



Roj: **STSJ PV 146/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:146**

Id Cendoj: **48020340012014100137**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **29/04/2014**

Nº de Recurso: **586/2014**

Nº de Resolución: **776/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS ITURRI GARATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación **586/2014**

**N.I.G. P.V. 48.04.4-13/004786**

**N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2013/0004786**

**SENTENCIA Nº: 776/2014**

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

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a veintinueve de abril de dos mil catorce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. Don MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE y Don JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

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

En el recurso de suplicación interpuesto por don **Marcial** contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de los de Bilbao, de fecha 29 de octubre de 2013, dictada en autos 488/2013 y en proceso sobre **DESPIDO** y entablado por don **Marcial** frente a **WALFERPINTURAS, S.L., CONSTRUCCIONES ADOLFO SOBRINO S. A.,** y el **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.**

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

**PRIMERO.-** El actor D. **Marcial** mayor de edad con DNI Nº **NUM000** vino prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa **WALFERPINTURAS SL** con antigüedad del 2/1/2013 categoría de oficial de 1ª y salario de euros mensuales 3.215,01 euros con pp pagas extras.

En dicho salario se computa además de los conceptos fijos de salario base, plus de actividad parte proporcional de pagas extras y promedio de horas extras realizadas por el trabajador teniendo en cuenta que el actor desarrollaba su trabajo en el siguiente horario: De lunes a viernes: de 8:00 h a 13:00 h y de 14:00 h a 19:00 h y los sábados de 8:00 h a 13:00 h.



SEGUNDO.- El actor fue contratado en virtud de contrato por obra o servicio determinado en la citada fecha teniendo como objeto el contrato la construcción de ochenta viviendas VPO en Zorrotza por encargo de CONSTRUCCIONES ADOLFO SOBRINO SA .

TERCERO.- Prestaban servicios en la citada obra además del actor otros trabajadores, de CAS SL cuyo encargo realizaba labores de coordinación.

CUARTO.- Con fecha 19/3/2013 el encargado de CAS SL niega la entrada a la obra de Zorrotza a todos los trabajadores de WALFERPINTURAS SL que prestaban servicios en dicha obra en número de 12, incluido el actor.

Ese día a las 16:31 se produce una comunicación mediante burofax desde CONSTRUCCIONES ADOLFO SOBRINO SA a WALFERPINTURAS SL con el siguiente contenido:

"Con relación al contrato de fecha 04 de septiembre de 2012 que tiene por objeto la ejecución de estructuras de hormigón armado en edificación en nuestra obra "80 viviendas en Zorrotza" por cuenta de Viviendas municipales de Bilbao, les informamos que debido al incumplimiento por su parte de los plazos pactados para la realización de sus trabajos, el contrato existente entre nuestras empresas ha quedado resuelto por lo que no se permitirá el acceso de su personal a obra a partir de esta fecha".

QUINTO.- Con fecha 21/3/2013 el actor recibe de la empresa WALFERPINTURAS SL la siguiente comunicación. "Le comunicamos que el próximo día 21 de marzo de 2013 quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral con esta empresa causando baja definitiva por Baja por fin de contrato temporal o de duración determinada".

SEXTO.- La obra objeto del contrato no había finalizado a dicha fecha.

SÉPTIMO.- El actor no ha ostentado cargo representativo de los trabajadores.

OCTAVO.- Con fecha 21/3/2013 y se interpuso papeletas de conciliación previa, que dieron lugar a acto de conciliación sin efecto el 26/4/2013.

NOVENO.- La empresa WALFERPINTURAS SL ha dejado de tener actividad desde agosto de 2013.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: "*Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Marcial contra la empresa WALFERPINTURAS SL, CONSTRUCCIONES ADOLFO SOBRINO SA y FOGASA sobre despido, declaro el impugnado como improcedente y teniendo por efectuada la opción indemnizatoria, declaro extinguida la relación laboral entre el actor y WALFERPINTURAS SL, condenando a la empresa WALFERPINTURAS SL a que abone al trabajador D. Marcial en concepto de indemnización la cantidad de 2.906 euros, absolviendo a la empresa CONSTRUCCIONES ADOLFO SOBRINO SA de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento.*"

**TERCERO** .- Don Marcial formalizó recurso de suplicación contra tal sentencia, el cuál no fue impugnado por ninguno de los codemandados.

