



Roj: **STS 3681/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3681**

Id Cendoj: **28079149912017100049**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **26/09/2017**

Nº de Recurso: **62/2017**

Nº de Resolución: **711/2017**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4597/2016,**
STS 3681/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la letrada D^a Ángeles Morcillo Garmendia, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES DE CRÉDITO, SEGUROS Y OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (FESIBAC-CGT), contra la sentencia de 19 de diciembre de 2016 dictada por la **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 302/2016 seguido a instancia de la aquí recurrente contra Konecta Servicios Administrativos y Tecnológicos SL, sección sindical de CC.OO. y sección sindical de UGT sobre despido colectivo. Ha comparecido en concepto de parte recurrida KONECTA SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y TECNOLÓGICOS, S.L. representada por el letrado D. Ignacio Corchuelo Martínez-Azua.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de (Fesibac-CGT) se presentó demanda sobre despido colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare: «la nulidad de los despidos realizados por la demandada entre el 1 de abril de 2016 y el 30 de octubre de 2016, condenando a la empresa a estar y pasar por dicho pronunciamiento».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, tuvieron lugar los actos de conciliación -resultando sin avenencia- y juicio, la parte actora se ratificó en la demanda, adhiriéndose los letrados de UGT y CCOO y oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- El día 19 de diciembre de 2016, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «En la demanda interpuesta por CGT frente KONECTA SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y TECNOLÓGICOS SL- sobre despido colectivo, a la que se han adherido UGT y CCOO, previa desestimación de la excepción de falta de legitimación activa y previa estimación de la caducidad parcial de la acción, DESESTIMAMOS la demanda interpuesta y absolvemos a la demandada de los pedimentos frente a ella formulados».

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **1º.-** La empresa Konecta SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y TECNOLÓGICOS S.L.- en adelante Konecta SAT cuenta con un número aproximado de 700 trabajadores que prestan servicios en los centros de trabajo de las provincias de Madrid, Barcelona, Sevilla, Madrid y Las Palmas. A dichas relaciones laborales les resultan de aplicación los Convenios Colectivos



provinciales de Oficinas y Despachos. -conforme-. 2º.- FESIBAC-CGT cuenta con representantes unitarios en el centro de trabajo de Madrid, donde tiene constituida una sección sindical representada por un Delegado Sindical, cuenta igualmente con una Sección de ámbito empresarial, si bien no ha designado Delegado sindical.- conforme en cuanto a lo referente al centro de Madrid y la existencia de la Sección estatal se deduce de las denuncias presentadas ante la ITSS y de las testificales, tanto la de la actora, como la de la demandada.- 3º.- La empresa demandada ha procedido en el período de referencia de 1-4-2016 a 30-9-2016 a cursar baja respecto del siguiente número de trabajadores:

APELLIDOS NOMBRE FIN NOMBRE MOTIVO FIN

Celestino 03/04/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)

Matilde 03/04/2016 EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO

Higinio 03/04/2016 FIN INTERINIDAD

Adelaida 04/04/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)

Eufrasia 04/04/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (art. 52 c ET)

Purificacion 07/04/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (art. 52 c ET)

Ruperto 08/04/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (art. 52 c ET)

Juan Antonio 08/04/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (art. 52 c ET)

Higinio 10/04/2016 FIN INTERINIDAD

Ceferino 10/04/2016 FIN INTERINIDAD

Casilda 17/04/2016 FIN INTERINIDAD

Higinio 17/04/2016 FIN INTERINIDAD

Ceferino 20/04/2016 FIN INTERINIDAD

Manuela 22/04/2016 DESPIDO DISCIPLINARIO

Jacobo 22/04/2016 DESPIDO DISCIPLINARIO

Apolonia 22/04/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)

Hortensia 24/04/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)

Sonia 24/04/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)

Jose Augusto 24/04/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)

Custodia 24/04/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)

Micaela 24/04/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)

Ana 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Celso 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Herminia 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Verónica 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Daniela 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Montserrat 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Justo 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Angustia 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Inés 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Torcuato 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Virginia 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Elena 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA

Raimunda 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA



Armando 24/04/2016 FIN CONTRATO FINALIZACIÓN OBRA
Brigida 29/04/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art.52 c ET)
Luisa 29/04/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art.52 c ET)
Africa 29/04/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art.52 c ET)
Gema 29/04/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art.52 c ET)
Tomasita 05/05/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art.52 c ET)
Edurne 12/05/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art.52 c ET)
Remedios 13/05/2016 BAJA VOLUNTARIA
Caridad 13/05/2016 DESPIDO OBJETIVO
AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Natividad 13/05/2016 DESPIDO OBJETIVO
AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Melchor 13/05/2016 DESPIDO OBJETIVO
AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Jose Francisco 13/05/2016 DESPIDO OBJETIVO
AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Bibiana 13/05/2016 DESPIDO OBJETIVO
AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Argimiro 19/05/2016 BAJA VOLUNTARIA
Noemi 19/05/2016 BAJA VOLUNTARIA
Aurelia 20/05/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art.52 c ET)
Germán 22/05/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)
Milagros 22/05/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)
Araceli 22/05/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)
Lorena 22/05/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)
Eva María 23/05/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Saturnino 26/05/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)
Josefina 27/05/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Genoveva 31/05/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)
Zaira 31/05/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)
Fátima 02/06/2016 BAJA VOLUNTARIA
Aquilino 03/06/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Yolanda 3/06/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Fidel 3/06/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Guadalupe 3/06/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
María Antonieta 3/06/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Gracia 6/06/2016 FIN INTERINIDAD
María Angeles 8/06/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)
Florinda 14/06/2016 BAJA VOLUNTARIA
Rosendo 16/06/2016 DESPIDO DISCIPLINARIO
Juan Francisco 16/06/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)



Almudena 16/06/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Lucía 16/06/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Héctor 22/06/2016 BAJA VOLUNTARIA
Paulino 24/06/2016 BAJA VOLUNTARIA
Luis Antonio 30/06/2016 BAJA VOLUNTARIA
Francisca 30/06/2016 EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO
María Milagros 1/07/2016 DESPIDO DISCIPLINARIO TRANSACCIONAL
Josefa 5/07/2016 EXTINCIÓN VOLUNTARIA TRABAJADOR MSCT (Art. 41 ET)
Domingo 8/07/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Andrea 17/07/2016 BAJA VOLUNTARIA
Lázaro 29/07/2016 BAJA VOLUNTARIA
Valeriano 29/07/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Casilda 30/07/2016 FIN INTERINIDAD
Pilar 9/08/2016 DESPIDO DISCIPLINARIO TRANSACCIONAL
Coro 22/08/2016 BAJA VOLUNTARIA
Salome 31/08/2016 BAJA VOLUNTARIA
Baltasar 31/08/2016 BAJA VOLUNTARIA
Florian 7/09/2016 BAJA VOLUNTARIA
Felicidad 12/09/2016 DESPIDO DISCIPLINARIO
Rosana 13/09/2016 FIN CONTRATO POR EXPIRACIÓN TIEMPO CONVENIDO (EVENTUAL)
Matilde 20/09/2016 EXCEDENCIA VOLUNTARIA
María Consuelo 23/09/2016 BAJA VOLUNTARIA
Magdalena 23/09/2016 BAJA VOLUNTARIA
Candelaria 26/09/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Raquel 26/09/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Erica 26/09/2016 DESPIDO OBJETIVO AMORTIZACIÓN (Art. 52 c ET)
Jose Pedro 30/09/2016 BAJA VOLUNTARIA
María Virtudes 4/10/2016 AGOTAMIENTO PLAZO IT
Avelino 4/10/2016 BAJA VOLUNTARIA
Mónica 11/10/2016 DESPIDO DISCIPLINARIO
Hugo 14/10/2016 BAJA VOLUNTARIA
Elsa 19/10/2016 EXCEDENCIA VOLUNTARIA
Samuel 31/10/2016 BAJA VOLUNTARIA (CAMBIO SOCIEDAD)

