



Roj: **STSJ CAT 1638/2013 - ECLI: ES:TSJCAT:2013:1638**

Id Cendoj: **08019340012013101237**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2013**

Nº de Recurso: **6373/2012**

Nº de Resolución: **893/2013**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL MAR GAN BUSTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 1638/2013,**
STS 4271/2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2012 - 8011525

CR

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

En Barcelona a 5 de febrero de 2013

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 893/2013

En el recurso de suplicación interpuesto por Hospital Clinic i Provincial de Barcelona frente a la Sentencia del Juzgado Social 33 Barcelona de fecha 13 de julio de 2012 dictada en el procedimiento Demandas nº 229/2012 y siendo recurrido/a Fulgencio . Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MAR GAN BUSTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de marzo de 2012 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 13 de julio de 2012 que contenía el siguiente Fallo:

"QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda formulada por D. Fulgencio contra el HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA y en consecuencia realizando los siguientes pronunciamientos.



a) Que debo declarar y declaro que la relación laboral que mantiene el actor con la entidad demandada es de naturaleza indefinida, con antigüedad desde el 1 de julio de 2005, en jornada de 37,5 horas semanales en turno de mañana y con un salario bruto mensual con prorrata de pagas extraordinarias de 1.912,56 euros.

b) Que debo DECLARAR Y DECLARO LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO realizado a la trabajadora en fecha 27 de enero de 2012, con efectos de 28 de enero de 2012 y como consecuencia DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración, previa opción de la trabajadora demandante, entre la READMISION en su puesto y condiciones que mantenía con el abono de los salarios de tramitación a razón de 62,87 euros diarios a percibir desde la fecha del despido operado de 28 de enero de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución o, previa opción del trabajador, abonarle la cantidad de 19.096,76 euros en concepto de indemnización.

c) Sin expresa imposición de costas. "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- El demandante D. Fulgencio , con DNI NUM000 , inició su relación laboral con la empresa demandada en fecha 1 de julio de 2005, trabajando el demandante desde ese momento y hasta la actualidad como auxiliar de enfermería, en jornada completa y en turno de mañana y con un salario bruto mensual con prorrata de pagas extraordinarias de 1912,56 euros.

SEGUNDO.- Durante todo este periodo el trabajador ha suscrito con la entidad innumerables contratos de interinidad o de sustitución o por obra y servicio, siendo el número total de contratos suscritos superior a los 213 contratos, (documento numero 1 del ramo de prueba de la demandada consistentes en su vida laboral y documentos numeros 2 y 3 del ramo de prueba de la demandada).

TERCERO.- En fecha 27 de enero de 2012, el trabajador recibió notificación de carácter verbal de la demandante por la que se ponía en su conocimiento que causa baja en la empresa con fecha de efecto de 28 de enero de 2012, por cumplimiento del contrato de trabajo suscrito. Suscribiendo nuevo contrato de trabajo de interinidad desde esa fecha hasta un total de 38 contratos de trabajo, según consta en la vida laboral del demandante documentos número 4 del ramo de prueba del actor y número 1 del ramo de prueba de la demandada.

CUARTO.- En fecha 11 de abril de 2012 se celebró el preceptivo acto de conciliación previa con el resultado de sin avenencia.

QUINTO.- El convenio colectivo de aplicación es el publicado en el DOG en fecha 27 de septiembre de 2006, para el Hospital Clinic de Barcelona, para los años 2005 a 2006, extremo no controvertido entre las partes. "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte actora, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia en la que estima la demanda y declara que la relación laboral que mantiene el actor con la entidad demandada es de naturaleza indefinida, con antigüedad desde el 1 de julio de 2005, en jornada de 37,5 horas semanales en turno de mañana y con un salario bruto mensual con prorrata de pagas extraordinarias de 1.912,56 euros y declara la improcedencia del despido realizado a la trabajadora en fecha 27 de enero de 2012, con efectos de 28 de enero de 2012 y como consecuencia condena a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración, previa opción de la trabajadora demandante, entre la readmisión en su puesto y condiciones que mantenía con el abono de los salarios de tramitación a razón de 62,87 euros diarios a percibir desde la fecha del despido operado de 28 de enero de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución o, previa opción del trabajador, abonarle la cantidad de 19.096,76 euros en concepto de indemnización. Sin expresa imposición de costas.

