



Roj: **STSJ M 10612/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:10612**

Id Cendoj: **28079340012022100776**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/09/2022**

Nº de Recurso: **663/2022**

Nº de Resolución: **777/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 30, 09-03-2022 (proc. 1338/2020) ,
STSJ M 10612/2022,
AATSJ M 456/2022**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34016050

NIG: 28.079.00.4-2020/0060276

Procedimiento Recurso de Suplicación 663/2022

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid **Despidos** / Ceses en general 1338/2020

Materia: **Despido**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 663/22

Sentencia número: 777/22

G.

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER

Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ASENJO PINILLA

Ilmo. Sr. D. EMILIO PALOMO BALDA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de septiembre de dos mil veintidós, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 663/22 formalizado por SEPRECO EJECUCIÓN Y PROYECTOS S.L. contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 30 de los de Madrid de 9 de marzo de 2022, en sus autos nº 1338/2020, en virtud de demanda deducida por Don Juan Luis contra la mercantil recurrente, en reclamación por **despido** y cantidad, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO. - El trabajador, D. Juan Luis prestó sus servicios para la entidad demandada SEPRECO EJECUCIÓN Y PROYECTOS S.L. (en adelante en esta resolución SEPRECO) desde el 12.09.17, con la categoría de OFICIAL DE SEGUNDA, a jornada completa y percibiendo una retribución bruta mensual de 1.384,72 euros incluida parte proporcional de las pagas extraordinarias (Hechos no controvertidos).

SEGUNDO.- Según el Convenio Colectivo del Sector de la Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid, para la categoría de oficial de segunda para el año 2.020 es de 19.955,26 euros brutos.

TERCERO.- El día 29.10.20 la empresa SEPRECO remitió al actor comunicación de carta de **despido**, con efectos del mismo día obrante a Folio 16, cuyo contenido se tiene íntegramente por reproducido, en la que se alegaban causa organizativas y de producción, basadas en que la empresa tenía en el mes de septiembre 39 centros de trabajo activos y contaba con una plantilla de 59 operarios, durante el mes de octubre finalizará el servicio en 9 centros de trabajo, también en el mes de noviembre y en el mes de diciembre la empresa, contará exclusivamente con un total de 14 centros. Entregándole al trabajador el documento de saldo y finiquito obrante a folio 19 por importe de 4.769,77 euros, desglosado en los siguientes conceptos: Paga de Navidad 731,92 euros. Parte proporcional de las vacaciones 514,32 euros. Indemnización 2.875,18 euros. Falta de preaviso, 681 euros. La empresa descontó del salario del mes de octubre, (1.147,33 euros) el importe de 431,06 euros por retribución covid. (Folio 15)

CUARTO.- La empresa SEPRECO PROYECTOS Y EJECUCIONES se dedica al suministro, montaje y mantenimiento de protecciones colectivas para todo tipo de obra de construcción, así como el servicio de asistencia técnica, en todas las fases de la ejecución de obras de construcción civil. (Según documentos 4, 5 y 6 de la parte demandada)

QUINTO.- El demandante presentó papeleta de conciliación frente a la empresa SEPRECO el 20.11.20. (Folios 13 y 14).

SEXTO.- En este Juzgado se dictó la Sentencia de fecha 29.04.21, en el Procedimiento de **Despido** 67/2021, interpuesta por un trabajador frente a la empresa demandada, obrante como documento 2 de la parte actora, cuyo contenido se tiene íntegramente por reproducido, en la que se declara . Confirmada por la Sentencia dictada por el TSJ de Madrid de 15.11.21 en el recurso de Suplicación 519/2021 obrante a folios 85 a 91."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo de ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta D. Juan Luis asistido por el Letrado D. Antonio José Muñoz Sánchez, contra SEPRECO EJECUCIÓN Y PROYECTOS S.L. declaro improcedente el **despido** de la parte actora, declaro EXTINGUIDA la relación laboral habida entre las partes con fecha de 08.01.2 y condeno a la demandada a que abone a D. Juan Luis la cantidad de 3.566,88 euros en concepto de indemnización por **despido**. Así como a que le abone el importe de 1.436,92 euros, que devengará el interés del 10%. Además se impone a la empresa demandada la multa por temeridad de 200 euros, y la condena al pago de los salarios de abogado del actor, con el límite de 600 euros."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta



Sección Primera en fecha 1 de junio de 2022 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se señaló el día 14 de septiembre de 2022 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de suplicación la empresa SEPRECO EJECUCIÓN Y PROYECTOS, S.L frente a sentencia que estimó la demanda promovida por Don Juan Luis contra la recurrente declarando la improcedencia del **DESPIDO** y extinguida la relación laboral habida entre las partes, y condenando a la demandada a que abone a Don Juan Luis la cantidad de 3.566,88 euros en concepto de indemnización por **despido** así como la suma de 1.436,92 euros con más el interés del 10%.

SEGUNDO.- El primer motivo lo destina, al amparo del apartado a) del art. 193 LRJS, a solicitar la nulidad de la sentencia con reposición de los autos por entender, en esencia, se ha vulnerado la garantía del derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva, que en este caso viene determinada en los artículos 24 de la Constitución y el art. 5 y 7 de la LOPJ, ya que la Juez de instancia, a su parecer, prejuzgó al advertir a la demandada que, al no haber llegado a un acuerdo con la parte actora, y existiendo un caso similar respecto a otro trabajador de la misma empresa ya juzgado, si se persistía en la celebración del juicio se incurría en clara temeridad, al intentar obligar juzgar algo que, según la iudex a quo, ya estaba juzgado y había sido confirmado por la Sala Social del TSJ (Minuto 0:43 de la grabación). Con ello, afirma, se le impidió ejercer su derecho a la defensa, sin que la Sentencia nº 727, de 15/11/2021 de la Sala de lo Social, Sección 6, obrante a los folios 85 a 92 de autos, haya resuelto cuál es el Convenio de aplicación, el de la Construcción o el de Ingeniería, por lo que debió suspenderse el juicio a la espera de conocerse la respuesta a asuntos similares planteados ante el TSJ, debiendo anularse la sentencia que considera no es congruente, y que el proceso sea juzgado por juzgador distinto e imparcial.

TERCERO.- La nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que debe acudir cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. En consonancia, el Tribunal Constitucional ha venido declarando, (entre otras en sentencias SSTC 70/1984, 48/1986, 89/1986, 98/1987 y 140/1996) que el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos todavía puede equipararse la indefensión con dimensión constitucional con cualquier infracción de normas procesales que los órganos judiciales puedan cometer. Para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24.2 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones para que le sean reconocidas.

En consecuencia, no existe indefensión cuando no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa y tampoco cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos. Por ello, *"no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado"*, de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta (SSTC 135/1986 ; 98/1987 ; 41/1989, de 16 febrero ; 207/1989 ; 145/1990, de 1 octubre ; 6/1992 ; 289/1993).

Planteado el debate en estos términos ha de recordar la Sala que es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional la relativa a que la nulidad de actuaciones procesales constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal, que constituye una de las metas a cubrir como servicio público que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones que en petición de amparo jurisdiccional se hacen a los órganos judiciales, por lo que su estimación queda condicionada al cumplimiento de unos estrictos condicionamientos que han de ser analizados en el caso concreto y no de forma general, sin que la no concurrencia de alguno de ellos, de carácter formal en todo caso, sea constitutivo de indefensión, por cuanto a) la indefensión constitucionalmente prohibida es la material y no la formal; b)



