



Roj: **STS 3561/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3561**

Id Cendoj: **28079149912021100072**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **23/09/2021**

Nº de Recurso: **92/2021**

Nº de Resolución: **933/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 391/2020,**
STS 3561/2021

CASACION núm.: 92/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 933/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 23 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Zener Plus S.L., representada y asistida por la Letrada D^a Cristina Gómez Martín, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi de 12 de noviembre de 2020, recaída en su procedimiento de **despido colectivo** nº 9/2020, promovido por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Euskadi contra Zener Plus S.L.

Se ha personado como parte recurrida y ha impugnado la casación D^a Rebeca Jiménez Nieto en nombre y representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Euskadi.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1. El 3 de abril de 2020 se presentó ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco demanda de impugnación de **despido colectivo** por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Euskadi contra Zener Plus S.L., en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se declare la nulidad de la decisión extintiva colectiva o subsidiariamente no ajustada a derecho.

2. El 12 de noviembre de 2020 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en cuyos HECHOS PROBADOS se dijo lo siguiente:

"PRIMERO. - La demanda originadora de las actuaciones afecta a 65 trabajadores del centro que la empresa Zener Plus S.L tiene en Vizcaya, que emplea a 180 trabajadores.

SEGUNDO. - La demanda se interpone con el fin de que se declare la nulidad de las extinciones contractuales de los 65 trabajadores acaecidas entre el 16 de marzo y el 3 de abril de 2020; y subsidiariamente para que se declare que las extinciones no son ajustadas a Derecho.

TERCERO. - La empresa se dedica a la instalación y mantenimiento de redes de telecomunicación para operadores como Más Móvil y Vodafone.

CUARTO. - Las relaciones laborales se rigen por el convenio **colectivo** provincial para la industria siderometalúrgica.

QUINTO. - El centro de trabajo en Vizcaya cuenta con comité de empresa, constituido por 9 miembros.

SEXTO. - Entre el 16 de marzo y el 3 de abril de 2020 la empresa extinguió 6 contratos temporales; despidió a 25 trabajadores por no superar el período de prueba; y despidió a 34 trabajadores disciplinariamente por disminución de rendimiento, a los que pagó la indemnización por **despido**.

SEPTIMO. - El 6 de abril de 2020 la empresa presentó ante la autoridad laboral la solicitud de expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor causada por la crisis sanitaria".

3. En dicha sentencia se dictó el siguiente fallo: "Que estimando la demanda interpuesta por el Sindicato Comisiones Obreras frente a Zener Plus S.L. se declaran nulas las extinciones contractuales enjuiciadas de los 65 trabajadores, condenando a la empresa en los términos del ar. 55.6 del Estatuto de los Trabajadores".

SEGUNDO. - 1. D^a Cristina Gómez Martín, en nombre y representación de Zener Plus, S.L., interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada.

2. D^a Rebeca Jiménez Nieto en nombre y representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Euskadi impugna el recurso de casación.

3. El Ministerio Fiscal en su informe interesa la desestimación del recurso de casación.

TERCERO. - Mediante providencia de 21 de junio de 2021 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia se decide llevar a la Sala en Pleno su votación y fallo para el día 22 de septiembre de 2021, fecha en la que tuvo lugar, siendo el ponente de la sentencia el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. Zener Plus, SL articula un primer motivo de casación, al amparo de lo dispuesto en el art. 207.d LRJS, por entender que la sentencia de instancia ha incurrido en error en la apreciación de la prueba documental obrante en autos, omitiendo hechos de trascendencia que, de ser tenidos en consideración, habrían de incidir en el fallo. En concreto, se pretende la modificación del hecho probado sexto y se propone la redacción siguiente:

"Debido a la situación de riesgo de contagio por un virus potencialmente letal - el SARS-Cov-2- en parte de la plantilla del centro de trabajo de ZENER PLUS, SL en Vizcaya se produjo una disminución en el rendimiento laboral en, al menos 65 trabajadores de dicha plantilla, lo que dio lugar a que la empresa decidiera no renovar 6 contratos temporales, cesar a 25 trabajadores en período de prueba y despedir disciplinariamente a 34 trabajadores con contrato indefinido".

