

SUMARIO:

Despido colectivo. Empresa dedicada al montaje y desmontaje de andamios. Centro de trabajo que cuenta con 28 trabajadores. Cómputo de la finalización de contratos de obra (12) vinculados a la duración de una contrata a efectos de determinar los umbrales del artículo 51 del ET. A este tipo de contrataciones le es plenamente aplicable la doctrina de la reciente STS de 29 de diciembre de 2020, rec. núm. 240/2018 (NSJ061939) que viene a modificar la que hasta la fecha mantenía en esta materia, de validez de la contratación por obra o servicio justificada en una contratación mercantil con un tercero, estableciendo ahora la necesidad de contratación indefinida. En el presente caso, el contrato general de andamiaje firmado constituye la actividad esencial de la empresa y el objeto del contrato «trabajos fuera de alcance», a diferencia de lo que pudiera ocurrir con las obras consistentes en «paradas» que tienen una naturaleza puntual y definida, no tiene la sustantividad de obra propiamente dicha al objeto de contratación temporal, dado que al trabajador no se le contrata en picos de trabajo donde los trabajadores adscritos a la contrata no puedan atender a la actividad ordinaria por exigencias extraordinarias que es a lo que parece referirse el contrato, si no que su contratación es continuada y responde a la necesidad permanente de atender al servicio de andamiaje. Por ello y en atención a la reciente sentencia del Tribunal Supremo antes referida, la contratación debió articularse, al igual que en el caso de los otros 11 trabajadores extinguidos, a través de contratación indefinida no sujeta a la temporalidad del contrato con la empresa cliente y, por ello, la extinción colectiva de esos contratos en un centro de trabajo de más de 20 trabajadores debió de sustanciarse a través del procedimiento de despido colectivo. Siendo esto así y dado que no se ha seguido el trámite de ERE exigido por el artículo 51 del ET en los despidos realizados, la consecuencia es la declaración de la nulidad del despido, debiendo ser readmitido el actor con abono de salarios de tramitación desde la fecha del cese hasta su efectiva readmisión y con la consiguiente devolución de la indemnización percibida.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 15.1 a), 49.1 c) y 51.

PONENTE:

Doña Beatriz García Celaá.

En Bilbao, a 4 de enero de 2021.

Vistos por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social n.º 3 D./D.ª BEATRIZ GARCÍA CELAÁ los presentes autos número 489/2020, seguidos a instancia de ... contra ANDAMIOS Y SISTEMAS TUBULARES EUROPEOS S.L.U. y FOGASA sobre DESPIDO CON VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA**ANTECEDENTES DE HECHO**

Con fecha 2 de septiembre de 2020 tuvo entrada demanda formulada por ... contra ANDAMIOS Y SISTEMAS TUBULARES EUROPEOS S.L.U. y FOGASA y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes asistiendo todas salvo FOGASA constando citado en forma, y abierto el acto de juicio por S. S. las comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos practicándose seguidamente las pruebas que fueron admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y finalmente manifestaron por su orden sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

I.-HECHOS PROBADOS

Primero.

D ..., trabajaba con la categoría profesional de OFICIAL segunda andamiario para la empleadora ANDAMIOS Y SISTEMAS TUBULARES EUROPEOS SLU, desde el 5.12.18, siéndole abonado un sueldo bruto diario, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias de 72,44 euros diarios, donde queda incluido el exceso de jornada como concepto específico en "jornadas especiales RD 1561/952 a 11,50 euros /hora. El trabajador prestaba servicios de lunes a viernes de 8 a 17h con una hora de descanso para la comida.

Conforme al Convenio del metal y teniendo en cuenta la jornada extraordinaria realizada se fija un salario diario de 89,35 euros

Segundo.

El trabajador celebra con la demandada dos contratos de obra o servicio determinado:

El primero el 5.12.18 contrato temporal de obra o servicio determinado cuyo objeto es "trabajos de montaje y desmontaje de andamios en parada de Petronor-2019 Bilbao -Vizcaya" con duración hasta el 30.11.19. La actividad económica fijada en el contrato de trabajo es la de "otras actividades de construcción" y el contrato aparece firmado en Mansilla de Calatrava, donde la mercantil tiene la sede principal. Como convenio aplicable se señala el convenio de empresa El primer contrato del demandante aparece firmado en Ciudad Real aunque el trabajador no ha acudido a las instalaciones de la referida empresa, siendo contratado de forma específica en Bizkaia para el centro de Petronor. En el referido Convenio se señala como regulación supletoria el Convenio de la construcción en los ámbitos provinciales.

El segundo contrato temporal es un contrato por obra iniciado el 1.12.19 cuyo objeto es "trabajos fuera del alcance para el montaje y desmontaje de andamios en Petronor" que se extiende hasta el 17.3.2020 y donde en el epígrafe de actividad se hace constar "reparación de productos metálicos" En el contrato se establece como causa de finalización "la finalización o disminución significativa de la actividad del mismo". Como convenio se fija el Convenio de siderometalurgia de Bizkaia

El CNAE 4399 que comprende otros servicios especializados de la construcción incluye el montaje y desmantelamiento de andamios y plataformas de trabajo

La empresa suscribe con el cliente Petronor los siguientes contratos:

La empresa firma contrato el 18.4.2018 para servicios de andamiaje en Petronor con vigencia hasta el 26.4.2019

La empresa firma contrato el 15.10.18 consistente la obra en "servicio de andamiaje para parada planta 3 y area A 2019 en vigor desde el 27.4.18 al 26.4.2019.