que " *la indefensión es un concepto fundamentalmente procesal que se concreta en la posibilidad de acceder a un juicio contradictorio en el que las partes, alegando y probando cuanto estiman pertinente, pueden hacer valer en condiciones de igualdad sus derechos e intereses legítimos*" (Ss. TC 156/85 ; 64/86 ; 89/86 ; 12/87 ; 171/91 y ATC 190/83 ; c) que " *el concepto constitucional de indefensión tiene un contenido eminentemente material, lo cual impide apreciar lesión del artículo 24.1 de la CE , cuando por circunstancia del caso pueda deducirse que el afectado tuvo oportunidad de defender sus derechos e intereses legítimos*" (SSTC 215/89 y 15.2.93) y que " *para que exista vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE no basta el mero incumplimiento formal de normas procesales, ni basta cualquier infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales sino que de las mismas ha de derivarse un perjuicio material para el interesado, esto es, ha de tener una repercusión real sobre sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción, pues no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos la eliminación o discriminación sustancial de derecho que corresponden a las partes en el proceso*" (STC 124/94).

Y sobre la incongruencia omisiva recuerda la Sentencia de la Sala Cuarta de 23 de julio de 2020 (recud.1418/2020) que " *la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala han venido reiterando sobre la exigencia de congruencia en las sentencias, reconocida positivamente, con carácter general en el artículo 218 LEC cuando dispone que "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito...". La congruencia puede definirse como un ajuste "sustancial" entre lo pedido y lo resuelto que, por tanto, no exige del fallo " una conformidad literal y rígida con las peticiones de las partes, sino racional y flexible"* (STS de 16 de febrero de 1993, Rec. 1203/1992, con cita de otras muchas). La congruencia se plantea, pues, como una necesidad de correlación entre determinada actividad procesal de las partes, por un lado, y la actividad decisoria o resolutoria que el juez plasma en la sentencia, por otro.

Los términos que es preciso comparar para averiguar si existe o no congruencia comprenden, esencialmente, desde el punto de vista de la actividad de las partes, la pretensión procesal, compuesta, a su vez, por la petición y la causa de pedir. De ahí que la Sala haya reiterado, recogiendo la doctrina constitucional, que " *el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial exige confrontar la parte dispositiva de la Sentencia y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y "petitum"-, y en relación a estos últimos elementos viene afirmándose que la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión*" (entre otras, SSTS de 5 de octubre de 1999, Rec. 4773/1998 y de 8 de noviembre de 2006, Rec. 135/2005).

Lógico corolario de cuando antecede es que, para determinar si la infracción denunciada en el motivo como cometida puede prosperar, es necesario examinar si la parte que la invoca ha sufrido indefensión, entendida como un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y de ejercer, en última instancia, el derecho de defensa. Así, para apreciar tal vulneración y estimar la solicitud de nulidad se precisa: a) Que se haya infringido una norma procesal; b) Que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia; c) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida d) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto y e) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión (ex art. 24.1 CE).

CUARTO.- En el caso presente, y comprobada debidamente por la Sala la grabación del juicio, no se aprecia vulneración de normas esenciales del proceso que hayan producido indefensión, sin que se le haya impedido realizar a la recurrente las alegaciones oportunas en defensa de su derecho, o proponer la prueba que tuviera por conveniente en sustento de su pretensión, limitándose la Juez en advertir a la recurrente por su contumacia que "pudiera" incurrir en temeridad por insistir en una cuestión que, en opinión de la titular del Juzgado, acertadamente o no, estimaba ya resuelta. Y en cuanto al rechazo de una segunda suspensión del juicio, máxime cuando ya se accedió a la primera suspensión, estaba justificada al no existir causa legal para ello (art. 83 LRJS y 188 LEC), siendo la sentencia perfectamente congruente con el suplico de la demanda y el debate suscitado por las partes, no cabiendo así declarar la nulidad de la sentencia, como tampoco apartar a la iudex a quo del proceso, porque para ello ya están previstos los mecanismos de la abstención y recusación que se regulan en los artículos 217 y siguientes de la LOPJ y 99 y siguientes de la de la LEC.

Se desestima el primer motivo.

QUINTO.- El segundo motivo, al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS, interesa, en su apartado A), la supresión del hecho probado segundo, que dice:

"Según el Convenio Colectivo del Sector de la Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid, para la categoría de oficial de segunda para el año 2.020 es de 19.955,26 euros brutos".