**CUARTO**.- En fecha 21 de marzo de 2014 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 31 de marzo, acordándose - entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 15 de abril.

Lo que se ha llevado a cabo, dictándose sentencia seguidamente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Don Marcial formula recurso de suplicación contra la sentencia que estima parcialmente su demanda y califica como despido improcedente el despido acordado por Walter Pinturas, S.L. en fecha 21 de marzo de 2013, pretendiendo que se califique como nulo tal despido y no como improcedente, condenando a tal codemandada a las consecuencias derivadas de tal calificación.

Al efecto plantea dos motivos de impugnación, respectivamente enfocados por la vía prevista en los apartados b y c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre). En el primero pretende que se añada un nuevo hecho probado, mientras que en el segundo aduce la infracción de lo dispuesto en los 49, número 1, letra b y 51 número 1 letra a del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción vigente tras la Ley 3/2012, de 6 de julio) en relación con el artículo 122 letra b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, aduciendo infracción de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de fecha 25 de noviembre de 2013 y 3 de julio de 2012 ( recursos 52/2013 y 1744/2011 ).

Dicho recurso no ha sido impugnado por los demandados.

**SEGUNDO.- Primer motivo de impugnación.**

El nuevo hecho probado tendría el siguiente contenido: " Con fecha 21-3-13 la empresa Walferpunteras, S.L. procedió a dar de baja en la Seguridad Social a 12 trabajadores. La empresa emplea menos de 100 trabajadores".

Consta tal dato en el oficio remitido por la Tesorería General de la Seguridad Social obrante a los folios 92 y 93 de autos. Se admite.

**TERCERO.- Segundo motivo de impugnación.**

A.- El demandante pretende que el despido es nulo y no improcedente, porque considera que debió actuarse un despido colectivo, ya que se despidió a doce trabajadores en fecha 21 de marzo de 2013 y por ello, debiera considerarse que se sobrepasa el límite de diez trabajadores que se establece en el número 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores para empresas de menos de cien trabajadores. Considera que, dada la admisión del anterior motivo, se llega a tal conclusión.

B- En la sentencia recurrida, si se lee su tercer fundamento de derecho, se puede apreciar que la razón que esgrime la Juzgadora para desestimar esa petición es que considera que el cómputo de diez trabajadores que pretende el demandante, se ha de hacer solo en relación a otros contratos de trabajo finalizados por causas objetivas y no incluyendo otros tipos de extinción contractual.

C.- Esta posición es la que ha adoptado la jurisprudencia en tiempo pasado, pero no es su postura actual, como bien sostiene la parte recurrente, siendo buena muestra de ello las dos sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que cita dicha parte.

En ambos casos, para realizar el cómputo de extinciones a los efectos de tal precepto estatutario, se computan supuestos de comunicación de cese empresarial de contrato temporal por obra o servicio determinado con el trabajador, cuando la obra o servicio realmente no ha terminado u otros casos de contratación laboral temporal fraudulenta.

En concreto, la sentencia de 3 de julio de 2012 dice: " El artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral aplicable al caso por razones temporales, y el artículo 124 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social decían hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, que "El órgano judicial declarará nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa, en los supuestos en que esté legalmente prevista".

El problema a resolver, tal y como antes se enunció consiste en determinar si esa declaración de nulidad prevista por la norma aplicable al caso por no haberse seguido los trámites del hoy extinguido expediente de regulación de empleo, se produce de manera directa en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el de autos -punto no discutido por nadie- se superan los umbrales numéricos que se contienen en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores a la hora de acordar los ceses o despidos, que se han declarado no ajustados a derecho por tratarse de contrataciones fraudulentas aparentemente temporales en las que además no había concluido la obra o servicio contratado.