La empresa firma contrato el 4.3.2019 consistente la obra en "trabajo de andamios en parada general planta 1 y ALTA 3 2019"

La empresa el 1.11.19 es adjudicataria de un contrato de AM Andamiaje CCII Refino Química España que abarca diferentes refinerías y el 50% del complejo de Muskiz, con duración de 1.11.19 a 31.10.22, contrato en el que deben fijarse las condiciones de los trabajadores conforme al Convenio de la siderometalurgia de Bizkaia. Bajo este contrato marco se firma el concreto contrato C2019/0261 consistente en "servicio de andamiaje en la refinería de Petronor" en el referido contrato se señalaban varias partidas económicas por los servicios a prestaren materia de suministro, montaje y desmontaje de andamios. En las líneas 16 a 20 se señalaban "suplementos por hora de oficial de montador, ayudante en jornada nocturna, festiva o fuera de la jornada normal y asistencia a emergencias" Este contrato era el único vigente a fecha del despido del demandante, en ese contrato parte del personal era fijo de plantilla, otra parte había sido objeto de subrogación, y otros trabajadores habían sido contratados por obra o servicio determinado, siendo la plantilla media del centro de trabajo de 28 trabajadores

Tercero.

La empresa tiene por objeto social el montaje y desmontaje y alquiler de andamios, encofrados, cimbras y demás elementos auxiliares para la construcción, así como el ámbito naval, industrial y agrícola, mantenimiento, reparación y limpieza especializada de todo tipo de instalaciones industriales, edificaciones, construcciones y obras con CNAE 4399

Se negoció un convenio propio para el centro de trabajo de Argamasilla de Calatrava en Ciudad Real publicado el 18.11.16 como único centro de trabajo en ese momento.

La empresa se encuentra inscrita en el registro de empresas de construcción desde el 19.2.15.

Al concertar el contrato con Petronor se da de alta en dos epígrafes de actividad, el 50600 para instalación de andamios y encofrados y el 69900 estableciendo como centro de trabajo la obra de Muskiz en el CNAE 3311 de "reparación de productos metálicos" La empresa solo tiene datos de alta trabajadores en Bizkaia en este epígrafe de actividad

La facturación de la empresa es al 90% para la metalurgia, llevando a cabo en un porcentaje inferior actividades para obras de construcción .

Toda la actividad desarrollada por trabajadores de Petronor consiste en realizar funciones de andamiaje en montaje y desmontaje industrial para efectuar las reparaciones y mantenimientos exigibles en las paradas y en el proceso de producción.

El número de trabajadores indefinidos del centro de trabajo asciende a 11

Al Sr ..., otro trabajador de la empresa al que se le aplica el Convenio propio de la empresa, cuando se le desplaza a la provincia de Tarragona a una empresa petroquímica se le aplica el Convenio de la construcción provincial.

Cuarto.

La empresa recibe comunicación del cliente Petroleos del Norte SA señalando que como consecuencia del Estado de alarma hasta que dejen de concurrir las causas que hacen necesarias la adopción de medidas derivadas de la concurrencia de personas en las instalaciones solo se procederá a la ejecución de trabajos de mantenimiento de carácter urgente . esta situación hace prever un menor volumen de trabajo en su contrato C2019/0261 que permanece invariable. Estimamos que ese volumen de trabajo sea del orden del 60% del volumen medio mensual.

El 17.3.2020 se procede al cese de 12 trabajadores en Muskiz con contratos de obra o servicio determinado por finalización del contrato por la reducción impuesta por el cliente Petronor en un 40% de la actividad debido a la pandemia.

En el finiquito de la relación laboral del demandante se abona una indemnización por cese temporal de 198,53 euros.

Quinto.

El trabajador interpone acta de conciliación administrativa previa en reclamación de diferencias salariales de febrero de 2019 a enero de 2020 con fecha 28.2.2020, estando pendiente de celebración el 25.3.2020, celebración que no se lleva a cabo por el Estado de alarma decretado en marzo de 2020.

Sexto.

La empresa ha procedido a realizar diferentes contrataciones para el centro de trabajo de Petronor en diferentes fechas, de mayo a septiembre de 2020 existiendo hasta un total de 12 contrataciones, todos los cesados salvo el demandante y dos compañeros que presentaron demanda en reclamación de diferencias salariales han sido contratados nuevamente en la empresa. Las nuevas contrataciones han resultado ser dos contratos indefinidos, 6 contratos para diferentes paradas u obras concretas y otros 4 contratos para "trabajos fuera de alcance" al recuperar parte de la actividad en mayo y junio de 2020.

Septimo.