Propone esta redacción alternativa:



(Sic) " Según el convenio colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, el cual es de aplicación para la categoría de oficial de primera para el año 2020 es de 16.627,10 euros brutos", si bien, por parte de la empresa se viene aplicando el citado salario a los trabajadores con categoría de oficial 2ª".

El motivo fracasa, dado que pretende prejuzgar cuál es el Convenio de aplicación al caso, haciendo prevalecer su subjetivo y parcial interés, pues siendo un concepto jurídico discutido cuál es el Convenio de aplicación, todo lo más debería recogerse como dato aséptico el salario que correspondería percibir al trabajador según su categoría profesional en cada uno de los convenios en liza.

Por lo demás, esta cuestión ya aparece dilucidada con valor fáctico en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia, de manera que las diferencias resultantes de la aplicación de uno u otro Convenio son las que afirma la iudex a quo:

" Se acumuló por la parte actora, la pretensión de reclamación de cantidad por las diferencias del importe del finiquito, calculado según salario percibido y no el que le corresponde conforme al Convenio Colectivo de aplicación el del Sector de la Construcción , según el cual el salario del actor asciende a 1.6966,50 euros mensuales, sin prorrateo de pagas extraordinarias, de manera que la parte proporcional de la paga extraordinaria de navidad, que le corresponde asciende a 1.115,63 euros, de vacaciones 735,15 euros y mes de octubre 1.548,65 euros. La diferencia asciende al importe de 1.436,92 euros, incluyendo el descuento indebido de 431,06 euros en concepto de retribución COVID.

La parte demandada no se ha opuesto al abono de esta cantidad, por lo que procede la condena al pago de la misma, que por ser de naturaleza salarial devengará el interés del 10%, conforme lo dispuesto en el art. 29.3 del ET ".

En su apartado B) interesa la adición al hecho probado cuarto de este párrafo:

"así como en líneas de vida, redes protectoras, trabajos especiales y toda clase de equipos de protección, tanto en obra nueva, reformas, industria, torres eléctricas, de comunicación y, toda aquella actuación en prevención de riesgos laborales, además de la asistencia técnica y consultoría. (Según documentos 4, 5 y 6 de la parte demandada)."

Se rechaza la modificación por ser intrascendente para alterar el sentido del fallo.

En el apartado C) interesa la adición al hecho probado tercero de este párrafo:

"Que las cantidades indicadas lo han sido aplicando el convenio de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, de carácter estatal".

Se admite el motivo al así deducirse directamente de los folios indicados.

SEXTO.- El tercer motivo, con amparo en el apartado c) del art. 193 LRJS, denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 82.3, 83.1 y 84.1 del Estatuto de los Trabajadores, 1 y la Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XIX Convenio colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, de carácter estatal y, por aplicación indebida del artículo 1 del Convenio de Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid y anexo I al mismo al que refiere el precepto; así como, la doctrina jurisprudencial que en relación a tales preceptos, relativa a la aplicación de los Convenios colectivos.

Sostiene básicamente, discrepando de la sentencia recurrida, y por las razones que expone, la actividad principal de la empresa SERPRECO es la de protecciones colectivas, por lo que no es posible entender que tal actividad sea propia del convenio de construcción, sino del Convenio colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, de carácter estatal, en cuyos artículos 1 y 2, se dispone:

"Artículo 1. Ámbito funcional. Especial vinculación.

El presente Convenio será de obligada observancia en todas las empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, incluidas las de delineantes, cuya actividad de servicios de asistencia técnica, estudios y proyectos de ingeniería civil, medioambiental, industrial, energía, arquitectura y urbanismo, aeronáutica, agraria, química, electrónica, aeroespacial, de defensa y militar de cualquier orden similar, haya estado encuadrada en la Ordenanza Laboral de Oficinas y Despachos aprobada por Orden de 31 de octubre de 1972, que fue sustituida íntegramente en dicho ámbito por el IX Convenio de este sector, publicado en el BOE de 20 de julio de 1995; así como la inspección, supervisión y control técnicos y de calidad en la ejecución de tales proyectos y estudios, en empresas que no aplicasen anteriormente otro convenio colectivo de distinta actividad".

