



Roj: **STS 3962/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3962**

Id Cendoj: **28079149912018100038**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **31/10/2018**

Nº de Recurso: **88/2018**

Nº de Resolución: **942/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 11894/2017,**  
**STS 3962/2018**

CASACION núm.: 88/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 942/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D.<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D.<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D.<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 31 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Luis Ocaña Escolar, en nombre y representación de Dña. Joaquina y Dña. Juana contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de fecha 21 de Diciembre de 2017, en autos nº 16/2017 seguidos a instancias de Dña. Joaquina y Dña. Juana, como presidentas del Comité de Empresa contra la Delegación Territorial de Educación Cultura y Deporte de Sevilla de la Junta de Andalucía, la Agencia Pública de Educación y la mercantil BCM Gestión de Servicios, S.L. sobre **despido** colectivo.



Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el letrado D. Luis Ocaña Escolar en nombre y representación de Dña. Joaquina y Dña. Juana se presentó demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron de aplicación, terminaba suplicando que se declare y califique el **despido** colectivo impugnado como nulo, y en consecuencia, se condene a la parte demandada a que readmita a los trabajadores afectados por dicho **despido** colectivo de forma inmediata en el puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían con anterioridad al **despido**, con abono de una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del **despido** perado hasa que se notifique la sentencia que se dicte.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 21 de diciembre de 2017, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO: "Con estimación de las excepciones de falta de legitimación pasiva de la JUNTA DE ANDALUCÍA (Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla) y la AGENCIA PÚBLICA DE EDUCACIÓN, falta de acción, inadecuación de procedimiento y falta de competencia objetiva de esta Sala, nos abstenemos de entrar a conocer del fondo del asunto planteado en la demanda presentada por el Letrado Don Luis Ocaña Escolar, en nombre y representación de Da Joaquina y Doña Juana, ambas en su condición de Presidentas del Comité de Empresa, frente a la JUNTA DE ANDALUCÍA (Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla), la AGENCIA PÚBLICA DE EDUCACIÓN y la mercantil BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L. en reclamación de **despido** colectivo, por corresponder el examen de la pretensión a los órganos de la jurisdicción de instancia tras el ejercicio de las correspondientes acciones individuales, acumuladas o no, de impugnación de las extinciones acordadas. No se efectúa condena en costas."

**CUARTO.-** En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación:

"PRIMERO: En virtud de documento administrativo de formalización de contrato, de fecha 10-3-2017 (folios 278 y siguientes) de los autos) la demandada BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L. gestiona, por plazo de un año desde dicho documento, el Lote 2 del contrato público denominado "Servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Sevilla dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía" (Expediente NUM000), cuyos pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas han sido aportados como documental y se dan por reproducidos (folios 186 y siguientes).

SEGUNDO: Para atender el cumplimiento de dicho contrato, la demandada BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L. había subrogado el 23 de febrero de 2017, procedentes de la empresa saliente, a los trabajadores con categoría profesional de auxiliares técnicos educativos (Grupo IV), y con las jornadas y tipos de contratación que para cada uno de ellos se especificaban en las cartas dirigidas a los mismos obrantes a los folios 288 a 354, algunos como trabajadores fijos discontinuos y otros con contrato de duración determinada para obra o servicios, obrando así mismo en autos a los folios 355 y siguientes los documentos de la Tesorería General de la Seguridad Social de reconocimiento del alta de los trabajadores. TERCERO: Con fecha 23 de junio de 2017 la demandada BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L. comunica a los trabajadores con contratos fijos discontinuos que han finalizado su prestación de servicios por el periodo en curso, sin que quede constancia de si han reanudado o no la prestación una vez iniciado el correspondiente periodo de actividad. CUARTO: Con fecha 23 de junio de 2017 la demandada ha cursado la baja en Seguridad Social por causa de "baja inactividad fijo discontinuo" de los trabajadores subrogados que se detallan en los partes de baja obrantes a los folios 421 y siguientes de los autos y que se dan por reproducidos, constandingo como causa de la baja "Inactividad fijo discontinuo". QUINTO: Así mismo se dan de alta ciertos trabajadores en la Tesorería General de la Seguridad Social en septiembre de 2017, en concreto los que constan en los documentos de dicho organismo obrantes a los folios 488 y siguientes de las actuaciones."

**QUINTO.-** Por la parte recurrente, se interpuso recurso de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, amparado en lo dispuesto en el artículo 207 e), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, siendo su objetivo denunciar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.



**SEXTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y evacuado el trámite de impugnación, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia del recurso. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo para el Pleno del día 17 de octubre de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por Dña. Joaquina y Dña. Juana, como presidentes del Comité de Empresa se formuló demanda frente a la Delegación Territorial de Educación Cultura y Deporte de Sevilla de la Junta de Andalucía, la Agencia Pública de Educación y la mercantil BCM Gestión de Servicios, S.L. demanda denominada de **despido** colectivo en cuyo suplico solicitaba:

"Se declare y califique el **despido** colectivo impugnado como Nulo, y en consecuencia, se condene a la parte demandada a que:

A) Readmita a los trabajadores afectados por dicho **despido** colectivo de forma inmediata en el puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían con anterioridad al **despido**, con abono de una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del **despido** operado hasta que se notifique la sentencia que se dicte."

Los demandantes establecen, entre otros, como hechos de la demanda la comunicación a todos los trabajadores haciendo saber que el 23 de junio de 2017 se extingue su relación laboral procediendo a cursar su baja en Seguridad Social en esa fecha, que los trabajadores prestan servicios durante todo el curso escolar, que el número de afectados en un período inferior a noventa días ni superior a treinta supera el umbral del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y por último que la fórmula empleada es la de **despido** individual en lugar de la de **despido** colectivo.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla dictó sentencia el 21 de diciembre de 2017 en la que se estimaba la excepción de falta de legitimación pasiva de la Junta de Andalucía así como las de falta de acción, inadecuación de procedimiento y falta de competencia objetiva de la Sala, absteniéndose de entrar a conocer del fondo de la reclamación.

**SEGUNDO.-** Recurre la parte actora en casación al amparo de los apartados e, a y c), por este orden, al amparo del artículo 207 de la LJS, articulando su impugnación de la sentencia mediante tres motivos.

En el primero, la parte recurrente desarrolla su argumentación al objeto de establecer dos asertos, el primero consistente en que habiendo enviado la empresa una comunicación a todos los trabajadores y cursado la baja en la Seguridad Social se entiende producido un **despido** por lo que no es necesario un análisis individualizado, el segundo, el carácter irregular y de hecho del **despido** colectivo al no utilizar el cauce del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, lo que lleva a su impugnación por la vía del artículo 124 de la LJS y a que esta cuestión deba ser resuelta por la sentencia como cuestión prejudicial y si bien para la recurrente no nos hallamos ante una cuestión prejudicial, tampoco considera que la sentencia haya resuelto dicha cuestión que en realidad es la atinente al fondo al estimar la excepción de incompetencia. Añade que el procedimiento establecido en el artículo 124.1 de la LJS es el único previsto para conocer de los **despidos** irregulares que pudieran constituir un **despido** colectivo y en su caso la calificación que éste merezca sin que resulte opcional para las partes acudir a una u otra modalidad de procedimiento. Por todo lo razonado concluye alegando la infracción de los artículos 122 y 124 de la LJS y del artículo 1.2 de la Directiva 98/59 de 20 de julio de 1998.

El segundo motivo formulado al amparo del artículo 207 a) de la LJS realmente constituye una reiteración del primero pues nuevamente se insiste en que al superar el umbral del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores el único procedimiento a seguir es el del artículo 124.1 de la LJS.

Por último el tercer motivo, en el que se alega el quebrantamiento de las normas esenciales de procedimiento tiene por objeto alegar la vulneración del artículo 24 de la Constitución española.

Por razones de método procederemos a analizar el recurso siguiendo el orden de la sentencia en el tratamiento de las cuestiones planteadas por resultar más congruente con la naturaleza de las mismas.

**TERCERO.-** Es preciso recordar que la acción es ejercitada por la totalidad de la plantilla de BCM Gestión de Servicios, S.L. en cuanto adjudicataria del servicio de Apoyo Asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Sevilla según la contrata asignada por la Junta de Andalucía (Cñonsejería de Educación de la Junta de Andalucía).

Es un hecho no discutido que la empleadora dirigió el 23 de junio de 2017 comunicación a los trabajadores con contratos fijos discontinuos manifestando que ha finalizado su prestación de servicios por el período en



curso y que también se les dio de baja en la Seguridad Social, haciendo constar en los partes "inactividad fijo discontinuo".

Formulada la demanda en la que se solicita la declaración de nulidad del que se considera por los accionantes **despido** colectivo, la sentencia efectuó los siguientes pronunciamientos, reiterando el criterio mantenido por la misma Sala en anterior resolución frente a la misma demandada.