4º.- La empresa ha comunicado a los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores de cada centro de trabajo correspondiente las extinciones llevadas a cabo por despidos disciplinarios y objetivos -descriptores 78 y 81 testifical de la empresa.- A tal efecto, da por reproducido el contenido de los descriptores 78 y 81, que contienen las cartas de comunicación de los despidos disciplinarios llevados a cabo en el periodo 1-4-2016 a 31-10-2016 por la empresa, y de los despido objetivos llevados a cabo en el referido período y su comunicación a los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores.- Igualmente se dan por reproducidos el contenido de los descriptores 76 -comunicación de baja por agotamiento de la IT-, 77 -comunicaciones de bajas voluntarias y documentación de los saldos y finiquitos correspondientes a las mismas-, 82 -solicitudes de excedencia-, 83 - acreditación de la extinción contractual por MSCT no consentida por el trabajador- 84 copia de los contratos temporales y comunicaciones de extinción correspondientes a los mismos- y 85 -finalización de la campaña con Orange y notificación a los representantes de los trabajadores



de la extinción por dicha causa de 14 contrato por obra o servicio determinado.- 5º.- El despido objetivo del trabajador Aquilino de fecha 3 de junio de 2016 del que se da cuenta en el hecho probado tercero fue reconocido como improcedente por la empresa el día 18 de octubre de 2016 en acta de conciliación extendida en el Juzgado de lo Social número 36 de los de Madrid -autos 739/2016- descriptor 30.- 6º.- A consecuencia de denuncias que obran en las actuaciones, la ITSS de Madrid ha emitido informe obrante al descriptor 25 en el que consta que en el período 1-4-2016 a 30-6- 2016 se han producido las bajas no voluntarias de 15 trabajadores, 28 despidos objetivos y 2 disciplinarios -descriptor 25.- Se han cumplido las previsiones legales.».

CUARTO.- Por la representación de FESIBAC-CGT, se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, en el que se formulan los siguientes motivos: 1º) Al amparo de lo previsto en el art. 207 d) LRJS , por error en la apreciación de la prueba solicitándose la modificación parcial del hecho probado cuarto; 2º) Al amparo de lo previsto en el art. 207 d) LRJS , , por error en la apreciación de la prueba solicitándose la adición de un nuevo hecho probado, con el ordinal cuarto bis; 3º) y 4º) Al amparo de lo previsto en el art. 207 e) LRJS , por vulneración del artículo 51.1 ET en relación con el art. 6.4 del Código civil .

QUINTO.- Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso improcedente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 20 de septiembre de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 27 de octubre de 2016 tuvo entrada en la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional la demanda de despido colectivo formulada por FESIBAC-CGT en la que se impugnaba el que se decía producido de hecho en la empresa Konecta Servicios Administrativos y Tecnológicos SL. En esa demanda se pedía una sentencia en la que se declarase «... la nulidad de los despidos realizados por la demandada entre el 1 de abril de 2016 y el 30 de octubre de 2016, condenando a la empresa a estar y pasar por dicho pronunciamiento...».

Dicha demanda, a la que se adhirieron los sindicatos UGT y CC.OO., fue desestimada -tras rechazarse la falta de legitimación activa y acogerse la estimación parcial de la caducidad- por la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 19 de diciembre de 2016 , que ahora se recurre en casación por el sindicato demandante.

Para la sentencia recurrida no existió en la situación puesta de relieve en la demanda despido colectivo de hecho en la empresa demandada, razonándose para ello en primer lugar sobre la necesidad de proyectar esa pretensión en relación con un periodo de 90 días, tal y como se desprende del art. 51.1 ET y del art. 1.1 de la Directiva 98/59 CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, por cuanto que en ningún momento se superaron en ese periodo los umbrales numéricos de extinciones a tener en cuenta habidas en la empresa durante ese periodo de 90 días, contabilizado desde el último despido computable hacia atrás.

Por ello se razona que, siguiendo la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (SSTS 23 de abril de 2012 -rec.2724/2011 -; 23 de enero de 2013 -rec. 1362/2012 -; 25 de noviembre de 2013 -Pleno, rec.52/2013 -; 26 de noviembre de 2013 -rec. 334/2013 -; 11 de febrero de 2014 -rec. 323/2013 -; y 11 de enero de 2017 -rec.2270/2015 -), « ...no puede ser constitutivo del supuesto despido colectivo de hecho impugnado ningún cese producido más allá de aquel que el último de los que la actora considere englobados en el mismo, siempre y cuando, pues no es posible el cómputo hacia delante, el mismo no sea posterior a la demanda y no se haya producido con anterioridad al plazo de caducidad de 20 días hábiles que señalan los arts. 59.3 del E.T . Por ello se estimará la excepción en los términos planteados, y afectará a todo cese que haya producido en los noventa días precedentes a los 20 días hábiles anteriores completados con el preceptivo de gracia a la interposición de la demanda».