Artículo 2. Ámbito territorial.

"Este Convenio colectivo será de aplicación en todo el territorio del Estado español".



SEPTIMO.- A tenor de los hechos probados, y en lo que aquí interesa:

1.- El actor presta sus servicios para la entidad demandada SEPRECO EJECUCIÓN Y PROYECTOS S.L. (en adelante en esta resolución SEPRECO) desde el 12.09.17, con la categoría de OFICIAL DE SEGUNDA, a jornada completa y percibiendo una retribución bruta mensual de 1.384,72 euros incluida parte proporcional de las pagas extraordinarias.

2.- El día 29.10.20 la empresa SEPRECO remitió al actor comunicación de carta de **despido**, con efectos del mismo día obrante a Folio 16, cuyo contenido se tiene íntegramente por reproducido, en la que se alegaban causa organizativas y de producción, basadas en que la empresa tenía en el mes de septiembre 39 centros de trabajo activos y contaba con una plantilla de 59 operarios.

Entregándole al trabajador el documento de saldo y finiquito obrante a folio 19 por importe de 4.769,77 euros, desglosado en los siguientes conceptos:

Paga de Navidad 731,92 euros.

Parte proporcional de las vacaciones 514,32 euros.

Indemnización 2.875,18 euros.

Falta de preaviso, 681 euros.

La empresa descontó del salario del mes de octubre, (1.147,33 euros) el importe de 431,06 euros por retribución covid. (Folio 15).

Las cantidades indicadas lo han sido aplicando el convenio de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, de carácter estatal.

3.- La empresa SEPRECO PROYECTOS Y EJECUCIONES se dedica al suministro, montaje y mantenimiento de protecciones colectivas para todo tipo de obra de construcción, así como el servicio de asistencia técnica, en todas las fases de la ejecución de obras de construcción civil.

OCTAVO.- No se discute en esta sede de suplicación que el **despido** es improcedente ciñéndose la cuestión controvertida a determinar cuál es el Convenio colectivo que ha de regir la relación entre las partes, si el de la Construcción, como sostiene el actor y así lo declara la sentencia recurrida, o el de Ingeniería, como sostiene la empresa recurrente.

La sentencia de instancia se inclina por la aplicación del Convenio de la Construcción con base en esta argumentación:

"El Convenio Colectivo de la Construcción en su art. 1 , regula el ámbito de aplicación del mismo, y remite a las actividades contenidas en el Anexo I del VI Convenio General de la Construcción del 25.07.17. En el mismo se recoge un enorme elenco de actividades, sin ánimo taxativo, de cuya lectura se desprende, que el mismo quería englobar todas las múltiples actividades, que se realizan en el lugar de la obra:

"El presente Convenio colectivo será de aplicación y obligado cumplimiento

En las siguientes actividades:

a) Las dedicadas a la Construcción y Obras Públicas, comprendiendo:

- Albañilería.

- Hormigón.

- Pintura para decoración y empapelado.

- Carpintería de armar.

- Embaldosado y solado.

- Empedrado y adoquinado.

- Escultura, decoración y escayola.

- Estucado y revocado.

- Piedra y mármol, incluyéndose las fábricas y talleres de sierra y labra,

Tanto mecánica como manual.

- Fabricación de elementos auxiliares y materiales de la construcción para su exclusiva o preferente utilización y consumo, absorbiéndose en las propias obras toda o la mayor parte de dicha producción...

(...)

- Colocación de aislantes en obras, como actividad principal.