El salario abonado en el último año asciende a 72,44 euros diarios, el salario conforme al Convenio del metal asciende a 89,35 euros y el salario conforme al Convenio de la construcción de Bizkaia solicitado en demanda asciende a 36.810,44 euros anuales incluidos conceptos fijos, variable y horas extraordinarias.

El trabajador cobra en nómina el concepto de "jornadas especiales Rd 1561/95" en cuantía variable

Octavo.

El trabajador no ha ostentado ningún cargo de representación sindical en el último año. Intentado acto de conciliación el 9.8.17 mismo finalizó sin avenencia entre las partes.

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Hechos Probados.

Los hechos declarados probados resultan de la total prueba practicada en el acto de juicio oral bajo los principios de oralidad e inmediación, mediante una valoración conjunta y ponderada de lo practicado. La prueba propuesta y practicada ha consistido en la documental aportada por las partes.

El hecho probado primero deriva de las nóminas, el segundo de los contratos del demandante y de los contratos de la empresa con Petronor, el tercero de la documental de la empresa respecto a su actividad, el cuarto de la comunicación de Petronor y de las cartas de cese y bajas de TGSS, el quinto del documento 7 de la parte actora, el sexto de la vida laboral de la empresa el séptimo de los Convenios y las nóminas y el octavo es admitido.

Segundo. Circunstancias profesionales. Convenio aplicable.

La primera cuestión que se plantea es la relativa a las circunstancias profesionales del demandante y el Convenio aplicable.

Conformes con la categoría, respecto a la antigüedad postula la parte actora la de 5.12.18, mientras que la parte demandada señala que es la correspondiente al último contrato, de la vida laboral del demandante se evidencia como no existe ruptura del vinculo contractual, pasando de un contrato a otro sin solución de continuidad, por lo que la antigüedad es la del primer contrato de 5.12.18.

Respecto al Convenio aplicable, postula la parte actora el Convenio de la construcción de Bizkaia, atendiendo a que se trata del montaje de andamios, que forma parte del Convenio de la construcción y que el Convenio de empresa que se le aplicó en el primer contrato fija como supletorio el Convenio de la construcción. Se postula un salario de 36.810,44 euros anuales a efectos de despido, 100,85 euros diarios

Señala la parte demandada que se aplica el convenio de la empresa al demandante porque los servicios de montaje de andamios para el contrato vigente correspondiente a servicios de andamiaje para parada no constituye una unidad productiva al ser una obra de naturaleza puntual o temporal, a diferencia de lo que ocurre en el segundo contrato donde se ejercita una actividad de montaje de andamiaje a nivel industrial en virtud del contrato de mantenimiento de instalaciones por lo que el Convenio aplicable es el Convenio de la siderometalúrgica, habida cuenta de la actividad industrial especializada que se realiza y se detalla en el Convenio en su anexo .

Respecto a la alegación de la aplicación del Convenio propio el mismo es aplicable de forma exclusiva al centro de Ciudad Real y no al resto de centros de trabajo que se constituyan en el futuro a pesar de lo fijado en el artículo 1 del propio Convenio , a lo cual no es ajena la empresa como lo evidencia la formalización del segundo de los contratos de trabajo realizados por el demandante donde no se le aplica el Convenio de empresa.

Y no puede decirse que la prestación de servicios en el centro de Trabajo de Muskiz no constituya un centro de trabajo o unidad productiva propiamente dicha porque ya el 18.4.2018 estaba vigente el contrato de andamiaje en general, sin perjuicio que luego se ampliase con otros servicios de andamiaje para la realización de las paradas de planta correspondientes y que constan firmados posteriormente, implican un incremento de actividad y una necesidad de contrataciones pero no rompen la unidad productiva de servicio de andamiaje existente desde abril de 2018, por lo tanto no cabía aplicar al demandante el Convenio del centro de trabajo de Argamasilla, ni ninguna de sus condiciones.

Respecto a la discusión sobre el Convenio provincial aplicable entre el convenio de la construcción o el Convenio de la siderometalúrgica de Bizkaia hay que señalar lo siguiente:

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2.000 (RJ 2000, 7176) , razona, en su fundamento jurídico cuarto, que:

«No es el objeto social estipulado en los estatutos de la sociedad, quien define la unidad de negociación colectiva en su vertiente funcional, y, ello, porque de ser así no tendría el Convenio un soporte objetivo y de estabilidad: bastaría, simplemente, al empleador, cambiar el objeto social escriturado e inscrito en el Registro Mercantil, para hacer variar, unilateralmente, el convenio aplicable. Como ha afirmado recientemente esta Sala (STS 15 de junio del 2000 [RJ 2000, 6621]) el objeto social de una entidad mercantil "es un elemento que podría influir en algún aspecto de la contratación mercantil, por la confianza que los terceros hubieran depositado en el contenido del correspondiente asiento estampado en el Registro Mercantil (Código de Comercio [LEG 1885, 21] , arts. 17 y siguientes, con los preceptos concordante reglamentarios). Pero, en el interior de la empresa, y en relación con sus trabajadores, lo relevante y decisorio es la actividad real que aquélla desempeña, y en la que intervienen los empleados con motivo de la prestación de sus servicios".