También se rechazan en sentencia las alegaciones referidas a la ausencia de información suficiente dirigida al sindicato demandante en relación con los despidos llevados a cabo en el periodo a que se refiere la demanda puesto que -se afirma en ella- « ... tanto los ceses disciplinarios como las extinciones objetivas han sido objeto de notificación a las representaciones unitarias y sindicales constituidas en la empresa, amén de que como hemos de dicho todo despido colectivo debe referirse a un periodo de noventa días».

La sentencia recurrida destaca que la parte actora no quiso o no supo precisar la fecha del último cese que ha de tenerse en cuenta a efectos de fijar el periodo computable, por lo que en ella se efectúa un doble análisis del mismo, el referido a los ceses habidos desde el nonagésimo día anterior al 28 de septiembre de 2.016, esto es, "... el periodo que abarca del 29-6 a tal fecha, como el producido desde el cese inmediatamente anterior a la presentación de la demanda que la actora reputa computable- despido disciplinario de 11- 10-2.016, y en los noventa días anteriores, 12-7-2.016".



Establecidos esos periodos de cómputo alternativo, en primer lugar se analiza el número de ceses computables habidos en el primero de los periodos, y se dice que «... con posterioridad al 29 de junio de 2016 se han producido las siguientes extinciones que la actora reputa como computables a efectos de despido colectivo: un despido disciplinario, el 1 de julio; una extinción ex art. 41, el 5 de julio; un despido objetivo por causa del art. 52 c, el 8 de julio; otro por la misma causa el 29 de julio; la extinción de un contrato temporal por interinidad el 30 de julio; un despido disciplinario el 9 de agosto; un despido disciplinario el 12 de septiembre; la extinción de un contrato temporal el 13 de septiembre; tres despidos objetivos -art. 52.c- el 26 de septiembre y un despido disciplinario el 11 de octubre, lo que hace un total de 12 extinciones computables -en supuesto de que se admitiese a efectos dialécticos la improcedencia de los ceses disciplinario y el carácter fraudulento de las contrataciones temporales-, y que supone que, al no superarse los umbrales del art. 51.1 E.T , ni los señalados en el art. 1,1 de la Directiva 98/59 de 20 empleados por centro de trabajo -en el supuesto de que todas las extinciones correspondiesen a un solo centro de trabajo- en consonancia con la doctrina fijada en la reciente STS de 17-10-2016- (rec. 36 /2.016) que asume la doctrina del TJUE al respecto-, la demanda se vea abocada al fracaso».

También se dice con claridad en la sentencia recurrida que « ...a efectos de impugnación despido colectivo de hecho resulta irrelevante la cláusula anti fraude que contiene el art. 51.1 in fine respecto de los despidos objetivos por la misma causa que los producidos en los 90 días precedentes, pues tales ceses habrán de ser objeto mediante de impugnación individual por los trabajadores afectados, impugnaciones estas que al carecer del necesario carácter colectivo no pueden ser objeto de resolución por esta Sala con arreglo al art. 8 de la LRJS ...».

SEGUNDO.- Frente a la referida sentencia recurre en casación en sindicato demandante formulando cuatro motivos, los dos primeros amparados en el art. 207 d) LRJS , por error en la apreciación de la prueba y los dos siguientes en la letra e) del mismo precepto, por infracción de las normas y la jurisprudencia aplicable.

En el primero de los motivos así formulado se pretende la modificación del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia para que en el mismo se diga que *"La empresa no ha comunicado a los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores de cada centro de trabajo correspondiente todas las extinciones llevadas a cabo por despidos disciplinarios y objetivos, faltando dos despidos disciplinarios, uno en Sevilla y otro en Barcelona y seis despidos objetivos en Sevilla ..."* , basándose para ello en los descriptores 78 y 81.