- Abastecimiento y saneamiento de aguas, colocación de tuberías y elementos

Accesorios de las mismas; apertura y cierre de zanjas y sus

Reparaciones, incluyendo las que se realizan para cualquier clase de

Instalaciones de suministros, tales como gas, teléfono, electricidad,

etc., cuando sea empleado, principalmente, personal, y ocupado la

Mayor parte de su jornada laboral, de construcción y obras públicas Por ser ésta la actividad principal o nuclear que se lleve a cabo en el

Correspondiente centro de trabajo o contrata.

- La confección de cañizos y cielos rasos.

- Las empresas inmobiliarias, incluidas las cooperativas de viviendas.

- Las empresas dedicadas al estudio, planeamiento y construcción de Obras públicas y particulares (carreteras, viaductos, túneles, autopistas, Pasos elevados) o simplemente a la realización de las obras indicadas.

- La promoción o ejecución de urbanizaciones.

- Empresas dedicadas a cimentaciones y las que realicen sondeos para La construcción principalmente.

- Los trabajos verticales de construcción, rehabilitación, reparación y Pintura.

- Gestión de residuos en obra.

- Las de control de calidad para la construcción y obras públicas.

- Trabajos de montaje refractario y de paz La promoción de la edificación de inmuebles de cualquier género."

Esta cuestión ya ha sido resuelta por esta Juzgadora en la Sentencia de fecha 29.04.21, en el Procedimiento de **Despido** 67/2021, interpuesta por un trabajador frente a la empresa demandada, obrante como documento 2 de la parte actora, cuyo contenido se tiene íntegramente por reproducido, en la que se declara, que el convenio colectivo de aplicación es el Convenio Colectivo del Sector de la Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid. Confirmada por la Sentencia dictada por el TSJ de Madrid de 15.11.21 en el recurso de Suplicación 519/2021 obrante a folios 85 a 91.

Tal y como se indicó en la citada Sentencia, y sin que parte actora en el día de hoy haya practicado prueba alguna, que justifique un cambio de razonamiento jurídico: "Si bien ninguna de las partes ha aportado o solicitado al aportación de los Estatutos de la empresa en los que poder constatar el objeto de la sociedad, la parte demandada ha admitido, que la empresa SEPRECO se dedica a la ejecución del plan de Riesgo Laboral de Protección de Salud en las obras de construcción. De manera, que la función esencial se proyecta para la obra y se ejecuta en la misma. El contrato de trabajo del actor recoge como causa del mismo: la realización de la obra y servicio: 74 viviendas, Avenida Delta del Ebro, Boardilla del Monte, Madrid, y la empresa ha reconocido, que también trabajó en otra obra. Por esta juzgadora se acordó la Diligencia Final consistente, en obtener del Registro Mercantil, el objeto social de la empresa SEPRECO PROYECTOS Y EJECUCIONES, resulta que es el suministro, montaje y mantenimiento de protecciones colectivas para todo tipo de obra de construcción, así como el servicio de asistencia técnica. (Folio 87)

Por todos los datos acreditados, permiten concluir, que el lugar de ejecución del trabajo del actor es la obra de construcción, y en general de la empresa. A la vista del ámbito de aplicación extenso del Convenio del Sector de la Construcción, que pretende englobar todas las actividades, que se realizan en la obra, con carácter principal y accesorio, para garantizar, la equiparación de los distintos operarios, que intervienen en la construcción a pie de obra, resulta evidente, que el Convenio de aplicación en el presente caso es el del Convenio Colectivo del Sector de la Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid."

NOVENO.- No le acompaña la razón a la empresa, claudicando el tercer motivo, compartiéndose los criterios de la sentencia recurrida. De la prueba aportada por quien recurre, atendiendo al ámbito de aplicación de uno