El artículo 1 del Convenio de la construcción de 23.5.18 se remite, en cuanto a las empresas a las que le es aplicable el citado Convenio al anexo I donde se señalan las actividades que comprende, destinadas todas ellas a la construcción en general.

El artículo 1 del Convenio de la industria siderometalúrgica de Bizkaia publicado el 28.2.2020 y con vigencia desde 2019 señala dentro de su ámbito de aplicación, entre otras actividades " "afecta igualmente a las empresas ,

centros de trabajo o talleres en los que se lleve a cabo trabajos de carácter auxiliar, complementarios o afines a la siderurgia o tareas de instalación, montajes, fontanería e instalaciones eléctricas”

En el presente caso de la prueba practicada se deduce como la empresa tiene por objeto el desmontaje y montaje de andamios, no para el ejercicio de actividades de construcción si no para las necesidades industriales propias del cliente en orden a las reparaciones que hayan de llevar a cabo, mantenimientos o limpieza, sin que ninguna actividad de construcción se lleve a cabo en Petronor para la que se necesiten esos andamios. De hecho en el contrato de 20de adjudicación del servicio de andamiaje de Petronor a nivel nacional, folios 170 y siguientes, la propia Petronor Muskiz señala que los trabajadores que venían desarrollando este servicio están adscritos al Convenio del metal de Bizkaia.

La empresa esta dada de alta en un CNAE correspondiente a actividades de montajes y reparación de productos metálicos , habiendo aperturado dos cuentas de actividad, una de construcción y otra en materia de actividades especializadas adscritas al montaje de andamios, única cuenta en la que hay trabajadores de alta.

En el propio Convenio Nacional del metal se fija ese montaje de andamios como actividad propia del Convenio, más si no tienen relación alguna con la actividad de construcción, como es el presente caso.

No es óbice para ello que el Convenio del centro de trabajo de Ciudad Real, que no le es de aplicación al demandante en absoluto, tampoco respecto a su aplicación supletoria, fije como tal el de la Construcción porque se desconoce cual es efectivamente la actividad desarrollada en ese centro y si tiene que ver con la construcción, tampoco lo es el que a un compañero del demandante en otra refinería de una provincia diferente le sea aplicable el de la Construcción cuando se le venia aplicando el de la empresa.

Por lo señalado y teniendo en cuenta la actividad de montaje y mantenimiento de andamios ajena a cualquier obra de construcción procede señalar que el Convenio aplicable a toda la relación del demandante es el Convenio de siderometalurgia de Bizkaia, siendo el salario que debió de abonarse, con inclusión de las jornadas extraordinarias, de 89,35 euros/día a efectos de despido (documento 1 de la empresa)

Tercero. Nulidad del despido, RD 8/20 de 18.3.2020.

Por el actor se solicita la nulidad del despido por vulneración de lo dispuesto en el RD 8/20 de 18.3.2020. Sin embargo hay que señalar que concurriendo el despido el 17.3.2020 con anterioridad a la publicación del RD, cualquiera que sea su contenido ,no cabe su aplicación retroactiva y por ello no cabe entrar a debatir sobre la nulidad amparada en esta causa por no haberse tramitado el correspondiente ERTE.

Cuarto. Garantía de indemnidad.

Basa la nulidad en que el despido se realizó vulnerando la garantía de indemnidad del trabajador, dado que el despido se ejecuta por razón de la reclamación interpuesta frente a la mercantil el 28.2.2020 por diferencias de salarios.

Se opone la empresa señalando que la causa de despido es la disminución del servicio con afectación a 12 de los trabajadores contratados, existiendo una causa cierta de cese

Por tanto se trata de discernir si el cese tuvo conexión con el ejercicio por el trabajador de su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad o si el despido se baso en causas ajenas a las reclamaciones judiciales.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 55/04 de 19 de abril, con mención de la doctrina constitucional relativa a la garantía de indemnidad ((SSTC 14/1993, de 18 de enero , 197/1998, de 13 de octubre, 140/1999, de 22 de julio, 168/1999, de 27 de septiembre y 198/2001, de 4 de octubre), afirma que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionan privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. afirma que en el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993, 14/1993, de 18 de enero , 54/1995, de 24 de febrero).

Señala que en este ámbito, la prohibición del despido también se desprende del artículo 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes".

Esta Sala en sentencia de 18-10-05, recurso 2105/05, remitiéndose a la de 17 de junio de 2003, recurso 1133/04, recoge la doctrina constitucional sobre la garantía de indemnidad y la carga de la prueba de la lesión del derecho fundamental, recordando que el artículo 24 de la Constitución otorga esta garantía, que puede oponerse frente a cualquier acto represivo de los poderes empresariales, afirmando que la vulneración del derecho a la tutela

judicial efectiva puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario, sentencia que se apoya en la del Tribunal Constitucional 7/1993.