La STS 614/2017, de 12 de julio de 2017, recurso 278/2016 , contiene resumida la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre la modificación de los hechos probados de la sentencia recurrida, en relación con la errónea valoración de la prueba documental, al amparo de la letra d) del art 207 LRJS , doctrina jurisprudencial que viene sosteniendo lo siguiente: «... la denuncia del error requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico, sin que baste mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de un elemento probatorio obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este modo de prueba, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, sin que sea suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada; c) Que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone; d) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. e) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia, sin que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo (SSTS 27/09/16 -rco 203/15 -; 11/01/17 -rco 24/16 -; 14/02/17 -rco 45/16 -; 28/03/17 -rco 77/16 -; y 05/04/17 -rco 28/16 -, entre otras muchas)».

Como ocurre con frecuencia, la modificación de los hechos probados tiene repercusión en la forma de plantear y enfocar las cuestiones jurídicas del recurso y en este caso la vinculación de la modificación que se pretende se proyecta sobre el tercero de los motivos, que luego se analizará, referido al problema de la caducidad parcial del despido colectivo apreciada en la sentencia de instancia. En todo caso debemos recordar ahora, porque es un punto clave en el asunto, que estamos en presencia de una demanda de despido colectivo en su modalidad "de hecho", en la que por definición, la empresa no ha llevado a cabo los trámites correspondientes previstos para el despido colectivo previstos en el art. 51 ET .

Para tales supuestos -perfectamente valorables jurídicamente como tales, así lo ha dicho esta Sala reiteradamente (SSTS de 3 de julio de 2012, recurso 1744/2011 y 25 de noviembre de 2013 , recuso 52/2013 , ambas del Pleno)- procede en primer término y con carácter esencial determinar si la situación puesta de manifiesto en la demanda coincide con el diseño que las normas aplicables prevén para ello. Como es sabido, en el art. 51.1 ET opta por la determinación numérica de los trabajadores despedidos para que pueda tratarse



de un despido colectivo en función del número de trabajadores de la empresa y en un periodo de 90 días computables, criterio alternativo que también admite el art. 1.1 ii) de la Directiva 98/59 CE.

Por ello ese específico número de días a lo largo de los que se examinarán las extinciones producidas sin haberse seguido los trámites propios del despido colectivo, no es un tiempo elástico o disponible para quien lleva a cabo ese cómputo, sino que es de necesaria observancia y no resulta admisible extenderlo, como reiteradamente pretende la parte actora, al amparo de la denominada cláusula anti fraude que contiene el último párrafo del número 1 del art. 51 ET, en el que se dice que «Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) de esta Ley 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».

La sentencia recurrida afirma sobre este punto, y esta Sala comparte la opinión, de que dicha garantía -que supone una mejora que no aparece en la Directiva 98/59 CE- únicamente produce sus efectos en la forma que detalla el precepto, y en absoluto cabe entender que contiene una especie de segunda modalidad o variedad extendida del despido colectivo (STS 21 de julio de 2015, rec.370/2014), de forma que los despidos objetivos individuales formulados al amparo del art. 52 c) ET por la empresa en periodos sucesivos de 90 días y en número inferior a los umbrales legales, determinará que precisamente esos despidos individuales sean declarados nulos, pero en modo alguno supone que la extensión de esos periodos sucesivos de 90 días signifique en absoluto que se trate de un despido colectivo tácito, ni que éste se vea garantizado de un periodo de cómputo superior a los 90 días.

Por otra parte, esas previsiones se han de completar con la conocida doctrina de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (SSTS 23 de abril de 2012 -rec.2724/2011 -; 23 de enero de 2013 -rec. 1362/2012 -; 25 de noviembre de 2013 -Pleno, rec.52/2013 -; 26 de noviembre de 2013 -rec. 334/2013 -; 11 de febrero de 2014 -rec. 323/2013 -; y 11 de enero de 2017 -rec.2270/2015 -), con arreglo a la que el cómputo de los 90 días a que se refieren los preceptos antes citados se ha de llevar a cabo, tal y como hace la sentencia recurrida, desde la fecha del último computable hacia atrás.

