente se debe añadir a la cuantía indemnizatoria fijada en sentencia la que resulta de considerar el inicio de la prestación laboral en esa fecha, esto es s.e.u.o 97 euros (1.638,57 euros x12:365=53,8; 15x45:365=1,8 días de indemnización).

**TERCERO.-** El único motivo impugnatorio que plantea la empresa es de censura jurídica; a través del mismo denuncia la infracción del art.56 ET , y de la doctrina jurisprudencial recogida en STS de 4 de marzo de 2014 (rec.3069/2012 ), citando también la STSJ de Canarias -Las Palmas- de 31 de octubre de 2005 (rec.246/2003 ), y la indebida aplicación de la STS de 14 de febrero de 2014 , que a su vez cita STS de 28 de enero de 2013 (rec. 149/2012 ).

Razona la recurrente que debe atribuirse la opción entre readmisión e indemnización a la empresa conforme dispone el art.56 ET para el despido improcedente, dado que no concurre la imposibilidad de readmisión que sí cabe apreciar cuando el trabajador ha fallecido o ha sido declarado en incapacidad permanente total o absoluta.

Por su parte, el actor en el escrito de impugnación mantiene la imposibilidad de readmisión por la jubilación, y trae a colación la STS de 28 de enero de 2013 (rec.149/2012 ), sosteniendo que en los supuestos de imposibilidad no imputable el Alto Tribunal incluye la jubilación o la incapacidad permanente.

Comenzando por esta última sentencia es cierto que contempla la jubilación como una causa de imposibilidad de readmisión, pero la del empresario no pronunciándose sobre la del trabajador, refiriéndose en todo momento cuando se trata de la imposibilidad de readmisión no imputable al trabajador a su fallecimiento o a la incapacidad permanente total y absoluta (al margen de otro supuesto como la conclusión del contrato temporal).

La Sala Cuarta en sentencia de 4 de marzo de 2014 invocada por la recurrente, examina también un supuesto en el que el trabajador se jubila después de ser despedido y antes de que recaiga sentencia, y si bien el pronunciamiento se produce desde la perspectiva de la obligación del empresario de optar entre readmisión e indemnización del trabajador conforme a lo reconocido en sentencia en sede de ejecución definitiva -cuando había optado por la readmisión en fase de ejecución provisional mientras duraba la tramitación del recurso de casación unificadora-, lo hace en un supuesto en el que el trabajador rechazó esa reincorporación al trabajo entonces pues se jubiló tras el despido, y citando STS de 10 de marzo de 1988 (ROJ nº 1709/1988 ), afirma que si bien por lo general las causas contempladas en el artículo 49 ET tienen por su propia naturaleza un efecto extintivo irrevocable en el sentido de que, aun producidas durante la ruptura de la relación generada por el despido, despliegan su eficacia frente a una eventual condena a la readmisión haciendo ésta imposible " *este efecto no es predicable de la jubilación voluntaria del trabajador; por lo que la empresa debió haber procedido a la readmisión, sin perjuicio de que el trabajador formulase ante la Seguridad Social la oportuna declaración a efectos de la suspensión de la pensión* " , y expresamente afirma que el art. 165.1 de la LGSS (también de la anterior norma de Seguridad Social), al establecer el principio general de incompatibilidad entre el cobro de la pensión de jubilación y el trabajo del pensionista, " *debe interpretarse en el sentido de que no se puede cobrar simultáneamente la pensión de jubilación y los salarios que se puedan obtener por esas actividades legal o reglamentariamente permitidas, por lo que habrá que suspender, en esos casos, el cobro de la pensión de jubilación; pero el cobro de ésta no es incompatible con el cobro de los salarios de trámite -que tienen carácter indemnizatorio, no retributivo de trabajo alguno- percibidos desde el despido hasta que se optó por la*



*readmisión; a partir de ésta, durante el recurso contra la sentencia de suplicación que declaró en primer lugar la improcedencia del despido, si el trabajador se reincorpora al trabajo los salarios que cobre serán estricta contraprestación del trabajo realizado? ". Es decir, aunque no se pronuncia sobre un supuesto similar, deja claro que no es obsta a la opción por la readmisión ejercitada por la empresa la jubilación voluntaria del trabajador.*

Es cierto que los escasos pronunciamientos sobre esta materia de las Salas de lo Social no siguen una línea uniforme; así por ejemplo la STSJ de Valencia de 8 de octubre de 2013 (rec.1622/2013 ), equipara la jubilación voluntaria del trabajador despedido -después del despido- a la incapacidad permanente del trabajador a efectos de la imposibilidad de readmisión, en tanto que la sentencia del mismo Tribunal de 3 de junio de 2005 (rec.4251/2004 ), también invocada por el actor en su escrito de impugnación, resuelve un supuesto distinto dado que la jubilación lo fue por razón de edad no cuestionándose en sentencia que el pase a esa situación dependiera de la voluntad del trabajador.

Solución dispar ofrece la STSJ de Aragón de 23 de marzo de 2016 (rec.125/2016 ), que sostiene que no deviene imposible la readmisión por causas afectantes al trabajador, que son la declaración de incapacidad permanente total o absoluta, o su fallecimiento, o de la misma relación laboral (expiración del plazo en contratos temporales), no resultando de aplicación a la jubilación " *puesto que entonces la readmisión ha devenido imposible en virtud de un acto voluntario del trabajador, que ha solicitado la jubilación después del despido, impidiendo la readmisión en el puesto de trabajo* ".

Pues bien, la Sala después de debatir ampliamente sobre la cuestión, concluye con apoyo fundamental en la STS de 4 de marzo de 2014 (rec.3069/2012 ), y la regulación actual en nuestro sistema de la jubilación que la misma en un supuesto como el que nos ocupa (que se produce unos días después de operado el despido a solicitud del trabajador, nacido en marzo de 1953, hechos probados quinto a séptimo de la sentencia), no es una causa de imposibilidad de readmisión no imputable al trabajador, no constituyendo una "imposibilidad material o legal", como lo son el fallecimiento del trabajador o la incapacidad absoluta o total del mismo.

Lo expuesto se traduce en la estimación del recurso de suplicación interpuesto por la empresa, revocando la sentencia de instancia en cuanto a la concesión a la empresa de la opción en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia entre readmisión del trabajador o indemnización (en este caso teniendo en cuenta el ligero aumento de la misma, fruto del parcial acogimiento del recurso de suplicación del demandante), opción que deberá realizarse ante esta Sala de lo Social mediante escrito dentro de ese plazo o comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia de este Tribunal.

**CUARTO.-** El parcial acogimiento de ambos recursos determina la inexistencia de la condena en cosas ( art.235 LRJS ).

## FALLAMOS

Se **estima parcialmente** el recurso de suplicación interpuesto por Don Hermenegildo y se **estima** también el entablado por Sociedad Bilbaína de Recreo frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao de fecha 22-3-17 , dictada en los autos de despido nº 920/16, seguidos por D. Hermenegildo contra Sociedad Bilbaína de Recreo, siendo parte el Fondo de Garantía Salarial, y manteniendo la improcedencia del despido, se otorga a la demandada Sociedad Bilbaína de Recreo la opción, en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, la facultad de optar entre readmisión del trabajador o el abono de la indemnización de 18.844,04 euros, opción que deberá realizarse ante esta Sala de lo Social mediante escrito dentro de ese plazo o comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia de este Tribunal. Sin 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, devuélvanse 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/

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

**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 4699-0000-66-1781-17.

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- 66-1781-17.

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 regimen 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.