Recuerda que en dicha sentencia aborda el Tribunal Constitucional el problema de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales, para lo que acude a su propia doctrina desde la STC 38/1981 conforme a la cual "cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Si bien, para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales (SSTC 87/1998 y 74/1998, y las allí citadas). Es decir, no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional. Al demandante corresponde aportar, cuando alegue que un acto empresarial ha lesionado sus derechos fundamentales, un indicio razonable de que tal lesión se ha producido, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en el caso, el motivo oculto de aquel acto (SSTC 90/1997, 74/1998, 87/1998)...", a lo que añade, como conclusión de lo antedicho, que "alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, sobre la parte demandada recae la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión (STC 21/1992).".

Por tanto, recae sobre la demandada la carga de probar, que su actuación tiene causas reales, extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para moverle a adoptar la decisión enjuiciada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante (STC 74/1998, fundamento jurídico 2º).

En el presente caso son varias las causas para desestimar esta pretensión; la primera que ni siquiera consta si la empresa conocía la reclamación, dado que no consta su notificación de la conciliación presentada, la segunda que se trata del cese de 12 trabajadores por la misma causa, hayan realizado o no reclamación frente a la mercantil, la tercera que existe causa cierta para la extinción como es la reducción de los servicios por parte del cliente ajena a toda reclamación salarial.

En las diligencias finales acordadas se argumenta por la parte actora que tras las 12 extinciones constan en mayo-junio y septiembre 12 nuevas contrataciones, entre ellas de 9 de los despedidos entre los que no se encuentra el demandante y otros dos compañeros que habían demandado diferencias salariales. Este argumento se produce ex novo en diligencias finales y no puede ser admitido, dado que la documental de la TGSS obraba en autos antes del juicio oral y este argumento no se hizo en la visa, por lo que constituye una modificación sustancial de la demanda y de una de las causas de pedir vetada por el artículo 85 de la LRJS.

Por todo lo señalado la sentencia ha de ser desestimatoria de la nulidad planteada.

Quinto. Nulidad del despido por superación de umbrales.

Como tercera causa de nulidad alega la parte demandante la superación de los umbrales al tratarse de el despido de más de 10 trabajadores, siendo fraudulenta la contratación temporal por ser la actividad permanente de la empresa.

Se opone la mercantil señalando la validez de los contratos celebrados en atención al carácter temporal del contrato firmado con Petronor del que derivan los de los trabajadores, existiendo temporalidad por ser una obra fija o concreta con duración determinada y válida extinción de la contratación por disminución del volumen de trabajo en atención al propio clausulado del contrato firmado por el trabajador.

En el presente caso todos los trabajadores han estado adscritos al servicio de andamiaje firmado con Petronor derivado del contrato de prestación de servicios firmado en noviembre de 2019 a nivel estatal con Repsol, servicio que con la comunicación de Repsol queda disminuido en un 40% lo que determina la rescisión parcial de parte de los trabajadores contratados en esa obra o servicio, con anterioridad al RD 8/20 que regulaba la posibilidad de aplicación de ERTes por causa de fuerza mayor, y sin conocer la duración de las medidas adoptadas por el cliente respecto al contrato firmado, lo que determina que la empresa amparándose en la cláusula contractual de finalización del contrato por disminución importante del servicio proceda a efectuar el despido de los 12 trabajadores de la planta afectados por la reducción determinada por el cliente en el contrato en el que estaban adscritos, quedando otros trabajadores en el servicio para atender al 60% de la actividad que se mantiene.

El punto de partida para la resolución del asunto no puede ser otro que el artículo 51 ET (RCL 1995, 997), en cuanto establece: " 1. A efectos de lo dispuesto en esta 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, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas. Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1. c), siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52. c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".

Conforme a la STS 848/16 de 17 de octubre hay que señalar:

El concepto de centro de trabajo a efectos del despido colectivo, conforme al art. 1.1º de la Directiva 98/59 (LCEur 1998, 2531) .

1.- Deberemos analizar a continuación cuales son las características que debería cumplir la unidad productiva de la empresa a la que afectan las extinciones de contratos, que lleven a calificarla como centro de trabajo conforme a lo dispuesto en la Directiva para que resulte aplicable el régimen jurídico de los despidos colectivos, y decidir si el centro de Munguía se ajusta a esos parámetros.

Algo que resultará de especial importancia en la resolución del asunto, si, como luego razonaremos, concluimos finalmente que cabe una interpretación del art. 51.1º ET (RCL 1995, 997) conforme con la Directiva 98/59, lo que obligaría necesariamente a asumir como concepto de centro de trabajo a estos efectos el mismo que se desprende de la Directiva, toda vez que nuestra norma interna no contiene ninguna alusión que pueda conducir a una diferente definición de lo que deba entenderse como centro de trabajo en materia de despido colectivo.