Y todo ello debe proyectarse sobre la pretensión de revisión de un hecho probado de la sentencia recurrida en el que se afirma sin lugar a la duda que la empresa había comunicado a los representantes de los trabajadores, unitarios y sindicales, las extinciones llevadas a cabo por despidos disciplinarios y objetivos, convicción que la Sala de instancia obtuvo no solo de los documentos referidos en los descriptores 78 y 81, sino de la prueba testifical de la empresa. No es posible entonces -siguiendo la doctrina jurisprudencial antes transcrita- pretender sustituir la convicción del juzgador obtenida a través de diversos medios de prueba, por la lectura o análisis del contenido aislado de alguno de ellos.

Pero además, de todo lo que hemos argumentado con anterioridad se desprende que la introducción de esa especificación negativa sobre la información de los despidos que pretende el recurrente sería totalmente irrelevante, puesto que el tiempo de cómputo de 90 días -único posible en la pretensión de despido colectivo canalizada necesariamente a través del art. 124 LRJS - y la forma de llevarlo a cabo desde el último despido computable hacia atrás haría irrelevante esa información, cuando consta en la sentencia con total detalle las extinciones habidas en la empresa desde el 3 de abril de 2016 hasta el 31 de octubre de ese año, así como de sus causas (hecho probado tercero) y cuando además se predica esa ausencia de información de algunas extinciones habidas más allá de ese cómputo temporal.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso se formula también al amparo de la letra d) del art. 207 LRJS, para que se introduzca un nuevo hecho probado, el cuarto bis, en el que se diga que " *...el contrato eventual por causas de la producción de Dña. Rosana excede del límite temporal fijado por el artículo 15.1 b) ET (descriptor 86), que el contrato de Dña. Casilda no tenía la finalidad de sustituir a Elsa (descriptor 87) y que el contrato de D. Ceferino no se suscribió para sustituir las vacaciones de Dña. Bernarda (descriptor 101) dichos contratos fueron extinguidos el 13/09/2016, 30/07/2016 y 20/04 2016, respectivamente.* ".

También en este caso debe desestimarse el motivo de revisión de hechos y rechazarse la introducción del nuevo que se propone, porque con el mismo, tal y como jurídicamente se intenta justificar en el motivo cuarto, lo que se pretende es ampliar de una doble manera el ámbito propio del despido colectivo "de hecho". Por una parte extendiendo el periodo de cómputo de las extinciones bastante más allá los 90 días, sobre lo que en el fundamento anterior ya razonamos ampliamente su inviabilidad; y por otra, se trata de introducir en el debate sobre la existencia del propio despido colectivo de hecho el que se refiere a la naturaleza de los que se han extinguido en el mismo periodo que se pretende computable, y la determinación, el análisis dentro del propio proceso colectivo, de la regularidad de las propias causas de terminación de los contratos temporales

a efectos de su inclusión en los umbrales numéricos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el art. 51.1 ET y 1.1 de la Directiva 98/59 .

Sobre este punto, nuestra STS del Pleno, nº 1108/2016, de 22 de diciembre de 2016 -rec. 10/2016 , a la que se remite también nuestra STS, Pleno, nº 624/2017, de 13 de julio - vino a resolver el complejo problema jurídico que la parte actora en este pleito trató de introducir en su demanda y que acabamos de exponer en el párrafo anterior, y en aquélla decíamos que no resulta competencialmente posible la introducción de ese debate de naturaleza individual dentro del proceso de despido colectivo. Decíamos en ella lo siguiente:

« se suscita es la cuestión de la determinación del proceso de impugnación a seguir -además del problema de la legitimación que estaría aparejada a la elección de la modalidad procesal- y, por ende y prioritariamente, la competencia funcional del órgano jurisdiccional del orden social que haya de conocer de la acción.

2. Con arreglo al art. 7 a) párrafo segundo LRJS , las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocen en única instancia de los procesos de despido colectivo del art. 124 de dicha norma adjetiva, cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma. Se excluye, así, la competencia de los Juzgados de lo Social para conocer en instancia de este tipo de litigio, mas, por el contrario, estos órganos unipersonales son los competentes en todo caso para conocer de las demandas de impugnaciones de despido individual.

3. El art. 124 LRJS configura una acción de impugnación del despido colectivo que corresponde ejercitar a los sujetos legitimados según el apartado 1 de dicho precepto. El objeto del proceso que se inicia con esta acción es, por tanto, la impugnación de una decisión extintiva de carácter colectivo.