Se alza en suplicación la parte demandada articulando el recurso por la doble vía de los apartados b y c del art 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social , que impugna la parte actora.

Centrando los términos del recurso en la revocación de la sentencia de instancia acordando declarar la falta de acción del trabajador, y desestimando íntegramente la demanda presentada, y subsidiariamente para el caso de que se declare la improcedencia del despido, conceder el derecho a optar entre la extinción del contrato o la readmisión, reconociendo en todo caso la antigüedad de 18 de septiembre de 2008.

SEGUNDO.- Al amparo del art 193 b de la Ley reguladora de la jurisdicción social solicita la modificación del hecho probado segundo de conformidad con la documental que consta en el folio 147, y la jurisprudencia



proponiendo la siguiente redacción: Durante todo este periodo el trabajador ha suscrito con la entidad innumerables contratos de interinidad o de sustitución por obra y servicio, siendo el número total de contratos suscritos superior a 213 contratos (documento 1 del ramo de prueba de la demandada consistentes en su vida laboral y el documentos numero 2 y 3 del ramo de prueba de la demandada. Existió un período de inactividad de 81 días, entre 30/6/2008 y 19/9/2008, en que inició nueva relación laboral.

Estimamos la revisión del hecho probado segundo en la forma propuesta la deducirse de la documental citada, no siendo trascendente para el fallo de esta sentencia.

TERCERO.- Al amparo del art 193 c de la Ley reguladora de la jurisdicción social como motivo de censura jurídica alega la infracción de la jurisprudencia, y con carácter subsidiario la infracción del art. 72 del Convenio colectivo de trabajo de la empresa Hospital Clinic i Provincial de Barcelona , art 3.1 del Código Civil .

En el que reclama la parte recurrente, que alegó la excepción procesal de falta de acción y no da respuesta el Juzgador a la falta de acción a pesar de que no la estima al entrar a valorar el fondo del asunto y que carece de acción el trabajador para impugnar el despido de 28 de enero de 2012, al no haberse producido el mismo por continuar vigente con posterioridad la relación laboral entre las partes y la antigüedad es la de 19 de septiembre de 2008.

Es necesario precisar que la mención de sentencias de Tribunal Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas, no constituyen jurisprudencia de conformidad con el art 1.6 del Código Civil ,que establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca en Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho .

Partiendo del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia que se da por reproducido a todos los efectos en este fundamento a excepción del hecho probado segundo que ha sido revisado en la forma expuesta en el fundamento jurídico anterior de esta sentencia.

Y no es controvertido que el convenio colectivo de aplicación es el publicado en el DOG en fecha 27 de septiembre de 2006, para el Hospital Clinic de Barcelona, para los años 2005 a 2006.

CUARTO.- En primer lugar analizamos la antigüedad que reclama la parte recurrente, al considerar que no es correcta la de 1 de julio de 2005 la que reconoce la sentencia de instancia en el hecho probado primero si no la de 19 de septiembre de 2008, y no es ajustado a derecho la antigüedad que solicita la parte recurrente pues desde el 1 de julio de 2005 el trabajador ha suscrito con la parte demandada contratos de interinidad o de sustitución o en su caso por obra y servicio, siendo el número total de contratos suscritos superior a 213 contratos pero existió un período de inactividad de 81 días, entre 30/6/2008 y 19/9/2008, en que inició nueva relación laboral.

Ya que como se deduce del folio 147 del informe de vida laboral consta que el alta el 15 de enero de 2008 y la baja el 30 de junio de 2008 respectivamente, y alta el 19 de septiembre de 2008.