Será necesario establecer las condiciones cualitativas y cuantitativas que debe reunir el centro de trabajo, porque no toda unidad productiva puede ostentar ese calificativo desde el punto de vista meramente cualitativo en razón de sus características organizativas y de funcionamiento en relación con la globalidad de la empresa, ni tampoco resulta aplicable a cualquier centro de trabajo la regulación normativa de los despidos colectivos desde la perspectiva cuantitativa del número de trabajadores empleados y/o afectados, ya que por su propia naturaleza requiere una determinada dimensión plural en función del número de trabajadores despedidos y/o destinados en el centro de trabajo, que el art. 1.1º de la Directiva concreta en la cifra de más de 20 trabajadores empleados, en el supuesto del art. 1.1º, a, i; y de al menos 20 despedidos en el caso del art. 1.1º, a, ii, en razón de la opción escogida por el legislador nacional.

2.- Acudimos para ello a lo establecido por el mismo TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2015 (TJCE 2015, 25) (C-80/2014, asunto "Wilson "); reiterado posteriormente en las dos de 13 de mayo de 2015 , (C-182/2013 (TJCE 2015, 187) , asunto "Lyttle " y C-392/14 (TJCE 2015, 24) , asunto "Rabal Cañas ").

Lo primero que interesa destacar de esta sentencia del TJUE y resolver con ello el debate doctrinal suscitado en este punto, es que descarta la posibilidad de que las versiones en los diferentes idiomas de la Directiva puedan avalar una distinta interpretación de su artículo 1, " A este respecto, carece de pertinencia el hecho mencionado en la vista ante el Tribunal de Justicia deque, en concreto, las versiones en lengua inglesa, española, francesa e italiana emplean «centro de trabajo» en plural. En efecto, en estas versiones lingüísticas la expresión «centro de trabajo» figura en plural tanto en la letra a), inciso i), como en la letra a), inciso ii), de la referida disposición. Además, tal y como subrayó el Abogado General en el punto 53 de sus conclusiones, otras versiones lingüísticas del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 emplean «centro de trabajo» en singular, lo que excluye la interpretación de que el umbral previsto en esta última disposición se refiera a todos los «centros de trabajo» de una «empresa», apartado 55, sentencia Wilson.

Y en segundo lugar, lo que se establece en su apartado 59 " El hecho de que el legislador dé a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre las alternativas que figuran respectivamente en el artículo 1, apartado 1,

párrafo primero, letra a), inciso i) y letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 pone de manifiesto que el concepto «centro de trabajo» no puede tener un alcance completamente diferente según que el Estado miembro de que se trate haya optado por una u otra de las alternativas propuestas"; y en su apartado 60 : "Además, una diferencia de tal envergadura sería contraria a la necesidad de promover la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los despidos colectivos, sobre la que hace hincapié el considerando 7 de la Directiva 98/59 ".

Concluyendo, apartado 71, " ...el concepto de «centro de trabajo» que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 debe interpretarse del mismo modo que el concepto que figura en la letra a), inciso i), de ese mismo párrafo,..."

3.- Sentado lo anterior, ofrece el TJUE los diferentes ítems a tener en cuenta desde el punto de vista cualitativo para determinar cuándo una determinada unidad productiva de la empresa puede calificarse como centro de trabajo a efectos del despido colectivo, para concluir que " a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59, puede constituir concretamente un «centro de trabajo», en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas ", apartado 49 sentencia Wilson, en remisión al apartado 27 sentencia asunto Athinaiki Chartopoiia (TJCE 2007, 33) .

En el presente supuesto no se cuestiona, y es incuestionable, que el centro de trabajo de la empresa en Munguía ostenta indiscutiblemente esa naturaleza a todos los efectos, tanto desde el punto de vista de la regulación del derecho interno en la definición del art. 1.5º ET " A efectos de esta ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral ", como desde la consideración del derecho de la Unión Europea en orden a la aplicación de la Directiva 98/59 en los términos que acaban de exponerse y que indudablemente concurren en este caso, como han venido a aceptar pacíficamente ambas partes, lo que hace del todo innecesario que nos detengamos en exponer una más detallada argumentación al respecto.

4.- Conforme a la Directiva 98/59 y desde la perspectiva puramente cuantitativa, solo puede aplicarse la normativa del despido colectivo en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 trabajadores, descartando la posibilidad de extender estas garantías a aquellos en los que presten servicios un número inferior.

Así lo establece claramente la antedicha STJUE al excluir los centros de trabajo con un menor número de trabajadores, lo que "sería contrario al objetivo perseguido de garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y, por otro lado, daría lugar a cargas muy diversas para las empresas obligadas a cumplir las obligaciones de información y de consulta en virtud de los artículos 2 a 4 de esta Directiva en función de la elección del Estado miembro de que se trate, lo que sería igualmente contrario al objetivo perseguido por el legislador de la Unión, que es equiparar las cargas en todos los Estados miembros ". Añadiendo en el apartado 64, que " esta interpretación no sólo incluiría en el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59 a un grupo de trabajadores afectados por un despido colectivo, sino también, dado el caso, a un único trabajador de un centro de trabajo -que eventualmente podría hallarse adscrito a un centro de trabajo de una aglomeración distinta y alejada de otros centros de trabajo de la misma empresa-, lo que sería contrario al concepto de «despido colectivo» en el sentido habitual de dicha expresión. Además, el despido de ese trabajador único daría lugar a la aplicación de los procedimientos de información y consulta previstos en las disposiciones de la Directiva 98/59, las cuales no son adecuadas para casos individuales ".