No cabe duda de que el despido colectivo puede producirse al margen de que la empresa utilice el procedimiento del art. 51 ET (despido colectivo irregular) o que, incluso, se oculte su carácter colectivo (despido colectivo de hecho); y, tanto en un caso como en el otro, la decisión empresarial puede ser impugnada por la vía del art. 124 LRJS (STS/4ª/Pleno de 25 noviembre 2013 -rec. 52/2013 - y 21 julio 2015 -rec. 370/2014 -); más en el presente caso la demanda se construye sobre unas afirmaciones no meramente fácticas -las que se refieren a la existencia de la comunicación empresarial de cese de un determinado número de trabajadores-, sino sobre una calificación jurídica -el fraude de ley en la contratación y la inexistencia de justificación de la terminación de los contratos- que necesariamente individualiza la situación de los trabajadores haciendo necesarios unos pronunciamientos previos que no pueden ser incluidos en el objeto del proceso regulado en el precitado art. 124 LRJS .

Para determinar si se sobrepasa el umbral numérico del art. 51.1 ET y comprobar si, efectivamente, se había alcanzado aquél, el órgano judicial no podría entrar a examinar si los contratos de trabajo afectados eran o no fraudulentos, pues es ésta una cuestión previa de la que habría de depender que estuviéramos o no ante un despido colectivo irregular o de hecho.

4. Por consiguiente, la competencia para conocer de la acción de impugnación de la terminación del contrato de trabajo corresponde al Juzgado de lo Social a través del cauce de los arts. 103 a 113 y 120 a 123 LRJS

.... Aceptar la tesis de la parte actora -ahora recurrente- comporta el riesgo de alterar el objeto del procedimiento de despido colectivo y, con ello, eludir las reglas de competencia objetiva que distribuyen la facultad jurisdiccional entre los órganos judiciales unipersonales y colegiados en el orden social. El núcleo esencial del procedimiento de despido colectivo se vería alterado si permitiéramos que en los casos de desacuerdo plural con la terminación de los contratos temporales la acción de despido se transforme en base a la mera alegación de que la pluralidad de los ceses permite acudir a la regla de los umbrales...».

Por esa razón decíamos que la introducción del hecho probado nuevo que se pretende resulta irrelevante, puesto que jurídicamente no podría entrarse en tal debate en el proceso colectivo, como se afirma en la sentencia que se acaba de transcribir.

Pero es que además, la propia sentencia recurrida sí ha computado a los meros efectos teóricos las extinciones discutidas que se encuentran en el plazo de los 90 días - obviamente se excluyen las extinciones anteriores- y además lo hace de una doble forma, desde el 28 de septiembre de 2016 hacia atrás, remontándose hasta el 29 de junio, o desde el 11 de octubre de 2016, hasta el 12 de julio de 2016, y en ninguno de esos periodos el número de extinciones habidas, incluidas a efectos teóricos las temporales discutidas, (doce en cómputo global), alcanzaría ninguno de los umbrales previstos en el art. 51.1 ET o 1.1 de la Directiva 98/59 .

CUARTO.- El tercero de los motivos del recurso se sostiene sobre la letra e) del artículo 207 LRJS , y en el mismo se denuncia la infracción del art. 51.1 ET y de la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el art. 6 del Código Civil .



Se afirma en el motivo que no cabe limitar a través de la caducidad parcial el periodo de cómputo de los despidos que se han de tener en cuenta, porque se trata de aplicar, se dice en el motivo, la cláusula anti fraude del art. 51 ET , razón por la que se pretende la inclusión de, al menos, dos periodos sucesivos de 90 días, desde el 29 de marzo al 29 de junio de 2016 el primero, y del 29 de junio al 28 de septiembre en el segundo.

