



Roj: **STSJ CL 1760/2013 - ECLI: ES:TSJCL:2013:1760**

Id Cendoj: **09059340012013100233**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2013**

Nº de Recurso: **259/2013**

Nº de Resolución: **224/2013**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **SANTIAGO EZEQUIEL MARQUES FERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

BURGOS

SENTENCIA: 00224/2013

RECURSO DE SUPPLICACIÓN Num.: 259/2013

Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA Nº: 224/2013

Señores:

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

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

Ilma. Sra. D^a. Ana Sancho Aranzasti

Magistrada

En la ciudad de Burgos, a veintidós de Mayo de dos mil trece.

En el recurso de Suplicación número **259/2013** interpuesto por DON Juan Carlos , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos en autos número 753/2012 seguidos a instancia del recurrente, contra OPP 2002 OBRA CIVIL SLU y OBRAS PUBLICAS Y PAVIMENTACIONES 2002 S.L., en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Don **Santiago Ezequiel Marqués Ferrero** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 31 de Enero de 2013 cuya parte dispositiva dice: "FALLO.- Que teniendo por desistida a la parte actora respecto a Obras Públicas y Pavimentaciones 2002 S.L. y



desestimando como desestimo la demanda interpuesta por Don Juan Carlos contra OPP 2002 Obra Civil SLU, debo declarar y declaro la procedencia del despido del demandante, absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos de la demanda".

SEGUNDO .- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: **PRIMERO**: El demandante, Don Juan Carlos, ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada desde el 15 septiembre 2000, con categoría de maquinista oficial de primera, centro de trabajo en el polígono industrial Las Merindades, calle Castilla y León 138, de Villarcayo (Burgos), jornada a tiempo completo y salario mensual, incluido prorrateo de pagas extraordinarias, de 1931,52 €, abonados mediante transferencia bancaria, en virtud de contrato inicial para obra o servicio determinado que se convirtió en indefinido del 3 junio 2002. **SEGUNDO**.- En el mes de agosto de 2012 la empresa se quedó sin actividad que realizar al haberse acordado por el promotor la paralización de la única obra en la que venía trabajando, sita en Villarcayo, con fecha 15.8.12, sin tener en perspectiva ninguna otra en ese momento. En la actualidad cuenta con una obra en Zamora para cuya ejecución los trabajadores están realizando horas extraordinarias. **TERCERO**.- Mediante escrito de 20.7.12 que obra a los folios 6 y 7 y se da por reproducido, la empresa comunicó al actor su despido por causas objetivas con efectos de 4.8.12. **CUARTO**.- En el periodo 1.6.12 a 31.8.12 la empresa contaba con 23 trabajadores, de los cuales 5 eran temporales para obra o servicio determinado a los que se extinguió la relación laboral por fin de contrato el 1.6.12, 31.7.12 (3 de ellos) y el 13.7.12. Entre los indefinidos se extinguió la relación laboral a 3 el 10.8.12, a 6 el 4.8.12 (incluido el actor) y a 1 el 31/7/12. **QUINTO**.- En agosto de 2012 la empresa promovió ERE de suspensión de contratos en el que se alcanzó un acuerdo con la representación de los trabajadores para la suspensión de los contratos de trabajo de 8 trabajadores por un periodo de 180 días. En el informe elaborado por la Inspección de Trabajo en fecha 16.8.12 se considera justificada la medida por la casi total ausencia de actividad dada la inminente conclusión de la única obra en curso y la paralización de la ejecutada en Villarcayo. **SEXTO**.- El actor no ostenta cargo de representación legal o sindical de los trabajadores **SÉPTIMO**.- Con fecha 4.9.12 se celebró acto de conciliación ante la UMAC en virtud de papeleta de 23.8.12, que concluyó sin avenencia. **OCTAVO**.- Con fecha 14.9.12 se interpuso demanda que fue turnada a este Juzgado. En el acto del juicio la parte actora desistió respecto a Obras Públicas y Pavimentaciones 2002 SL.