Basa su pretensión en los documentos obrantes en folios 232 a 238 de autos, aportados por la empresa en su ramo de prueba, que contienen conversaciones por Telegram entre varias personas, que manifiestan su inquietud y sus quejas por tener que prestar servicios sin EPIS, sin que de su lectura pueda deducirse si se trata o no de trabajadores de la empresa recurrente, ni tampoco si alguno de ellos se encuentra entre los despedidos.



2. La Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, va a desestimar el primer motivo de casación, toda vez que los documentos, en los que se basa el motivo, no revelan de ningún modo la supuesta equivocación de la Sala de instancia, puesto que su lectura no permite deducir si se trata o no de trabajadores de la empresa, ni si alguno de ellos se encuentra entre los despedidos, deduciéndose únicamente de los mismos que, entre quienes intercambiaban dichas comunicaciones, había malestar por las condiciones de trabajo durante la pandemia.

Por lo demás, se trata de una adición intrascendente para el resultado del recurso, siendo reiterada la jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 11-06-2020, rec. 9/2019, en la que venimos insistiendo que, es presupuesto constitutivo para la modificación de los hechos probados, que la misma tenga incidencia efectiva para el resultado del litigio, ya que, de haberse acreditado, que los seis comunicantes eran trabajadores de la empresa, sus manifestaciones no comportan mecánicamente, que se produjera un descenso generalizado del rendimiento, que justificase la extinción sin causa de seis contratos temporales, la extinción por no superación del período de prueba de 25 contratos de trabajo y el **despido** disciplinario de 34 contratos indefinidos, siendo revelador que la propia empresa reconociera la improcedencia de estos **despidos**, habiendo indemnizado a todos los trabajadores afectados por los **despidos** disciplinarios.

SEGUNDO. - 1. La empresa recurrente articula otros tres motivos de casación, que vamos a resolver conjuntamente. Apoya todos ellos en el art. 207.e LRJS y denuncia que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el art. 51.1 y 2 **ET**, en relación con el art. 124.11 LRJS, toda vez que las extinciones controvertidas no estuvieron basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino que derivaron de la emergencia del COVID 19, lo que motivó una reducción generalizada del rendimiento en la empresa, que justifica sobradamente las extinciones, promovidas por la empresa.

Denuncia, en segundo lugar, la vulneración del art. 51.1 **ET**, en relación con el art. 49.1.c **ET**, puesto que se han computado injustificadamente, como extinciones no basadas en causas inherentes a la persona del trabajador, la extinción de seis contratos de trabajo temporales al llegar su término.

Denuncia finalmente, que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el art. 51.1 **ET**, en relación con lo dispuesto en el art. 14 **ET**, al computar, entre las extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador, las 25 extinciones por no superación del período de prueba.

2. Los tres motivos han sido impugnados por CCOO.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación de los tres motivos de casación.

TERCERO. - 1. El art. 51.1 **ET**, que regula el **despido colectivo**, dice que, "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".

En los dos últimos párrafos del precepto citado se dice:

"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 concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".

2. El sindicato demandante reclamó la nulidad del **despido colectivo**, porque consideró que se ha producido un **despido** de hecho, toda vez que, en el período de 16 de marzo a 3 de abril de 2020, la empresa extinguió "ante tempus" seis contratos temporales, cesó a 25 trabajadores por la supuesta no superación del período de prueba y despidió disciplinariamente a 34 trabajadores fijos, superando de largo el número de extinciones, que le obligaba a promover el correspondiente **despido colectivo**.