Pero hay que precisar que no se produce una quiebra del principio de la unidad esencial en el contrato trabajo ya que queda probado la interrupción de 81 días, pero de los mismos hay que descontar el período de vacaciones por lo cual no estaríamos ante una interrupción de 81 días, que no se puede considerar como un largo período de tiempo y por ello de conformidad con la jurisprudencia que posteriormente se mencionará, es por lo que la antigüedad del actor es la de 1 de julio de 2005.

QUINTO.- Teniendo en cuenta por otra parte la jurisprudencia que se menciona en lo que es de aplicación al presente caso, entre otras la Roj: STS 4825/2012. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Nº de Recurso: 1775/2011 .Fecha de Resolución: 22/05/2012.....Es cierto que la doctrina de la Sala ha precisado, a partir de las sentencias de 11 de mayo de 2005 y 16 de mayo de 2005 , que la superación del plazo de caducidad de 20 días no es relevante en orden a la eventual unidad del vínculo cuando no se trata del control de la legalidad de los contratos temporales suscritos, sino de apreciar si existe o no una unidad del vínculo, que, por otra parte, podría quedar al margen "de interrupciones más o menos largas".

Pero esta afirmación se vincula a la consideración de que el alcance que han de tener esas interrupciones "vendrá determinado por lo ordenado en el convenio colectivo de aplicación" (sentencia de 21 de mayo de 2008 , que cita la de 16 de mayo de 2005) y, por otra parte, no puede olvidarse que en el ámbito laboral no existe una norma, como la que en la función pública estableció la Ley 70/1978, en virtud de la cual se reconocieron todos los servicios efectivos "indistintamente prestados a las esferas de la Administración pública... tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral".

De ahí que, como señala la sentencia de 19 de marzo de 2011 , "en supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando



ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se le haya quitado valor con carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, a interrupciones superiores" cuando las mismas no son significativas "dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente".

En definitiva, lo decisivo es que exista unidad del vínculo, bien porque la relación haya sido indefinida desde el principio por no ser ajustada a Derecho la contratación temporal y no haber existido una interrupción superior a 20 días o bien porque las interrupciones producidas, dadas las circunstancias concurrentes, no rompen la unidad del vínculo.

SEXTO.- Y también asimismo la jurisprudencia que se recoge en lo que es de aplicación al presente caso que analizamos, que se recoge en la sentencia del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia de 12 julio 2010 .RJ\2010\6803. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 76/2010 . Esta Sala unificó el criterio acerca del cómputo de la antigüedad a tener en cuenta para el cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente de una manera clara a partir de la Sentencia de 8 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3613) (recurso 175/2004), sentencia que recogió antecedentes jurisprudenciales. Señalábamos en la Sentencia de 17 diciembre de 2007 (RJ 2008, 1390) (rec. 199/2004) que " esta doctrina, que establece, en definitiva, que en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, ha sido seguida por las Sentencias ya más recientes de 29 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7540) (rec. 4936/1998); 15 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2040) (rec. 2554/1999); 15 de noviembre de 2000 (rec. 663/2000); 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8446) (rec. 4007/2000); 27 de julio de 2002 (rec. 2087/2001) 19 de abril de 2005 (rec. 805/2004) y 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 6419) (rec. 1077/2005), y si bien en varias de estas resoluciones la Sala ha tenido en cuenta como plazo interruptivo máximo el de los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, también ha señalado que cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos. Así, por ejemplo, se ha computado la totalidad de la contratación, a pesar de la existencia de una interrupción superior a 20 días, en los supuestos resueltos por las sentencias de 10 de abril de 1995 (RJ 1995, 3034) (rec. 546/1994) y 10 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9731) (rec. 1496 /1999), con interrupción de 30 días, y de coincidencia con el período vacacional en e auto de 10 de abril de 2002 (RJ 2002, 4492) (rec. 3265/2001)".