TERCERO .- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la parte demandante siendo impugnado por la contraria OPP 2002 Obra Civil SLU. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgo se dictó sentencia con fecha 31 de enero de 2013, Autos 753/2013, que desestimó la demanda sobre despido por causas objetivas, formulada por D. Juan Carlos contra las mercantiles OPP 2002 Obra Civil SLU y Obras Públicas y Pavimentos 2002 SL. Contra la citada sentencia se interpone recurso de Suplicación por la representación letrada del trabajador en base a la letra b) y c) del art 193 de la LRJS.

SEGUNDO .- Con amparo procesal en la letra b) del art 193 de la LRJS se solicita por la parte recurrente una nueva redacción del hecho probado cuarto de tal manera que al mismo se añada " sin que se acredite que dichos contratos es hayan extinguido por fin de obra". Fundamenta tal revisión en los doc 202, 208, 212, 216 y 220. Debemos precisar con carácter general señalar que se viene exigiendo para que prospere la revisión de hechos probados, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos



que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5.º Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

Señalado lo anterior con carácter general el motivo de revisión solicitado debe de ser desestimado pues los documentos en los cuales fundamenta la revisión carecen de literosuficiencia probatoria de tal modo que se desprenda ineludiblemente la modificación pretendida del mismo, lo que no ocurre en el presente supuesto, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjetural, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones (*SSTS de 19-7-85 o de 14-7-95*). Por todo lo cual este primer motivo del recurso debe de ser desestimado.

TERCERO .- Con amparo procesal en la letra c) del art 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia ha infringido lo dispuesto en los artículos 49.1 b), 51.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, 122 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social así como las reglas de la carga de la prueba reguladas en el art 217 de la LEC y ello porque entiende la parte recurrente que no ha quedado probado que los contratos temporales para obra o servicio determinado se hubieran extinguido por causa legal y por lo tanto no podrían quedar excluidos del cómputo a los efectos del art 51.a) del ET y que al superar los umbrales previstos en el citado artículos y no haber acudido la empresa al despido colectivo el despido del trabajador debe de ser declarado nulo.

Por el Magistrado de instancia se mantiene en la sentencia recurrida, para desestimar la pretensión de nulidad por el motivo referido que constan doce extinciones contractuales en el citado periodo de 90 días de las cuales cinco afectan a contratos temporales por fin de contrato con lo que no resultan computables a los efectos de determinar los umbrales numéricos del despido colectivo. Restando siete trabajadores indefinidos, número que no alcanza el mínimo de 10 previstos, con lo que no se daban las condiciones que hubieran justificado los trámites del art 51 del ET.

Idéntica cuestión a la aquí planteada, afectaba a la misma empresa, aunque distinto trabajador, ha sido ya resuelta por esta Sala en sentencia de fecha 10-02-2013 Rec nº 83/2013 en la cual se señalaba " La cuestión que se plantea es si la empresa recurrente, como consecuencia del número de trabajadores a los que despidió de forma individual por causas objetivas debió o no acudir al procedimiento de despido colectivo.

El apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores establece que "se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando en un periodo de 90 días, la extinción afecte al menos a...", estableciendo el umbral numérico de trabajadores en relación con el número de trabajadores de la empresa.

El penúltimo párrafo del precitado apartado 1 dispone que "para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos de cinco."

En la norma transcrita, lo que pretende sin duda el legislador es evitar que se eludan por el empresario los trámites y garantías previstos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores computándose para el propio concepto de despido colectivo todos los efectuados por el empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador, con la salvedad de aquéllos que se hubiesen extinguido lícitamente por conclusión del término pactado o por la terminación de la obra o servicio.