Respecto al contenido de la comunicación de 23 de junio de 2017 no considera acreditada la voluntad extintiva de la relación, sino la de la suspensión de la actividad dado el carácter de fijo discontinuo de los contratos a los que afecta.

La sentencia no descarta la observancia del procedimiento recogido por el artículo 124.1 de la LJS en los casos en que la empresa no se haya acogido a la fórmula del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores ni cuando el **despido** colectivo se produce de hecho, con ocultación. Sin embargo partiendo de que la suspensión de la relación laboral de un trabajador fijo discontinuo no puede asimilarse a un **despido** al no haberse extinguido la relación deberá descartarse el trámite regulado en el artículo 124 de la LJS y en segundo lugar se rechaza la competencia de la Sala para conocer de esa reclamación.

El orden seguido en la parte dispositiva al escalonar los pronunciamientos acerca de las tres excepciones formuladas por BCM Gestión de Servicios, S.L. no es indiferente pues en realidad se antepone el pronunciamiento acerca del ejercicio de la acción al que resuelve la competencia.

Efectivamente la Sala asumió de hecho la competencia acerca del análisis del cese invocado y como resultado llega a la conclusión de que no existe acción al no constar que los ceses se produjeran, y considera acreditada únicamente la suspensión.

Por esta razón deberá desestimarse el recurso en cuanto a ambos motivos.

La competencia existe en función de la acción que se ejercita y las acciones tienen atribuido un procedimiento en general o de manera específica.

Tal ocurre con el **despido** colectivo cuyo desenvolvimiento procesal viene establecido en el artículo 124 de la LJS.

Es el suplico de la demanda el que refiere la acción a ejercitar y si no existe discordancia con la realidad afectada, el litigio se habrá situado en el proceso del artículo 124 de la LJS y la competencia, en este caso, debería corresponder a la Sala que ha dictado la sentencia. Con carácter prejudicial ha sido necesario valorar la disfunción que se produce entre los hechos que la parte actora reseña en su demanda y la acción que el suplico pone de manifiesto.

La disfunción apreciada deja el suplico huérfano de soporte fáctico, pasando a primer plano una situación real, comunicación de una suspensión de la actividad que obliga a desplazar el petitum, carente de sentido ante unos hechos incapaces de albergar el objeto de la demanda. Perdida toda virtualidad del suplico la acción se muestra inexistente, y el proceso observado hasta la fecha ineficaz para seguir soportando lo que sería otra acción distinta, coherente con los hechos de la demanda.

Ausentes de la vida jurídica la acción, solo nominal, y el procedimiento, vacío de contenido, no existe modo de atraer a la Sala la competencia para conocer la demanda que fue presentada el 6-7-2017.

Pues rechazada la existencia del cese de la relación laboral huelga proseguir el debate de dicho cese en unas relaciones que, argumenta la parte actora, hubieran podido constituirse en fraude en el supuesto de no responder la modalidad de contratación, de fijos discontinuos, a la verdadera naturaleza de los servicios prestados.

En cuanto a la especialidad del procedimiento seguido, toda vez que no se discute la superación de los umbrales del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, en principio el trámite de **despido** colectivo resultaría correcto siempre que constara la extinción del contrato. Al no resultar acreditado y llevar la parte actora el debate a la controversia acerca de la verdadera naturaleza de los contratos y si éstos admiten o no una suspensión durante la etapa de inactividad, la conexión procesal desaparece la adecuación del procedimiento por falta del sustrato fáctico esencial, el **despido**.

De haberse producido la extinción y dado el número de afectados, la Sala habría sido competente y el procedimiento habría sido el adecuado. No constando la extinción de los contratos, dilucidar si éstos se corresponden con la categoría de fijos discontinuos y si existiendo fraude es dable tener por suspendida la actividad durante el verano y la consiguiente baja en la Seguridad Social como pretenden los recurrentes, ni es materia de **despido** colectivo, premisa inicial, ni corresponde al órgano colegiado conocer de la reclamación quedando ésta al margen de la tramitación prevista en el artículo 124.1 de la LJS.



Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : Desestimar el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Luis Ocaña Escolar, en nombre y representación de Dña. Joaquina y Dña. Juana contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de fecha 21 de Diciembre de 2017, en autos nº 16/2017.

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

Así se acuerda y firma.

Jesus Gullon Rodriguez Fernando Salinas

Maria Milagros Calvo Ibarlucea Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa María Virolés Piñol

Maria Lourdes Arastey Sahun Antonio V. Sempere Navarro

Angel Blasco Pellicer Sebastian Moralo Gallego

Maria Luz Garcia Paredes

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