Sobre esta cuestión debe decirse en primer término que el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción aplicable al caso de autos por razones temporales (hoy sustituida por la que le ha dado el Real Decreto Ley 3/2012) enuncia en su número 1 lo que será la regulación de denominado "despido colectivo" , estableciéndose que "A efectos de lo dispuesto en la presente Ley 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 noventa días se superen los umbrales numéricos previstos en la norma. Estamos entonces en presencia de una regulación legal específicamente prevista para los despidos colectivos que el empresario decida llevar a cabo por las causas previstas en el precepto.

Y para ese fin, dentro del concepto de despido colectivo antes transcrito, la misma norma regula la manera en que han de computarse el número de extinciones y su distribución en un periodo de 90 días o de varios de ellos sucesivos. En concreto se dice que "para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de éste artículo - extinciones colectivas fundadas en causas económicas, técnicas organizativas o de producción- se tendrán en cuenta así mismo 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 apartado c) del apartado 1 del artículo 49 c) 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 voluntad 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.*

*Pero si se trata de contrataciones temporales fraudulentas, como en este caso, o resulta que la obra o el servicio concertados no han finalizado en absoluto, es decir, ni siquiera de alguna forma parcial que pudiera afectar a la actividad del trabajador, no cabe excluir en del cómputo tales trabajadores a los efectos discutidos, pues en otro caso se dejaría al arbitrio del empleador la utilización de la vía del despido colectivo, excluyendo de los referidos umbrales las contrataciones de esta clase.*

*En un sentido aún más preciso sobre este problema se regula la cuestión en la Directiva 98/59 CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos."*

La segunda, la de 25 de noviembre de 2013 se remite a la primera.

D.- Simplemente lo anterior, no lleva derechamente a estimar el recurso, cual parece pretender la recurrente, pues una cosa es que se deba considerar que, para el cómputo del artículo 51 número 1 del Estatuto de los Trabajadores se hayan de incluir esos supuestos y otra y bien distinta es que quepa colegir que todas las bajas en Seguridad Social acordadas por la empresa en fecha 21 de marzo de 2013 (las doce aludidas en el fundamento de derecho anterior) sean por la misma causa que la comunicada al demandante.

En efecto de los doce, en cinco supuestos, incluido el caso del demandante, se refiere la causa de extinción número 93 como causa de tal baja y en los otros siete casos se indica el ordinal 85.

En la prueba documental aportada a juicio por el Fondo de Garantía Salarial se aporta una hoja de explicación de la relación numeral y la causa alegada y así el código 93 alude al caso en que la comunicación se basa en fin del contrato temporal o de duración determinada y el código 85 al caso de no superación del periodo de prueba. Esto también se puede comprobar las páginas oficiales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social accesibles vía Internet.

Conforme se ha explicado, para tal cómputo, la jurisprudencia ya ha indicado que se ha de tratar de causas no inherentes a la persona del trabajador. La no superación de tal periodo de prueba es causa inherente al trabajador, por lo que consideramos que en principio no cabe considerar esas siete contrataciones.

Ahora bien, en la proporción seis a seis y no cinco a siete, este extremo ya fue suscitado por el Fondo de Garantía Salarial en juicio y a ello opuso el demandante que en los doce casos aludidos siempre se había superado con creces el plazo máximo de quince días de duración del periodo de prueba que prevé el convenio colectivo.

Si reparamos en aquel informe de la Tesorería General de la Seguridad Social que acabamos de mencionar, en efecto ello es así.

Y también lo es que el artículo 8 del convenio colectivo aplicable fija tal plazo como de duración máxima de tal periodo para dos casos: personal operario que no sea ni encargado ni capataz y empleados que no sean de los niveles III a X. El convenio colectivo aplicable es el de la construcción y obras públicas de Bizkaia, publicado en el Boletín Oficial de Vizcaya de 28 de enero de 2013.

De otra parte, en ese mismo informe se refleja que los doce casos expuestos eran de trabajadores que se encontraban incluidos en el grupo de cotización 8 de la Seguridad Social. Es decir que eran oficiales de primera y segunda de la construcción (dada la clasificación en tal grupo de cotización, que se puede consultar en similares páginas a las ya indicadas).