3. El **despido colectivo** de hecho, como hemos reiterado en múltiples sentencias, por todas STS 24 de enero de 2020, rec. 148/2019, es, en realidad, un fenómeno de extinciones de contratos que, siendo realmente colectivas, se formula sin seguir las reglas de procedimiento establecidas por el **artículo** 51 **ET**. La STS 25



de noviembre de 2013, Rec. 52/2013, consideró la existencia de **despido colectivo** en un supuesto en el que se produjeron **despidos** disciplinarios y objetivos en número superior al umbral correspondiente y que luego fueron reconocidos como improcedentes mediante transacciones acordadas, señalando que "una decisión extintiva de carácter **colectivo** puede adoptarse formalmente como tal, sometiéndose al procedimiento legalmente previsto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo reglamentario", pero "puede también producirse al margen de este procedimiento -prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas- o incluso ocultando su carácter **colectivo**" y, en este caso, se trataría de un **despido colectivo** de hecho, que también podría calificarse en determinadas condiciones como un **despido** fraudulento o encubierto. A dicha conclusión se puede llegar cuando se obtiene el convencimiento de que los **despidos** disciplinarios y objetivos no son tales, ni las conciliaciones posteriores pueden presentarse como extinciones por mutuo acuerdo o dimisiones, al margen de la intervención del empleado, ni existen finalizaciones de contratos válidas, pues siguen siendo **despidos**, esto es, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario, que se producen por motivos no inherentes a la persona del trabajador; y que, al alcanzar los umbrales, se convierten en ceses que conforman un **despido colectivo**.

Así pues, partiendo del dato de que, para determinar el umbral numérico que impone el trámite del **despido colectivo**, debe atenderse tanto a las genuinas causas de tal tipo extintivo (las económicas, técnicas, organizativas y de producción), cuanto a las que obedezcan a la iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, a excepción de las que respondan al tiempo válidamente convenido (y transcurrido) o a la realización -completa y debida- de la obra o servicio determinado, nuestra sentencia de 22 de diciembre de 2016, Rec. 10/2016, entendió que "la calificación de la verdadera causa de extinción de cada uno de los contratos de trabajo tiene contornos estrictamente individuales, en la medida que pueda ser necesario acudir a declarar, con carácter previo, que la verdadera naturaleza de la relación no era temporal, sino indefinida; o que la extinción se produjo antes de que acaeciera el término o hecho objetivo que había de poner fin al contrato temporal". Ello es así, especialmente si lo que se pretende es que se declare que los contratos temporales eran fraudulentos y que, por ello, los trabajadores habían de considerarse como trabajadores indefinidos, lo que obligaba a la parte empleadora a acudir al **despido colectivo**. Por tanto, cuando la noción de **despido colectivo** se construye, no sobre elementos meramente fácticos, sino sobre calificaciones jurídicas (el fraude de ley en la contratación y la inexistencia de justificación de la terminación de los contratos) "se individualiza la situación de los trabajadores haciendo necesarios unos pronunciamientos previos que no pueden ser incluidos en el objeto del proceso regulado en el **artículo 124 LRJS**" (STS de 22 de noviembre de 2018, Rec. 67/2018).

De este modo, constituye doctrina reiterada y pacífica de la Sala que, si en un período de 90 días, que habrá de computarse hacia adelante y hacia atrás desde el último **despido** producido por causas no inherentes a la persona del trabajador, se superaran los umbrales numéricos del art. 51.1 **ET**, se produciría un **despido colectivo**, por todas SSTS 22-4-21, r. 148/20; 19-05-2021, r. 155/2020, descartándose dicha conclusión, cuando no se alcanzan los umbrales citados (TS 19-12-2020, Rec. 55/20).

En cualquier caso, deberán computarse, todas las extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador, lo que incluye también la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos en el momento habitual (TS 10-03-2020, Rcd. 2760/17). Por el contrario, no cabe computar las extinciones válidas de contratos temporales, una vez llegado su término (TS 16-7-20, r. 4468/17).