5.- El concepto de centro de trabajo al que se refiere el art. 1.1º de la Directiva 98/59 y que impone a la legislación interna la obligación de respetar las garantías que caracterizan los despidos colectivos, está exclusivamente referido a los centros en los que presten habitualmente servicio más de 20 trabajadores, no estando obligado el legislador nacional a reconocerlo en favor de aquellos otros que empleen a un menor número, como es lógico y razonable en función de esa dimensión plural del despido colectivo de la que ya hemos hablado antes, que necesariamente requiere una mínima incidencia cuantitativa en el número de trabajadores afectados en función de los destinados en el concreto centro de trabajo.

Lo contrario sería tanto como admitir que la normativa del despido colectivo fuese de aplicación en cualquier centro de trabajo por reducido que fuese, lo que ya hemos visto que niega la propia doctrina del TJUE, porque no se corresponde con lo dispuesto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59 que claramente se limita a los centros que emplean a más de 20 trabajadores o en los que se hubieren producido un mínimo de 20 despidos. A salvo que la regulación interna de cada Estado pudiere establecer un sistema más favorable a los trabajadores en uso de la posibilidad que a tal efecto concede el art. 5 de la Directiva, incluyendo cualquier centro de trabajo con independencia del número de trabajadores destinados en el mismo, lo que no es el caso de nuestro art. 51.1º ET .

Motivo por el que la STJUE de 15 de mayo de 2015 (C-392/2013, asunto "Rabal Cañas "), concluye en su apartado 55, que no se alcanzaban ni el umbral establecido en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso i), primer guion, de la Directiva 98/59 , ni ningún otro umbral de aplicación establecido en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de esta Directiva, dado que el centro de trabajo de Barcelona "no empleaba, durante el período de que se trata, más de 20 trabajadores", y en esas circunstancias, " la Directiva 98/59 no impone la

aplicación de su artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), a una situación en la que no concurren todos los elementos de un umbral establecido en dicha disposición ", apartado 56.

Aplicando la doctrina al caso concreto resulta que de la vida laboral de la empresa aportada por la TGSS y de las cartas presentadas por la mercantil de cese de trabajadores a fecha 17.3.2020 le constan 12 finalizaciones de las cuales, según señala la empresa, han sido impugnadas solo cuatro.

En el presente caso las partes admiten que la media de trabajadores es de 28 y que el único contrato en vigor era el contrato C2019/0361, contrato que hace referencia al servicio de andamiaje de la refinería del cliente Petronor, servicio general donde se estipulan diferentes servicios y en que han sido subrogados parte de los trabajadores adscritos a esa contrata ya en 2018.

Ya en el fundamento jurídico segundo para analizar el Convenio se ha hecho referencia a la consideración de la unidad productiva autónoma del centro de trabajo de Muskiz.

La empresa tiene por objeto y como actividad ordinaria y permanente prestar servicio de andamiaje y montaje y desmontaje de los mismos a terceros que lo necesiten , pudiendo desarrollarse esta prestación de servicios en una obra concreta y determinada o articulada como un servicio general de andamiaje como ocurre en el presente caso con una vinculación del servicio a través de un contrato marco con tres años de duración, (2019-2022).

A este tipo de contrataciones le es plenamente aplicable la doctrina de la reciente STS de 1137/2020 de 29.12.2020 que viene a modificar su doctrina en esta materia de validez de contratación por obra o servicio justificada en una contratación mercantil con un tercero en la que establece la necesidad de contratación indefinida en estos supuestos . La meritada sentencia señala:

“3. Conviene, pues, volver a la definición del contrato para obra o servicio del art. 15.1 a) ET, que pone el acento en la autonomía y sustantividad dentro de la actividad de la empresa, para apreciar que en las actividades como las descritas no es posible continuar aceptando ni la autonomía ni la sustantividad porque el objeto de la contrata es, precisamente, la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa. Quienes ofrecen servicios a terceros desarrollan su actividad esencial a través de la contratación con éstos y, por tanto, resulta ilógico sostener que el grueso de aquella actividad tiene el carácter excepcional al que el contrato para obra o servicio busca atender.

La mayor o menor duración del encargo del cliente no puede seguir vinculándose a la nota de temporalidad de este tipo de contrato de trabajo. La duración determinada del mismo está justificada por la particularidad de la obra o servicio, en la medida en que ésta pueda claramente definirse y delimitarse respecto del volumen ordinario o habitual y surgir, precisamente por ello, como un elemento destacado y no permanente respecto del ritmo de la actividad de la empresa. (....)

En este punto, pues, consideramos necesario rectificar la doctrina que ha venido manteniendo que la duración temporal del servicio se proyectaba sobre el contrato de trabajo y, en suma, ha ampliado el concepto de obra o servicio determinado del precepto legal.