SÉPTIMO.- En la valoración de la prueba que ha efectuado el Magistrado de instancia como se deduce del hecho probado segundo y por otra parte que hay que señalar que solo ha sido modificado como se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior de esta sentencia en cuanto se añade el período de interrupción de los 81 días, de lo que se deduce que la parte recurrente manifiesta su conformidad con que ha suscrito el actor con la empresa demandada, contratos de interinidad, sustitución o por obra y servicio, siendo el número total de 213 contratos que ha suscrito con la demandada.

Ya que de la valoración de la prueba que efectúa el Magistrado de instancia no queda acreditada la causa que justificaba la modalidad temporal de los contratos de trabajo que ha suscrito el actor con la empresa demandada, es decir de obra y servicio , interinidad y sustitución , en los que el actor siempre ha prestado sus servicios como auxiliar de enfermería, jornada completa en la mañana, desde el 1 de julio de 2005, por lo que la relación del actor es una relación laboral indefinida de conformidad con la jurisprudencia que posteriormente se citará en esta sentencia..

OCTAVO.- No quedando probado el motivo de impugnación del recurso de suplicación de la parte actora en relación a que durante estos 81 días ha estado en situación de incapacidad temporal, pues la relación laboral se extingue el 30 de junio de 2008, y en el folio 61 aporta un informe de asistencia a urgencia el 9 de julio de 2008, en el folio 62, un informe de fecha 23 de febrero de 2012, donde refiere que ha estado en tratamiento de fisioterapia desde el 15 de julio de 2008 a 18 de septiembre de 2008, y el folio 63 es un documento en el que consta que se ha realizado una resonancia magnética el 26 de septiembre de 2008 por lo que la relación no puede estar suspendida por este motivo de incapacidad temporal que no ha quedado acreditado.

NOVENO.- En cuanto a la alegación que hace la parte actora en la impugnación del recurso de suplicación de un pacto de los sindicatos con la empresa demandada, en el mes de julio de 2012, es una cuestión nueva que introduce en esta fase del recurso de suplicación que no fue alegada en la demanda, ni en la vista oral que tuvo lugar el 22 de mayo de 2012, por lo que no fue analizada en la sentencia de instancia, y por ello la Sala no lo puede analizar.

Pero también hay que precisar que no ha dado cumplimiento a lo establecido en el art 39 del Convenio Colectivo , que también refiere la parte actora en la impugnación del recurso donde establece que el trabajador que cesa de prestar servicios en el Hospital y reingresa de nuevo tiene derecho a la antigüedad correspondiente a su último contrato, luego hay que concluir en este caso que estamos analizando que cuando suscribe el



segundo contrato de trabajo el actor, en éste segundo contrato ya se le tenía que haber reconocido por la empresa demandada la antigüedad del primer contrato que suscribió el 1 de julio de 2005 y queda probado según se deduce de la documental aportada que no ha dado cumplimiento a lo que dispone este art 39 del convenio colectivo.

DÉCIMO.- Por lo que cabe concluir que la relación laboral es indefinida por fraude de ley en la contratación, como lo ha establecido la sentencia de instancia, en la valoración conjunta de la prueba que efectúa el Magistrado de instancia, al no quedar probado en este caso que analizamos la justificación de los 213 contratos temporales en cuanto a la causa y forma de contratos temporales que como ya se ha indicado son de interinidad, de sustitución o de obra y servicio determinado, motivo por el cual la comunicación de la empresa al actor de que se le extingue la relación laboral el 27 de enero de 2012, con efectos de 28 de enero de 2012, cual es el cumplimiento del contrato suscrito no es ajustado a derecho.

UNDÉCIMO.- En relación a que la excepción procesal de falta de acción, y que no ha sido analizada en la sentencia de instancia, pero que implícitamente está desestimando al haber entrado en el análisis del fondo de la acción, hay que precisar en primer lugar que como pone de manifiesto la parte actora en la impugnación del recurso de suplicación, el Magistrado de instancia en la vista oral de conformidad con el art 210 de la LEC, lo resolvió y le dio la oportunidad al letrado de la empresa demandada, para formular protesta y así lo hizo.

Pues en todo caso el cauce procesal para alegar la incongruencia omisiva es el art 193 a de la Ley reguladora de la jurisdicción social, y no el art 193 c de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

Pero como la propia parte recurrente reconoce al entrar en el fondo de la acción que ejercita la parte actora de despido improcedente, está desestimando la excepción procesal de falta de acción, por lo que no le produce indefensión en cuanto a la tutela judicial efectiva del mismo, ya que puede formular su disconformidad con la sentencia en cuanto al fondo de la acción que si ha sido analizado a través del art 193 c de la Ley reguladora de la jurisdicción social como lo ha formulado la parte recurrente.

Pero no es ajustado a derecho la falta de acción para impugnar como lo ha hecho la extinción de la relación laboral con efectos 28 de enero de 2012, y haya con posterioridad suscrito 38 contratos de trabajo según se deduce del informe de vida laboral, pues ello por si mismo no justifica el que la parte actora no pueda manifestar su disconformidad con la extinción de la relación laboral.

Por lo cual si tiene acción para impugnar la extinción de la relación laboral como lo ha hecho a través de la acción que deduce en la demanda de despido improcedente que es ajustado de conformidad con lo que se ha razonado anteriormente por esta Sala.

DÉCIMO SEGUNDO.- Pues en relación con los contratos temporales la jurisprudencia ha establecido entre otras sentencias la Roj: STS 6133/2011-Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.Nº de Recurso: 12/2011. Fecha de Resolución: 22/09/2011Del mismo modo, en cuanto al contrato para obra o servicio determinados, los requisitos para la validez han sido ya delimitados por esta Sala en la STS/IV 21-enero-2009 (rcud 1627/2008), con doctrina seguida por la STS/IV 14-julio-2009 (rcud 2811/2008), que recordando, entre otras, la STS/IV 10-octubre-2005 (rcud 2775/2004), en la que con cita de la STS/IV 11-mayo- 2005 (rcud 4162/2003), se razona que la doctrina es aplicable tanto para las empresas privadas como para las públicas e incluso para las propias Administraciones Públicas, señalando que "son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los arts. 15.1.a) ET y 2 Real Decreto 2720/1998 de 18-diciembre que lo desarrolla (BOE 8-1-1999) ... los siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y c) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas.- Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho ... Corroboran lo dicho, las de 21-9-93 (rec. 129/1993), 26-3-96 (rec. 2634/1995), 20-2-97 (rec. 2580/96), 21-2-97 (rec. 1400/96), 14-3-97 (rec. 1571/1996), 17-3-98 (rec. 2484/1997), 30-3-99 (rec. 2594/1998), 16-4-99 (rec. 2779/1998), 29-9-99 (rec. 4936/1998), 15-2-00 (rec. 2554/1999), 31-3-00 (rec. 2908/1999), 15-11-00 (rec. 663/2000), 18-9-01 (rec. 4007/2000) y las que en ellas se citan que, aun dictadas en su mayor parte bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2104/1984, 2546/1994 y 2720/1998.- Todas ellas ponen de manifiesto ...que esta Sala ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad".

DÉCIMO TERCERO.- Y también jurisprudencia que se menciona en lo que es de aplicación al presente caso entre otras en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia de 6 marzo 2009. RJ



\2009\1843.Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3839/2007 1. La doctrina tradicional de esta Sala con respecto al principal problema debatido, esto es, la validez de la cláusula de temporalidad de los contratos de duración determinada, puede resumirse, como hizo nuestra sentencia de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3818) (R. 2456/01), de la siguiente forma:

"A/. La validez de cualquiera de las modalidades de contratación temporal causal, por el propio carácter de esta, exige en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas. Lo decisivo es, por consiguiente, que concurra tal causa. Pero la temporalidad no se supone. Antes al contrario, los artículos art. 8.2 y 15.3 del ET (RCL 1995 , 997) , y 9.1 del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre (RCL 1999, 45) que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida. De ahí que en el

apartado 2.a) de los artículos 2 , 3 y 4 del R.D . citado , se imponga la obligación, en garantía y certeza de la contratación temporal causal, de que en el contrato se expresen, con toda claridad y precisión, los datos objetivos que justifican la temporalidad: la obra o servicio determinado, las circunstancias de la producción, o el nombre del trabajador sustituido y la razón de la sustitución. Es cierto, no obstante, que la forma escrita y el cumplimiento de los citados requisitos no constituye una exigencia "ad solemnitatem", y la presunción señalada no es "iuris et de iure", sino que permite prueba en contrario, para demostrar la naturaleza temporal del contrato. Mas si la prueba fracasa, el contrato deviene indefinido".

B/. Cuando un contrato temporal causal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia a tenor del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores . En tal caso, tampoco rompe la continuidad de esa relación de trabajo, la suscripción de un recibo de finiquito – que por otro lado no refleja, normalmente, mas que la liquidación de cantidades adeudadas – cuando la empresa da por extinguido el contrato temporal viciado. Además se entiende que no existe interrupción eficiente, cuando la que media entre uno y otro contrato temporal es inferior al tiempo de caducidad, 20 días hábiles, de la acción de despido que podía ejercitarse tras aquella extinción".

C/. La fijeza así surgida permanece, aunque se formalicen luego otro u otros contratos temporales, incluso aunque alguno de ellos, en si mismo y al margen de la cadena contractual, pudiera considerarse válido. De modo que las sucesivas relaciones laborales temporales que en circunstancias normales no se hubieran comunicado, pasan a constituir una única relación laboral indefinida e indisponible, por aplicación de los artículos 3.5 y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores . Conviene advertir que el fraude de ley del que habla el último precepto no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (dolus malus), sino la mera y simple constancia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, y sí una prestación de servicios que es clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad empresarial".

2. Asimismo hemos venido proclamando con reiteración " que la contratación temporal en nuestro sistema es causal, es decir, si la temporalidad no trae su origen de alguna de las modalidades contractuales prevista en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores , la relación es indefinida. Para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concurra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación indefinida, pues así se deduce de lo dispuesto en los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre . Por esa razón los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto de referencia exigen que en el texto de los contratos escritos se expresen, con claridad y precisión, todos los datos aplicables que justifican la temporalidad, es decir, deben quedar suficientemente identificados la obra o el servicio, las circunstancias de la producción o el nombre del trabajador sustituido en el contrato de interinidad, y si bien la omisión de tales datos no es motivo de nulidad del contrato, la presunción de indefinición de la relación opera con todas sus consecuencias, si no queda desvirtuada con la prueba que en contrario se practique

" (FJ4º STS 5-5-2004 (RJ 2004, 4102) , R. 4063/03).

3. De igual forma hemos reconocido que " cabe entender que se da vida al fenómeno descrito en el art. 6.4 del Código civil (LEG 1889, 27) : el contrato de trabajo se concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir

DÉCIMO CUARTO.- En relación a que la excepción procesal de falta de acción, y que no ha sido analizada en la sentencia, pero que implícitamente está desestimando al haber entrado en el análisis del fondo de la acción, ya que precisar que como pone de manifiesto la parte actora en la impugnación del recurso de suplicación,



el Magistrado de instancia en la vista oral de conformidad con el art 210 de la LEC , lo resolvió y le dio la oportunidad al letrado de la empresa demandada, para formular protesta y así lo hizo.

Pero no es ajustado a derecho la falta de acción para impugnar como lo ha hecho la extinción de la relación laboral con efectos 28 de enero de 2012, y haya con posterioridad suscrito 38 contratos de trabajo según se deduce del informe de vida laboral, pues ello por si mismo no justifica el que la parte actora no pueda manifestar su disconformidad con la extinción de la relación laboral, que debe considerarse como una relación indefinida de conformidad con la jurisprudencia citada anteriormente y por ello debe de calificarse como un despido improcedente, la extinción de la relación laboral con efectos 28 de enero de 2012.