y otro Convenio, no hay base suficiente para entender al actor se le haya de aplicar el de Ingeniería. El lugar de ejecución del trabajo del actor como oficial segunda se desenvuelve a pie de obra, en la construcción, y a la vista del ámbito de aplicación extenso del Convenio del Sector de la Construcción, que trata de englobar todas las actividades que se realizan en la obra, bien sean con carácter principal o accesorio, y siendo que la empresa SEPRECO PROYECTOS Y EJECUCIONES se dedica al *suministro, montaje y mantenimiento de protecciones colectivas para todo tipo de obras de construcción*, así como al servicio de asistencia técnica, en todas las fases de la ejecución de obras de construcción civil, las inferencias obtenidas por la sentencia recurrida son lógicas, no caprichosas ni arbitrarias. La doctrina constitucional (STC 44/1989, de 20 de febrero) tiene señalado que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del órgano judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas (por todas, SSTC 175/85, de 15 de Febrero; 141/2001, de 18 de junio, FJ 4; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 5, y 136/2007, de 4 de junio, FJ 2).

DÉCIMO.- Tales inferencias de la sentencia recurrida se refuerzan teniendo en cuenta el Juzgado de lo Social nº 30 de los de Madrid dictó Sentencia de fecha 29.04.21, en el Procedimiento de **Despido** 67/2021, interpuesta por otro trabajador frente a la misma empresa demandada, obrante como documento 2 de la parte actora, en la que se declara que el convenio colectivo de aplicación es el Convenio Colectivo del Sector de la Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid, sentencia que fue confirmada por la dictada por el TSJ de Madrid en 15.11.21, de la Sección Sexta, deviniendo firme, en el recurso de Suplicación 519/2021 obrante a folios 85 a 91.

UNDÉCIMO.- El cuarto, estrechamente relación con el anterior, y discrepando de los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia de instancia, denuncia infracción de los preceptos que cita, dado, y a su juicio, por las razones que expone , al resultar de aplicación el Convenio de Ingeniería SERPRECO debería abonar al recurrido las siguientes cantidades:

- Por indemnización por **despido** improcedente: 2.983,91 euros.
- Por liquidación, saldo y finiquito: - 66.83 euros.

Por lo que se refiere a la indemnización, si fuera de aplicación el Convenio Colectivo de la Construcción, considera que la sentencia recurrida incurre en errores aritméticos, ya que, a su juicio, el cálculo correcto es este:

- Salario Bruto s/convenio: 19.955,26 euros
- Antigüedad: 42,46 euros
- Total Bruto: 20.464,78 euros
- 3,166 años X 33 días= 104,50 días X 56,07 euros día = 5.859,09 euros
- 2.875,18 euros percibidos en liquidación = **2.983,91 euros**.
- Fecha de inicio de la relación laboral: 12/09/2017.
- Fecha de finalización de la relación laboral: 29/10/2020.

Acompaña la razón en su cálculo de indemnización a la empresa. La sentencia no hace el oportuno desglose fijando una cifra global de indemnización. El salario del que debemos partir es el del Convenio de la Construcción por importe de 19.955,26 euros anuales, (hecho probado segundo) más la antigüedad, lo que hace un total bruto anual de 20.464,78 euros. Atendiendo a la fecha de inicio de la relación laboral, 12-9-17 (hecho probado primero) y la de efectos del **despido**, 29-10- 20 (hecho probado tercero) se obtiene una indemnización de 5.859,09 euros siguiendo a la aplicación informática del CGPJ. A esta suma ha de restarse la cantidad de 2.875,18 euros percibidos en liquidación = **2.983,91 euros** , resultando así la indemnización que propugna la empresa.

Sin embargo, no le acompaña la razón a la empresa en el cálculo de la liquidación por finiquito, dado que parte de premisas fácticas diferentes y novedosas a las establecidas en el hecho probado tercero, haciendo supuesto de hecho de la cuestión e incurriendo en una petición, fundamentando una denuncia en unos hechos que no son los probados, debiendo darse por válidos los cálculo ofrecidos en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida con relación a los ofrecidos por la parte actora en su demanda.



DUODÉCIMO.- El último motivo, el quinto, denuncia infracción de los preceptos que cita por considerar no procede la imposición de la multa por temeridad por importe de 200 euros ni el abono de los honorarios del abogado de la parte actora, hasta el límite de 600 euros.