4. Pues bien, acreditado que la plantilla de la empresa era de 180 trabajadores y que, entre el 16 de marzo y el 30 de abril de 2020, despidió disciplinariamente a 34 de ellos, aunque reconoció la improcedencia de dichos **despidos**, abonando a los trabajadores la correspondiente indemnización, es patente que dichas extinciones se produjeron por causas no inherentes a las personas de los trabajadores afectados, por lo que concurre un manifiesto **despido** de hecho, que debe declararse nulo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS, al no haberse tramitado por el procedimiento, previsto en el art. 51.2 **ET**, toda vez que el número de **despidos** improcedente superó con creces los umbrales del art. 51.1 **ET**, tal y como mantuvo la sentencia recurrida e informa el Ministerio Fiscal.

5. La Sala considera, de acuerdo también con el informe fiscal, que debieron computarse también las seis extinciones de contratos temporales, por cuanto la carga de la prueba de su extinción en el modo convenido competía a la empresa demandada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217.3 LEC, quien no probó nada al respecto, puesto que se limitó a aportar copias de prórroga de dos contratos temporales, cuyo plazo de vencimiento se situaba al final de diciembre de 2020, siendo esa la razón, por la que la sentencia recurrida concluyó que la empresa no había acreditado la causa de dichas extinciones.

6. Consideramos finalmente que, la inclusión en el cómputo de las 25 extinciones por no superar el período de prueba, se ajustó a derecho, aun cuando sea cierto que el art. 14 **ET** viabiliza la extinción del contrato durante el período de prueba sin necesidad de motivar las razones del desistimiento empresarial, toda vez



que dicha vía de extinción contractual debe acomodarse obligatoriamente a las exigencias de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.1 **ET**, en relación con lo dispuesto en el art. 7.1 CC, subrayándose en el apartado segundo de este último precepto que, la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de manera que, todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

En el caso que nos ocupa, se ha acreditado que, la empresa demandada, apartándose del procedimiento, previsto en el art. 51.2 **ET**, ha despedido improcedentemente a 34 trabajadores, ha extinguido sin causa 6 contratos temporales y ha extinguido simultáneamente nada menos que 25 contratos por la supuesta falta de superación del período de prueba, lo que nos permite concluir razonablemente que estas últimas extinciones constituyeron un claro abuso de derecho, tal y como razona la sentencia recurrida, al ser totalmente irrazonable y desproporcionado que se extinguieran un número tan alto de contratos por esta causa al mismo tiempo, sin que la empresa haya intentado acreditar mínimamente las razones de una medida tan extravagante, sin que constituya causa de justificación las supuestas quejas de algunos trabajadores, porque consideraban que no se aseguraba su salud durante la pandemia, siendo revelador que la propia empresa intentara introducir en el relato fáctico que las extinciones controvertidas se basaron en una bajada generalizada del rendimiento.

CUARTO. - Por las razones expuestas, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, vamos a desestimar el recurso de casación interpuesto por Zener Plus S.L., representada y asistida por la Letrada D^a Cristina Gómez Martín, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi de 12 de noviembre de 2020, recaída en su procedimiento de **despido colectivo** nº 9/2020, promovido por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Euskadi contra Zener Plus S.L., con la consiguiente confirmación y declaración de firmeza de la sentencia recurrida. Se impone a la recurrente una condena en costas de 1.500 euros. Se decreta que los depósitos y consignaciones se destinen a su finalidad legal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por Zener Plus S.L., representada y asistida por la Letrada D^a Cristina Gómez Martín, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi de 12 de noviembre de 2020, recaída en su procedimiento de **despido colectivo** nº 9/2020, promovido por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Euskadi contra Zener Plus S.L.
2. Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida.
3. Se impone a la recurrente una condena en costas de 1.500 euros.
4. Se decreta que los depósitos y consignaciones se destinen a su finalidad legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.