4. Por otra parte, debemos reflexionar sobre el riesgo de que esta contratación temporal, automatizada en atención al mero mecanismo del tipo de actividad, pueda llevar a situaciones de puesta en peligro de la garantía buscada por la Directiva 99/70, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada; esto es: «la mejora de la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación» y el establecimiento «de un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada» (Cláusula 1).

En este tipo de empresas, en las que el grueso de la actividad económica reposa exclusivamente sobre personas contratadas de forma temporal, desaparece el marco ordinario de condiciones de trabajo que sería, hipotéticamente, el que habría de partir de la regla de las relaciones laborales indefinidas –en palabras de la Directiva, «los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento» (Considerando 6)-.

(...)

5. La Sala es consciente de que determinadas actividades empresariales están sujetas a flujos variables de demanda. Ahora bien, tales situaciones no pueden paliarse a través de una política de contratación que no se ajusta a la regla esencial de nuestro sistema de relaciones laborales, cual es la de indefinición del contrato de trabajo y la limitación de los supuestos de relaciones laborales de duración determinada.

La previsión de variabilidad de las necesidades de la demanda y las decisiones sobre la dimensión de la plantilla pueden y deben ser atendidas a través de otros mecanismos que el legislador ha diseñado a tal efecto y que están al alcance de todos los empleadores; tanto en relación con una delimitación contractual respecto de las jornadas y tiempos de trabajo (tiempo parcial y sus varias posibilidades de distribución, fijo-discontinuo,...), como la adaptación de las condiciones de trabajo o, incluso, de las plantillas en supuestos de afectación en la actividad de la empresa (la Sala ha consagrado la posibilidad de acudir a las extinciones por causas objetivas derivadas de la pérdida de la contrata, así, por ejemplo, STS/4a de 1 febrero 2017 -rcud. 1595/2015-).

6. Por último, la evidencia de lo que venimos diciendo se torna más palmaria aún en supuestos como el presente en que la actividad objeto de la contrata mercantil con la que se pretende dar cobertura al contrato de obra o servicio resulta ser actividad ordinaria y estructural de la empresa comitente; de suerte que, una actividad que nunca podría haber sido objeto de contrato temporal por carecer de autonomía y sustantividad propia, se convierte en adecuada a tal fin cuando dicha actividad se subcontrata.”

En el presente caso el contrato general de andamiaje firmado constituye la actividad esencial de la empresa y el objeto del contrato “trabajos fuera de alcance”, a diferencia de lo que pudiera ocurrir con las obras consistentes en “paradas” que tienen una naturaleza puntual y definida ; no tiene la sustantividad de obra propiamente dicha al objeto de contratación temporal, dado que al trabajador no se le contrata en picos de trabajo donde los trabajadores adscritos a la contrata no puedan atender a la actividad ordinaria por exigencias extraordinarias que es a lo que parece referirse el contrato en las líneas 16 a 20, si no que su contratación es continuada y responde a la necesidad permanente de atender al servicio de andamiaje.

Por ello y en atención a la STS de 29.12.2020 la contratación debió de articularse, al igual que en el caso de los otros 11 trabajadores extinguidos a través de contratación indefinida no sujeta a la temporalidad del contrato de Petronor y por ello la extinción colectiva de esos contratos en un centro de trabajo de más de 20 trabajadores debió de sustanciarse a través del procedimiento de despido colectivo

Siendo esto así y dado que no se ha seguido el tramite de ERE exigido por el artículo 51 del ET en los despidos realizados la consecuencia es la declaración de la nulidad del despido, debiendo de ser readmitido el actor con abono de salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta su efectiva readmisión y con la consiguiente devolución de la indemnización percibida.

Cuarto. Recursos.

Frente a esta resolución cabe recurso de suplicación conforme a lo dispuesto en el artículo 191 de la LRJS

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

ESTIMAR SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por D. ...frente a ANDAMIOS Y SISTEMAS TUBULARES ERUOPEOS SLU, declarando NULO EL DESPIDO producido el 17.3.2020

CONDENAR a ANDAMIOS Y SISTEMAS TUBULARES ERUOPEOS SLU a readmitir al trabajador con abono de salarios desde el despido el 17.3.2020 a la notificación de la sentencia a razón de 89,35 euros diarios, sin perjuicio del descuento de la indemnización cobrada en importe de 198,53 euros

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, debiendo ser anunciado tal propósito mediante comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, debiendo designar letrado/a o graduado/a social para su formalización.

Para recurrir la demandada deberá ingresar en la cuenta n.º ..., expediente judicial nº ... del Banco Santander, con el código 65, la cantidad líquida importe de la condena, sin cuyo requisito no podrá tenerse por anunciado el recurso. Dicha consignación puede sustituirse por aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en la forma dispuesta en el artículo 230 de la LJS.

Asimismo, el que sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación deberá ingresar en la misma cuenta corriente, con el código 69, la cantidad de 300 euros en concepto de depósito para recurso de suplicación, debiendo presentar el correspondiente resguardo en la Oficina judicial de este Juzgado al tiempo de anunciar el recurso.

Están exentos de constituir el depósito y la consignación indicada las personas y entidades comprendidas en el apartado 4 del artículo 229 de la LJS.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.