Por lo que efectivamente se deduce que en todos los casos se superó ese plazo máximo del periodo de prueba, debiendo catalogarse en consecuencia, que se invocó causa incierta de baja laboral y como quiera que en todos los casos se ha observado por la empresa similar conducta en orden a la falta de proporción de trabajo y comunicación de cese en la misma fecha, entendemos que si que cabe aplicar a este caso aquella doctrina del Tribunal Supremo, también ampliada, por ejemplo, a casos de despidos disciplinarios improcedentes o objetivos en los que se llega a un acuerdo ( sentencias de 25 de noviembre y 28 de octubre de 2013 , recursos 52/2013 y 2689/2012 ) ya que también en nuestro caso es evidente que la causa de cese no ha tenido que ver con la condición personal del trabajador, pues si ello se podía considerar durante el periodo de prueba, ya se ha dicho que éste ya se había superado cuando se comunica a la Tesorería General de la Seguridad Social un cese a los dos días de constancia de que los trabajadores de la empresa no pueden entrar a su centro de trabajo.

En consecuencia y como quiera que cuando menos se cesó en la misma fecha a doce trabajadores por causa computable a los efectos del artículo 51 número 1 del Estatuto de los Trabajadores , se estima el recurso, debiendo calificarse como nulo tal despido.



Ahora bien, en la sentencia se fija la extinción contractual de la relación contractual a la fecha de la misma, dado que la empresa cesó en su actividad a los pocos meses (agosto de 2013, tal y como indica el inatacado hecho probado noveno de la sentencia recurrida)..

Consideramos que se ha de mantener la extinción en tal fecha, aunque se cambie la calificación del ilegal despido, pues aunque ello no se prevé en el artículo 110, número 1, letra b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social para el caso de despido nulo y si solo para el despido improcedente, si que parece razonable tal medida, considerando los contenidos de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de octubre de 2009 (recurso 2823/2008 ) que permitía tal tipo de extinción en sentencia, al constatarse ya en juicio la imposibilidad de readmisión, como es el caso, ya que la empleadora cesó en su actividad a los pocos meses, como se ha dicho. En ello abunda el que sobre este punto no se hizo cuestión en juicio entre partes, dejándolo el propio recurrente al criterio de la Juzgadora esta decisión y que lo contrario sería incrementar de forma artificiosa salarios de tramitación.

Ahora bien, siendo el despido nulo, lo coherente es que, no existiendo ya opción entre indemnización y readmisión, siendo esto último lo legalmente procedente, junto con el abono de salarios de tramitación, entendemos que estos últimos se han de imponer a la demandada hasta la fecha de esa sentencia, interpretando de esta forma el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 113 en relación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social en relación al artículo 110 para este singular caso. Ello supone que por tal concepto, dada la fecha del despido, la de la sentencia y el importe de los salarios fijados en el hecho probado primero de la sentencia recurrida, suponga que se hayan de fijar otros 20.294,14 euros en tal concepto de salarios de tramitación.

No se ha discutido en el recurso la absolución de Construcciones Adolfo Sobrino, S.A., ni el salario regulador del despido, ni el resto de cuestiones contenciosas entre partes que también fueron discutidas en juicio. En consecuencia, tampoco examinamos tales extremos.

#### **CUARTO- Costas.**

No procede pronunciamiento condenatorio en materia de costas del recurso, dado que se estima el recurso y lo que se dispone en el artículo 235 número 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social .

**VISTOS:** los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS**

Que **estimamos** el recurso de suplicación formulado en nombre de don Marcial contra la sentencia de fecha veintinueve de octubre de dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de los de Bilbao en los autos 488/2013 seguidos ante el mismo y en el que también son partes Walferpinturas, S.L., Construcciones Adolfo Sobrino, S.A. y el Fondo de Garantía Salarial.

En su consecuencia, revocamos la misma, calificando el despido como nulo y no como improcedente, manteniendo el resto de pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la misma y añadiendo a la condena allí fijada otra partida por importe de 20,294,14 euros en concepto de salarios de tramitación.

Cada parte deberá abonar las costas del recurso que hayan sido causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

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

**ADVERTENCIAS LEGALES.-**

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.





Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000- 66-0586/14.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0586/14.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.