Por lo cual si tiene acción para impugnar la extinción de la relación laboral como lo ha hecho a través de la acción que deduce en la demanda de despido improcedente que es ajustado a derecho de conformidad con las precedentes consideraciones.

DÉCIMO QUINTO.- En relación con la infracción del art 72 del Convenio Colectivo del Hospital Clínico de Barcelona ,la jurisprudencia, y el art 3.1 del Código Civil , es una cuestión que ha sido ya resuelta por esta Sala en un caso análogo en el que la parte demandada era la misma, y también se declaraba la improcedencia del despido en una extinción de contrato temporal, entre otras en la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2012, dictada en el nº de recurso de suplicación 3781/2012 , nº de sentencia 6026/2012 , que establece que la doctrina unificada se ha pronunciado sobre la validez del ejercicio del derecho de opción previsto en la negociación colectiva, en relación con la regulación general contenida en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , declarando que dicha regulación puede ser mejorada por la autonomía colectiva, pues no se trata de una norma de derecho necesario absoluto y, en tal sentido, si por norma legal el empresario puede optar por cualquiera de los términos de la opción, no existe inconveniente en que pueda hacerlo de forma genérica y previa a través de la negociación con los representantes de los trabajadores (STS de 11 de marzo de 1997).

En estos casos,debe estarse a la regulación que resulta del convenio colectivo en el que se establezca que para el caso de que se declare la improcedencia del despido, la opción corresponde al trabajador. En el Convenio Colectivo aplicable, el artículo 9, que regula los contratos de trabajo temporales - para un servicio determinado, apartado 1, y de interinidad, apartado 2-, establece en el apartado 3 que por su naturaleza especial no se aplica a los contratos temporales los que disponen los artículos 14 y 57 (derecho de opción por despido)., Y el artículo 56, que regula el derecho de opción dispone textualmente que en el caso de sentencia firme en que se declare expresamente la improcedencia del despido por razones disciplinarias o al amparo del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores , la opción entre la readmisión o la indemnización corresponde siempre al trabajador.

La regulación convencional es clara en el sentido de conceder el derecho de opción al trabajador solo cuando la extinción del contrato de trabajo lo sea por despido disciplinario o por causas objetivas, y no existe el reconocimiento del derecho de opción a favor del trabajador cuando sea otra la causa de extinción del contrato de trabajo(....).

En el presente caso, como ya se ha dicho, la previsión convencional para modificar la regulación legal sobre el derecho de opción, lo es solo para los supuestos de despido improcedente por causa disciplinaria y a las extinciones del contrato de trabajo por causas objetivas, existiendo una exclusión explícita en la regulación de los contratos temporales.

DÉCIMO SEXTO.- Por todo lo expuesto estimamos parcialmente el recurso de suplicación al producirse la infracción del art 72 del Convenio Colectivo , la jurisprudencia en los términos que lo formula la parte recurrente y en consecuencia revocamos la sentencia de instancia unicamente en relación a la opción establecida en la misma en la declaración de improcedencia del despido, y en consecuencia reconocemos el derecho de la opción por la readmisión o la indemnización que le corresponde a la empresa demandada, confirmando la sentencia de instancia de conformidad con los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

Con las consecuencias previstas en el art 203.1 .y 3 de la Ley reguladora de la jurisdicción social .

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación que formula el HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA, contra la sentencia del juzgado social 33 de BARCELONA, autos 229/2012 de fecha 13 de julio de 2012, seguidos a instancia de Fulgencio , contra el HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA, en reclamación por despido, por lo que debemos de revocar y revocamos parcialmente la citada resolución, y debemos de reconocer y reconocemos al HOSPITAL CLINIC I PROVINCIAL DE BARCELONA el derecho de opción entre la readmisión o el abono de la indemnización correspondiente a la calificación



del despido como improcedente, y confirmamos el resto de los pronunciamientos de conformidad con los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir, y al mantenimiento del aseguramiento prestado, a cuyas cantidades se dará el destino legal una vez conste la firmeza de esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.