Debemos de señalar incluso a efectos dialécticos, que aunque los contratos extinguidos con fecha 1-6-12 y 13-7-12, de los trabajadores Srs Rómulo y José Ramón, fueran contratos temporales, lo que no se declara por el Magistrado de instancia. No ha quedado probado que tales contratos se hubieran extinguido por fin de obra, así *STS 3-7-2012*, o por cualquier otra causa legal al amparo del art 49.1 c) del ETT o por causas inherentes a los trabajadores lo que les excluiría de su cómputo a los efectos del requisito numérico exigido en el art 51.1 a) del ETT antes transcrito. Siendo la empresa en todo caso quien debería haber probado que concurría causa legal para extinguir la relación laboral de los trabajadores citados por una mayor facilidad probatoria para acreditar tal extremo *art 217 LEC*, 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."

Pues bien partiendo de tal criterio y ya en el presente supuesto debemos de tener en cuenta que las sucesivas decisiones de la empresa OPP 2002 Obra Civil SLU de dar por finalizados los contratos temporales que para obra o servicio determinado tenían suscritos cinco trabajadores, que conforme a la sentencia recurrida no se



computarían a efectos de determinar si se superan el número de diez trabajadores para tener que acudir al procedimiento previsto para el despido colectivo, entendemos que si deben de ser computados. Y ello porque cuando se acordó la extinción de los mismos por la empresa (hecho probado cuarto) de la sentencia recurrida no consta ni que hubieran finalizado las obras en las que venían trabajando (Villarcayo) o que se hubieran paralizado las mismas pues la paralización de esta lo fue en fecha posterior. Por lo tanto al no haber quedado probado por la empresa, que es a quien le incumbe la carga de la prueba, que los contratos de los cinco trabajadores que venía prestando sus servicios con un contrato temporal para obra o servicio determinado es ajustada a derecho , por haber finalizado la obra para la que fueron contratados y por el contrario de los propios hechos de la sentencia se desprende que la obra donde venían prestando sus servicios ni había finalizado ni había sido paralizada al momento de la extinción de los contratos de aquellos , tales decisiones extintivas deben de calificarse como de despidos improcedente y en consecuencia computare a los efectos del art 51.a) del ET . Computados estos se excedería del umbral previsto en el citado artículo de diez trabajadores dado que serian en total once. En consecuencia se eludieron por el empresario de la forma descrita las exigencias previstas en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores para proceder a la extinción de los contratos de un número de empleados que superaban en la forma ya dicha los umbrales del referido precepto, lo que determina que haya de aplicarse la corrección prevista para tales situaciones en el artículo 124 de la LPL , que comporta la necesidad de declarar la nulidad de los despidos acordados art 122.2 b) de la LRJS , y de conformidad con el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores y 113 de la Ley de Procedimiento Laboral , la condena a la readmisión inmediata del trabajador demandante , así como el abono de los salarios dejados de percibir; debiendo en su caso reintegrar el trabajador la indemnización percibida. De lo que responderá la empresa que procedió a despedir al actor y para la que venía prestando servicios OPP 2002 Obra Civil SLU , sin que proceda imputar responsabilidad alguna a la empresa Obras Públicas y Pavimentaciones 2002 SL.

CUARTO .- No procede la condena es costas art 235.1 de LRJS .

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

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada del trabajador D. Juan Carlos , sobre despido objetivo en demanda formulada frente a las mercantiles OPP 2002 Obra Civil SLU y Obras Públicas y Pavimentos 2002 SL, y con revocación de la sentencia y estimación en lo procedente de la demanda, debemos declarar el despido del actor nulo condenando a la empresa OPP 2002 Obra Civil SLU a readmitir al trabajador y abonarle los salarios dejados de percibir, debiendo en su caso el actor reintegrar a la citada empresa la indemnización percibida, declarando la libre absolución de la codemandada Obras Públicas y Pavimentaciones 2002 SL. Sin costas

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

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

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banesto, sita en la c/ Almirante Bonifaz nº 15 de Burgos, - en cualquiera de sus sucursales, con el nº 1062/0000/65/000259/2013.

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

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