La sentencia de instancia fundamenta la imposición de multa por temeridad en que la empresa:

*"no ajustó sus actuaciones a las reglas de la buena fe procesal como exige el art. 75.4 de la LRJS, ya que, sabiendo que el **despido** era improcedente y que la única cuestión litigiosa consistente en la determinación del convenio de aplicación a la relación laboral habida entre las partes, ya había sido resuelta por esta Juzgadora, mediante Sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha continuado con su oposición, obligando al trabajador demandante a la continuación del procedimiento judicial, ocasionando molestias y gastos al mismo, por lo que, procede la imposición de la multa por temeridad por importe de 200 euros en su grado medio inferior, y el abono de los honorarios del abogado de la parte actora, hasta el límite de 600 euros".*

Como señalamos en nuestra sentencia de 11 de septiembre de 2.020 (recurso nº 1.419/19):

"(...) La actuación de la parte no revela comportamiento contrario al art. 75 LRJS sino, a lo más, una técnica y estrategia procesal inadecuadas, débiles o deficientes, técnica y estrategia que son escogidas por el letrado como asesor técnico. (...) Sin embargo, es nuestra opinión que no pueden calificarse como manifiestamente temerarias a la vista de la propia motivación judicial. Pueden ser inconsistentes, débiles, frágiles, sin apoyo fáctico y probatorio. Por eso se han desestimado pues, de haber sido consistentes, fuertes, formuladas con corrección técnica, sustento jurídico de fondo y apoyo probatorio bastante, habrían prosperado. El mayor o menor acierto en la formulación de la pretensión no constituye por sí sola temeridad. Por estas razones la Sala no comparte el criterio de la juzgadora de instancia para imponer una sanción. De esta forma la aplicación del precepto es inadecuada por lo que se estima en este extremo el motivo y el recurso (...)"

Asiste la razón a la empresa en este motivo de su recurso, dado que, si bien se mira, la STSJ de Madrid de 15-11-21 se refiere a otro trabajador de la misma empresa demandada y la razón de desestimación en el supuesto examinado por la Sección Sexta lo fue por motivos formales, "limitándose a sostener la aplicabilidad genérica de un convenio colectivo determinado, lo cual por sí solo no conduciría a alterar el fallo de la sentencia, porque se debería haber precisado cuál sería el salario aplicable y la indemnización correcta en lugar de la fijada en sentencia", mientras que en el caso sometido a la consideración de esta Sección Primera la desestimación lo es por motivos de fondo relacionados con el ámbito funcional de cada Convenio, por falta de sustrato fáctico probatorio y jurídico, de manera que el mayor o menor acierto en la formulación de la pretensión no constituye por sí sola temeridad, de ahí que estimemos el quinto motivo, con revocación parcial de la sentencia de instancia, no procediendo así imponer la multa de temeridad y abono de honorarios del letrado del actor con base al artículo 75.4 LRJS. Máxime cuando el cálculo aritmético de la indemnización por **despido** efectuado por la sentencia de instancia es erróneo, habiendo sido estimado en parte el recurso.

Sin costas y con devolución del depósito para recurrir a la parte recurrente (artículos 235 y 203.3 LRJS).

Vistos los preceptos citados,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación nº 663/2022 interpuesto por SEPRECO EJECUCIÓN Y PROYECTOS, S.L contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 30 de los de Madrid de 9 de marzo de 2022, en sus autos nº 1338/2020, en virtud de demanda deducida por Don Juan Luis contra la mercantil recurrente y revocamos parcialmente la sentencia recurrida dejando sin efecto tanto la multa por temeridad de 200 euros como la condena al pago de los honorarios del abogado del actor impuestos, fijando la indemnización por **despido** en 2.983,91 euros, confirmando el resto de sus pronunciamientos.

Sin costas y con devolución del depósito para recurrir a la parte recurrente.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.



Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826-0000-00- 0663-22 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid, 28010 de Madrid,

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2826-0000- 00- 0663-22.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.