En el fundamento de derecho segundo ya expusimos la convicción de que en el ámbito de la pretensión referida al despido colectivo únicamente puede tener lugar aquella que se refiera al análisis del número de extinciones previstas por las normas repetidas, art. 51.1 ET y 1.1 de la Directiva 98/59 , en el periodo de referencia, esto es, 90 días, puesto que la cláusula anti fraude del último párrafo del art. 51.1 ET no supone ninguna alteración del ámbito temporal del despido colectivo, cuya impugnación habrá de hacerse por la vía del art. 124 LRJS , sino que se trata de una regla que supone una actuación empresarial realizada en periodos sucesivos de 90 días con objeto de eludir las previsiones del art. 51 ET y que se proyecta sobre los despidos individuales llevados a cabo al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c), supuesto en el que a partir de la superación de esos umbrales y siempre que no concurren causas nuevas que justifiquen esa actuación, dichas nuevas extinciones -subrayamos la expresión legal- se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto, lo que significa que las impugnaciones de esos nuevos despidos basados en el art. 52 c) ET tendrían que ser efectuadas en el proceso individual correspondiente para obtener la nulidad, de conformidad con el artículo 10 de la LRJS ante los Juzgados de lo Social, pero en ningún caso por la vía del art. 124 LRJS , despido colectivo.

Así lo decidió la sentencia recurrida que procedió a excluir del tiempo en el que habían de computarse las extinciones que se decían numéricamente integradoras de un despido colectivo todas aquellas que excedían de ese tiempo de 90 días contados hacia atrás desde el último despido computable, además con el alcance garantista que se acabamos de expresar en el último párrafo del fundamento anterior, lo que determina que fue correcta la interpretación de las normas referidas que se llevó a cabo la sentencia recurrida, que por ello no incidió en ninguna de las infracciones denunciadas en el motivo del recurso, que en consecuencia deberá ser desestimado, como propone el Ministerio Fiscal.

QUINTO.- En el cuarto y último motivo del recurso, también formulado al amparo de la letra e) del artículo 207 LRJS , se denuncia por el recurrente también la infracción del art. 51.1 ET y 6.4 del Código Civil , insistiéndose en que habrían de computarse para el acogimiento de su pretensión los despidos producidos desde abril hasta octubre de 2016 -180 días- periodo en el que la parte demandante establece un total de 40 extinciones que, a su juicio resultarían computables, a las que añade las derivadas de otros contratos temporales que se dieron por finalizados en tiempo y que se afirma que no lo fueron porque estaban suscritos en fraude de ley o se resolvieron fuera de las causas legalmente previstas para ello.

En los anteriores fundamentos ya se ha dado respuesta a las alegaciones que en el presente motivo se contienen, y que partiendo de la base de que el periodo computable en el despido colectivo en general, y en el de hecho en particular, a efectos de las extinciones que han de integrar la cifra de los umbrales numéricos del art. 51.1 ET o del art. 1.1 de la Directiva 98/59 , en modo alguno se podrían computar las que pretende el recurrente, que además postula en su demanda la nulidad de todos los despidos individuales habidos en ese periodo de 180 días, dando por sentado que el cauce procesal adecuado para esa pretensión es la de despido colectivo, cuando realmente la sentencia que resolviera un despido colectivo -también el de hecho- debería declarar que ese despido -no los individuales- es nulo, ajustado a derecho o no ajustado a derecho, tal y como exige el art. 124.11 LRJS .

Procede entonces concluir diciendo que todo lo antes expresado debe conducir a la desestimación de este motivo del recurso y de la totalidad del mismo con ello, afirmando que la sentencia recurrida no incidió en vulneración o infracción de norma alguna, sino que aplicó de manera plenamente ajustada a derecho los preceptos ya citados cuando examinó el periodo computable acertadamente y cuando no encontró que se superasen en el mismo de ninguna manera los umbrales numéricos a los que tantas veces nos hemos referido con anterioridad.

SEXTO.- En consecuencia, por todo lo que se ha razonado en los anteriores fundamentos procede la desestimación del recurso, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, lo que determina la necesidad de confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

No procede la imposición de costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 235.1 LRJS .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

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



: 1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de la FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES DE CRÉDITO, SEGUROS Y OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (FESIBAC-CGT), 2º) Confirmar íntegramente la sentencia recurrida de 19 de diciembre de 2016 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 302/2016 seguido a instancia de la aquí recurrente contra Konecta Servicios Administrativos y Tecnológicos SL, sección sindical de CC.OO. y sección sindical de UGT sobre despido colectivo. 3º) Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

Jesus Gullon Rodriguez Maria Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol Maria Lourdes Arastey Sahun Antonio V. Sempere Navarro Angel Blasco Pellicer Sebastian Moralo Gallego Jordi Agusti Julia **PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Gullon Rodriguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJