



Roj: **STSJ M 2501/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:2501**

Id Cendoj: **28079340062018100226**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/03/2018**

Nº de Recurso: **942/2017**

Nº de Resolución: **195/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34011520

NIG : 28.079.00.4-2017/0040308

Procedimiento Despidos colectivos 942/2017 Secc.6

Materia : Materias laborales colectivas

DEMANDANTE: CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO

DEMANDADOS: CONFEDERACIÓN SINDICAL COMISIONES OBRERAS CCOO, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES UGT, FASGA, SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES SOLIDARIDAD OBRERA, UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), COMITÉ DE EMPRESA KONECTA BTO S.L. y KONECTA BTO S.L.

Ilmos/as. Sres/as

D. ENRIQUE JUANES FRAGA

Dña. MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA

D. BENEDICTO CEA AYALA

En Madrid a cinco de marzo de dos mil dieciocho, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección Sexta de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

Ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A nº 195

En demanda sobre despido colectivo nº **942/2017**, formalizada por el Letrado, D. Fco. Saúl Talavera Carballo, en nombre y representación de **CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO** contra **CONFEDERACIÓN SINDICAL COMISIONES OBRERAS CCOO, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES UGT, FASGA, SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES SOLIDARIDAD OBRERA, UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), COMITÉ DE EMPRESA KONECTA BTO S.L. y KONECTA BTO S.L.**, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. ENRIQUE JUANES FRAGA**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4.9.17, tuvo entrada demanda formulada por el Letrado, D. FRANCISCO SAÚL TALAVERA CARBALLO, en nombre y representación de **CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO**, y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes señalando para el día 30 de enero de 2018, que se celebró con el resultado que consta en el acta y soporte de grabación incorporado a las actuaciones.

SEGUNDO.- El suplico de la demanda es del siguiente tenor literal:

"Que teniendo por presentada en tiempo y forma esta DEMANDA DE DESPIDO COLECTIVO con sus correspondientes copias, se admita y tras los trámites legales oportunos, cite en legal forma a la empresa KONECTA BTO, SL, al Comité de Empresa y a las centrales sindicales demandadas, a los actos de conciliación y en su caso juicio, dictándose sentencia por la cual se declare que las extinciones individuales de los contratos de obra o servicio determinado realizados por la mercantil demandada en el periodo temporal comprendido entre los meses de junio y julio del 2017, en virtud del artículo 17 del Convenio Colectivo de Contact Center sin el cumplimiento de los requisitos documentales y de información a la Representación Social de los Trabajadores son nulas de pleno derecho, al haber superado las mismas los umbrales del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores debiendo haber recurrido la parte demandada a los trámites previstos para el procedimiento de despido colectivo, al igual que todas aquellas extinciones disciplinarias reconocidas o declaradas improcedentes acaecidas en el periodo comprendido entre 1 de mayo y el 31 de julio del 2017".

TERCERO.- Celebrado el acto de juicio, con fecha 7-2-18 la Sala dictó providencia en los términos siguientes:

"A la vista del contenido del presente expediente, se requiere al sindicato CGT para que aporte en el plazo de tres días la nómina abonada a D^a. Valentina en los meses de junio y julio de 2.017 por la empresa "Konecta B.T.O., S.L."

CUARTO.- La parte actora presentó escrito el 13-2-18 cumplimentando lo requerido, y por providencia de 13-2-18 se dio traslado a las otras partes, sin que éstas formularan alegaciones.

QUINTO.- Tras la deliberación, la Sala dictó providencia de fecha 28-2-18, que fue notificada a las partes, con el siguiente contenido:

"Por haber declinado la ponente designada D^a. M^a. José Hernández Vitoria la redacción de la sentencia, anunciando la formulación de voto particular, se designan nuevo ponente a D. ENRIQUE JUANES FRAGA, de conformidad con el art. 206 de la LOPJ".

SEXTO.- Se han observado en la tramitación del proceso las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El 1 de mayo de 2.016 "SECURITAS DIRECT ESPAÑA, S.A.V." (en adelante SECURITAS) suscribió con "KONECTA B.T.O." (en adelante KONECTA) un Acuerdo marco para la prestación de servicios y entrega de bienes, en cuyo Anexo VI se estipulaba una "campaña servicio recuperación de llaves", la cual se describió como "Campaña de emisión para el envío de un llavero personalizado a clientes de Securitas Direct identificados como propensos o en riesgo de causar baja". El objeto del servicio se definía en los siguientes términos: "El proveedor recibirá mensualmente de SECURITAS DIRECT una previsión de volumen de clientes a contactar para que el PROVEEDOR pueda dimensionar el servicio. En cualquier caso dicha previsión se configura como una estimación y no tendrá carácter vinculante ni podrá utilizarse por el PROVEEDOR para la reclamación de derecho o cantidad alguna relacionado con la misma. Los argumentarios y las políticas a aplicar serán facilitados por SECURITAS DIRECT al PROVEEDOR del Servicio al inicio de la campaña o cuando se produzca un cambio en el servicio que justifique una modificación del argumentario. El envío se realizará por correo electrónico al responsable del servicio designado por el PROVEEDOR. SECURITAS DIRECT entregará antes del último día laborable del mes en curso, la base de datos al PROVEEDOR".

En la práctica esa actividad consistía en la emisión de llamadas y en potenciar el uso de servicios ya concertados, sin requerir la recepción de llamadas.

SEGUNDO.- A fin de ejecutar esa contrata KONECTA concertó diversos contratos de obra o servicio determinado de teleoperador - especialista, a tiempo completo o parcial.

Su objeto se definió en los siguientes términos: "prestación del servicio SECURITAS DIRECT consistente en la atención telefónica/telemática, así como la realización de encuestas, fidelización de clientes y venta telefónica y tareas de backoffice según las concretas condiciones acordadas entre SECURITAS DIRECT ESPAÑA S.A.U. y KONECTA BTO S.L. en mayo de 2016", teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la



actividad de la empresa, no pudiendo superar los 3 años ampliable a 12 meses por convenio colectivo. (Art. 15 del Estatuto de los trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995)."

En la cláusula adicional cuarta se estipuló: *"La duración del contrato será la misma que la de la obra o servicio contratado por el Cliente. No obstante, y dadas las especiales características del sector, el servicio estará sometido a los posibles cambios, ampliaciones o reducciones del equipo de trabajadores contratados para su ejecución. Se acuerda por tanto entre ambas partes, la extinción del presente contrato de trabajo por necesidades del desarrollo de la obra o servicio, aun cuando ésta se produzca antes de la total finalización de la misma, cuando resulte innecesario el número de trabajadores contratados para la prestación del servicio"* .

TERCERO.- Los citados trabajadores desempeñaban su actividad en el centro de trabajo de KONECTA sito en la localidad de Alcobendas, dentro del cual hay una plantilla de personal de más de 300 trabajadores.

CUARTO.- Tras comunicación de la empresa principal informando de la reducción del volumen de la contrata inicialmente prevista, con fecha 29 de junio de 2017 la empresa demandada remitió un correo electrónico a las secciones sindicales y al comité de empresa (doc. 8 de KONECTA, que se da por reproducido) informándoles de la reducción de personal que tendría efectos el 13 de julio de ese año como consecuencia de la disminución en el volumen de trabajo del servicio de SEGURITAS acordada por ésta y manifestando que, conforme al art. 17 del convenio aplicable, adjuntaba la relación de personal adscrito al mismo y el personal afectado por esa disminución, así como un gráfico representativo de los datos de registro y evolución de la actividad del servicio prestado para la empresa principal en 2017, el cual comprendía los datos inicialmente previstos antes para los meses de enero a julio de 2017 y las previsiones existentes en ese momento para el futuro de acuerdo con las indicaciones que le había facilitado la empresa principal.

QUINTO.- Los datos incorporados a dicha comunicación eran similares a los facilitados en anteriores ocasiones en que se había dado aplicación al art. 17 del convenio (por ejemplo, en noviembre de 2016) así como para el cálculo de incentivos, sin que hasta ese momento los destinatarios de aquélla hubieran puesto objeción o consideraran insuficientes la información facilitada con esos fines.

SEXTO.- El 13 de julio de 2017 se produjo la extinción de los contratos correspondientes a los once trabajadores que se van a reseñar, con la antigüedad y salario reconocidos en ese momento que igualmente se explicitan, expresamente admitidos por ambas partes litigantes:

Ruth

Brigida

Ruperto

Leticia

Virtudes

Debora

Pedro Miguel

Natividad

Valentina

Alicia

Cosme

24-5-16

24-5-16

24-5-16

16-6-16

16-6-16

16-6-16

16-6-16

16-6-16

28-11-16



28-11-16

29-11-16

850'4 €

795'39 €

920'7 €

1000'63 €

720'18 €

1158'93 €

1148'13 €

900'91 €

881,16 €

1881'12 €

877'52 €

SÉPTIMO.- Tras recibir nueva indicación de la empresa principal sobre reducción del volumen de la contrata inicialmente previsto, el 14 de julio de 2.017 KONECTA remitió nuevo correo electrónico a las secciones sindicales y al comité de empresa (doc. 9 de la empresa, que se da por reproducido) de contenido similar al indicado en el apartado 5 de este relato fáctico, refiriéndose en esta ocasión a las extinciones que se producirían el 31 de julio de 2017 conforme al art. 17 del convenio colectivo aplicable.

OCTAVO.- En los órganos de representación de personal destinatarios de las citadas comunicaciones de 29 de junio de 2017 y 14 de julio de 2.017 hay trabajadores que han desempeñado funciones de operador y están familiarizados con la información que aquéllas recogen.

NOVENO.- El 31 de julio de 2.017 se produjo la extinción de los treinta y seis contratos de los trabajadores que se van a reseñar, con la antigüedad y salario reconocidos en ese momento que igualmente se especifica, expresamente admitida por ambas partes litigantes:

Melchor

Montserrat

Jose Pedro

Andrea

Apolonio

Guadalupe

Eulogio

Tatiana

Coro

Manuel

Nicolasa

Amparo

Inés

María Virtudes

Felisa

6-5-16

6-5-16

6-5-16

6-5-16



24-5-16

6-5-16

6-5-16

24-5-16

24-5-16

24-5-16

24-5-16

6-5-16

6-5-16

6-5-16

6-5-16

1218'11 €

1173'86 €

1177'46 €

1173'86 €

2352'94 €

1889'77 €

2493'8 €

2470'32 €

1745'78 €

1641'14 €

1689'05 €

1917'74 €

1529'24 €

1919'86 €

902'7 €

DÉCIMO.- Ninguna de las extinciones de los 47 contratos temporales indicados fue impugnada individualmente por los trabajadores afectados.

UNDÉCIMO.- En fecha 18 de agosto de 2017 SECURITAS comunica a KONECTA una previsión aproximada de 4500 registros para realizar en septiembre de ese año.

DUODÉCIMO.- KONECTA procedió a la recontractación a tiempo completo o parcial de los trabajadores que vamos a indicar, produciéndose estas incorporaciones en las fechas que igualmente se especificarán. Estas contrataciones se hicieron progresivamente, tras indicar SECURITAS que en septiembre tendrían una campaña específica, de modo que el número de registros inicialmente previstos para ese mes se calculó llegaría hasta 20.000.

Las contrataciones de referencia fueron:

- Doña Valentina : 5.9.17

- Doña Alicia : 5.9.17

- D. Melchor : 4.9.17

- Doña Montserrat : 28.8.17

- Doña Andrea : 4.9.17

- D. Apolonio : 1.9.17



- Doña Guadalupe : 4.9.17
- D. Eulogio : 4.9.17
- Doña Coro : 11.9.17
- D. Manuel : 28.8.17
- Doña Nicolasa : 28.8.17
- Doña Amparo : 11.9.17
- Doña Inés : 11.9.17
- Doña Felisa : 11.9.17
- Doña Dulce : 4.9.17
- Doña Filomena : 1.9.17
- D. Ignacio : 11.9.17
- Doña Delia : 1.9.17
- Doña Laura : 31.8.17
- Doña Ascension : 28.8.17
- Doña Custodia : 28.8.17
- Doña Esperanza : 1.9.17
- Doña Frida : 1.9.17
- Doña Adela : 28.8.17
- D. Carmelo : 4.9.17

DECIMOTERCERO.- El volumen de registros prestado por KONECTA a SECURITAS en el año 2.017 y la participación que en él tuvieron los trabajadores contratados con ese fin (documento nº. 18 de KONECTA, que se da por reproducido) fue el siguiente:

Enero: 17.491.

Febrero: 24. 998.

Marzo. 18.174

Abril: 19.395

Mayo: 34.144.

Junio: 37.775.

Julio: 16.777

Agosto: 6.685

Septiembre: 13.899

Octubre: 21.586

Noviembre: 17.504

Diciembre: 28.164.

DECIMOCUARTO.- Entre 1 de mayo y 31 de julio de 2017 la empresa acordó el despido disciplinario de 16 trabajadores, cuya relación y fecha de extinción consta en el documento 20 de KONECTA, que se da por reproducido. De los afectados solo uno pertenecía al centro de trabajo de Alcobendas.

DECIMOQUINTO.- De los citados despidos disciplinarios solo fueron impugnados cuatro, sin que hasta la fecha haya existido acuerdo de conciliación entre las partes ni resolución judicial que haya declarado la falta de conformidad a Derecho de esas extinciones contractuales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En la demanda de despido colectivo que ha dado origen al presente proceso, presentada el 29-8-17, dirigida contra la empresa KONECTA y contra CCOO, UGT, USO, SOLIDARIDAD OBRERA y el Comité de empresa,



el sindicato CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO solicita que se declare que *"las extinciones individuales de los contratos de obra o servicio determinado realizados por la mercantil demandada en el periodo temporal comprendido entre los meses de junio y julio del 2017, en virtud del artículo 17 del Convenio Colectivo de Contact Center sin el cumplimiento de los requisitos documentales y de información a la Representación Social de los Trabajadores son nulas de pleno derecho, al haber superado las mismas los umbrales del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores debiendo haber recurrido la parte demandada a los trámites previstos para el procedimiento de despido colectivo, al igual que todas aquellas extinciones disciplinarias reconocidas o declaradas improcedentes acaecidas en el periodo comprendido entre 1 de mayo y el 31 de julio de 2017"* .

Es pacífico que tales extinciones fueron decididas por la empresa en dos grupos o bloques: con efectos de 13-7-17 respecto a 11 trabajadores; y con efectos de 31-7-17 para otros 36 trabajadores.

La posición de los demandados al contestar la demanda fue la siguiente: los sindicatos que comparecieron y el comité de empresa codemandados se adhirieron a la demanda. KONECTA invocó la excepción de incompetencia objetiva, falta de legitimación activa del sindicato demandante, falta de legitimación pasiva de los sindicatos codemandados, falta de acción y caducidad de la acción; en cuanto al fondo de la pretensión de demanda se opuso, basándose en la validez de las extinciones de contratos temporales, tanto por cumplimiento de los requisitos formales como sustantivos.

En fase de conclusiones "Solidaridad Obrera" cuestionó la validez de la prueba testifical practicada por la empresa demandada, por considerar que sus manifestaciones tenían que haberse realizado mediante prueba de interrogatorio.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la falta de competencia objetiva de este Tribunal Superior de Justicia para conocer de la demanda, que es la excepción que debe ser resuelta con carácter preferente, la empresa demandada argumentó, en síntesis, que no se había producido un despido colectivo del que debiera conocer esta Sala, ya que no existían ni despidos por causas objetivas ni tampoco otras extinciones asimilables, pues los trabajadores no habían impugnado las extinciones de contratos temporales, y respecto a los 16 despidos alegados, solo cuatro habían sido impugnados estando pendientes de resolución y de ellos solo uno pertenecía al centro de los demandantes, por lo que no había ni conciliaciones ni sentencias que declarasen la improcedencia de los despidos; y citó en apoyo de su tesis las sentencias del Tribunal Supremo de 22-12-16 (rec. 10/16) y de 26-9-17 (rec. 62/17). En relación con lo anterior formuló la excepción de falta de acción por no existir un despido colectivo y añadió que las extinciones de los contratos temporales de obra o servicio se habían ajustado en todo a lo dispuesto en el art. 17 del convenio colectivo de Contact Center, citando en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 16-3-05 rec. 118/03 .

La parte actora al oponerse a la excepción insistió en la tesis de su demanda, aduciendo que la empresa había llevado a cabo un número de extinciones superior al umbral de 30, por lo que se trata a su juicio de un despido colectivo, invocando la sentencia de la sección 1ª de esta Sala de 7-4-17 dictada en el recurso de suplicación 104/17 respecto a la misma empresa, así como la del Tribunal Supremo de 22-12-11 rec. 357/11 sobre el art. 17 del convenio colectivo de Telemarketing, con diferente criterio a la citada por la empresa de fecha 16-3-05.

TERCERO.- A tenor del art. 7.a) de la LRJS , la sala de lo Social del TSJ es el órgano judicial competente para conocer de los procesos de despido colectivo instados por los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en los apartados 1 a 10 del art. 124 de la LRJS , cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma. Es obvio que la mera denominación de la acción que utilice el demandante no vincula al Tribunal, pues la competencia objetiva es cuestión procesal de orden público que ha de apreciarse incluso de oficio (art. 5 de la LRJS). Lo que se debate en este caso es si realmente ha existido un despido colectivo que justifique la utilización del proceso del art. 124 de la LRJS y que consecuentemente determine asimismo la competencia de esta Sala. El art. 124 citado articula el proceso adecuado para la impugnación de una decisión empresarial de despido colectivo, concepto para cuya delimitación es preciso acudir a la legislación sustantiva, en concreto el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998.

La jurisprudencia ya se ha ocupado de los problemas que plantea el concepto de despido colectivo teniendo presente la coordinación de la norma nacional con la comunitaria. Así en la sentencia del TS de 8-7-12 rec. 2341/11 (en el mismo sentido otras como la de 3-7-12, también sobre la extinción masiva de contratos de obra o servicio en la empresa pública SEAGA) se rechaza ante todo una interpretación estricta según la cual para que pueda existir un despido colectivo siempre tendría que haber despidos individuales basados en causas objetivas económicas, técnicas, productivas u organizativas. La sentencia aprecia posibles diferencias entre la regulación nacional y la comunitaria, que deben ser superadas conforme a la primacía de esta última:

"(...) Ciertamente que la regulación estatal y la comunitaria parecen que divergen en el elemento causal -tras coincidir ambas en la exclusión de las extinciones atribuibles a los contratos temporales-, pues para la Directiva



en el cómputo del posible despido colectivo se incluyen todas las extinciones contractuales «siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa/temporal» y «engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento» [SSTJCE 2004/376, de 12/Octubre, asunto Comisión/Portugal, apartados 43 y 50; 2009/381, de 10/Diciembre, caso Rodríguez Mayor y otros, apartado 35], a excepción de los motivados por causas «inherentes a la persona»; en tanto que para el ET solamente se incluyen los ceses con ciertas causas [económicas, productivas u organizativas]. (...) Pero frente a estas diferencias han de hacerse tres observaciones: a) que aun a pesar de la dicción literal del art. 51 ET, que parece limitar los despidos colectivos a los basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la primacía del Derecho comunitario influye en la interpretación de la normativa nacional [sin llegar a forzarla: SSTJCE 16/12/93, Asunto 334/92; 14/07/94, Asunto C- 91/92; y 04/07/06, Asunto C- 212/04. Y STS 24/06/09 -rcud 1542/08 -], puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado» - actual art. 249- [SSTJCE 13/11/90, asunto Marleasing, apartado 8... 11/09/07, asunto Hendrix; 24/06/08, Asunto Commune Mesquer; y 25/07/08, asunto Janecek...] (STS 27/09/11 -rcud 4146/10 -); b) que -como adelantamos poco más arriba- «En virtud del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva [98/59], a efectos de la aplicación de ésta, se entenderá por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa/temporal», resultando indebida aplicación de las obligaciones comunitarias limitar «el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural» y no ampliar «el citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores» (STJCE 2004/376, de 12/Octubre, asunto Comisión/Portugal);...

No resulta, pues, necesario, que existan despidos formalmente efectuados por la empresa con base en causas objetivas del art. 51.1 del ET, bastando que las extinciones hayan sido debidas a causas no inherentes al trabajador. Pero sí es preciso que no se trate de extinción de contratos temporales, con la salvedad de que esos contratos aparentemente temporales sean fraudulentos - y en realidad, por ello, indefinidos - o no concorra la causa de extinción propia de dichos contratos temporales. Así lo expresa la citada sentencia:

"(...) 5.- Pese a que parece resultar obvia la consideración, en todo caso ha de destacarse la inaplicabilidad en el referido cómputo - para el caso de autos- de la excepción establecida para los contratos temporales contratados para obra o servicio cumplidos o finalizados a término [arts. 51.1 ET y 1.5 Directiva 98/59], pues está claro que entre ellos no pueden comprenderse los que tan sólo ostenten esa temporalidad con carácter formal -en el contrato- y que por fraudulentos han de considerarse determinantes de relación laboral indefinida. Como tampoco lo estarían -comprendidos en la excepción- aquellos en los que la finalización de la obra o servicio no estuviese acreditada y únicamente fuese formal justificación del cese".

Con arreglo a tales premisas, y siguiendo a la repetida sentencia, se requieren tres elementos para que exista un despido colectivo:

"(...) SEXTO.- 1.- Entrando ya en el examen del caso concreto de que tratamos, los presupuestos de nuestra resolución -favorable al recurso- son tres: a) la naturaleza indefinida del vínculo laboral existente entre las partes; b) la existencia de un sustrato económico/productivo/organizativo en las decisiones extintivas; y c) la concurrencia de extinciones contractuales en número superior al determinante del despido colectivo."

CUARTO.- Con base en lo expuesto, hay que observar que en el plano sustantivo o material, en el concepto de despido colectivo han de incluirse no solo las extinciones efectuadas por la empresa con invocación de las causas del art. 51.1 y 52.c) del ET sino también otras extinciones contractuales llevadas a cabo en el período de referencia, con superación del umbral legal, por causas no inherentes a la persona del trabajador, entre las cuales se incluyen las extinciones de contratos temporales cuando esos contratos debían considerarse como indefinidos o cuando no concurría la causa legal de extinción del contrato temporal invocada por la empresa.

En el plano procesal hay que tener en cuenta que la impugnación del despido colectivo como tal se realiza, en principio, por el cauce del art. 124 de la LRJS, pero los despidos individuales, que han sido realizados bajo la forma de extinciones de contratos temporales, a su vez pueden ser impugnados por el proceso individual o plural de despido, en el cual puede llegarse a la conclusión de que en realidad se ha producido un despido colectivo y por ello los despidos individuales impugnados se han de calificar como nulos por no haberse respetado el procedimiento del art. 51.7 del ET, conforme a lo dispuesto en el art. 124.13.a) 3ª LRJS. Tal es el supuesto de las sentencias citadas del TS de 8-7-12 y 3-7-12, así como en la de fecha 10-5-17 rec. 1623/16 (también rec. 1246/16 y 1247/16), todas ellas referidas a procesos individuales de despido.

Asimismo es preciso señalar que la jurisprudencia ha abordado la cuestión relativa a la utilización del proceso del art. 124 de la LRJS en dos supuestos dudosos: cuando la empresa ha efectuado el procedimiento del art.



51.7 del ET para una mayor garantía de los trabajadores aun no concurriendo los presupuestos de un despido colectivo, y al contrario, cuando la empresa efectúa extinciones computables superiores a los umbrales pero no ha llevado a cabo la tramitación del procedimiento del art. 51.7 del ET . El primer caso se ha resuelto en sentencia del TS de 10-10-17 rec. 86/17 relativa a un cierre de centro de trabajo con un número de despidos por causas objetivas que no llegaba a los umbrales legales, habiendo decidido el TS que no existió un verdadero despido colectivo, por lo que, a pesar de que la empresa siguió el procedimiento del art. 51.7 del ET , no se debió acudir al proceso del art. 124 LRJS y por tanto no era competente el TSJ.

Mayor interés para el litigio actual tiene el segundo supuesto, que es el denominado despido colectivo de hecho. A esta figura se refieren las sentencias del TS de 25-11-13 rec. 52/13 y 18-11-14 rec.65/14 . En ellas se admite la idoneidad del proceso colectivo del art. 124 de la LRJS incluso cuando el empresario ha llevado a cabo un número de extinciones computables, por causas no inherentes al trabajador, ocultando el carácter colectivo del despido, es decir, sin haber tramitado el procedimiento del art. 51.7 del ET . Pero en ambos casos el TS está partiendo de la premisa de que las extinciones contractuales eran con toda certeza computables, sin que en esos procesos de despido colectivo se hubiera tenido que dilucidar este extremo. En el caso de la sentencia de 25-11-13 se trataba de despidos por causas objetivas y despidos con reconocimiento de su improcedencia, y también se refiere como ejemplo válido de despido colectivo de hecho al cierre de la empresa o centro; en el de la sentencia de 18-11-14 las extinciones eran despidos reconocidos ya como improcedentes.

QUINTO.- En el actual litigio no existe, en cambio, una previa certeza de que las extinciones alegadas sean computables y por tanto, en su conjunto, configuren un despido colectivo de hecho. Aduce la demandante que se trata de extinciones ilícitas por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 17 del convenio colectivo de telemarketing o porque este precepto sea en sí mismo contrario al ET o a la jurisprudencia que niega que la reducción de la contrata sea una causa válida para la extinción de los contratos de obra o servicio determinado. La cuestión a resolver es, pues, si es factible acudir en tales condiciones al proceso de despido colectivo, averiguando en este marco procesal si las extinciones individuales eran lícitas o no. Y hay que coincidir con la empresa demandada en que ello ha sido negado por las sentencias del Tribunal Supremo que citó en su contestación a la demanda, de 22-12-16 (rec. 10/16) del Pleno de la Sala, y de 26-9-17 (rec. 62/17).

En la sentencia del TS de 22-12-16 , como en nuestro caso, se trata de una demanda de despido colectivo que se sustenta en el hecho de la extinción de numerosos contratos de obra o servicio determinado superando los umbrales, alegando la parte actora que los contratos eran fraudulentos (en el presente proceso se alega que la causa de extinción no concurre). La sentencia llega a la conclusión de que la competencia recae sobre los Juzgados de lo Social en procesos individuales y no sobre el TSJ en proceso colectivo, declarando lo siguiente:

"(...) Nuestra norma legal es así coherente con la armonización legislativa a la que están obligados los Estados Miembros de la Unión Europea por la Directiva 98/59, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, cuyo art. 1.2 a) excluye del cómputo «a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos».

Por ello, 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.

Ello pone de relieve 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.

(...) la propia parte recurrente señala que los contratos se habían suscrito para obra o servicio determinado; que lo que se pretende es que se declare que los contratos 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; y, finalmente, que la comunicación de los ceses de los trabajadores indicaba que obedecía a "finalización de contrato".

(...)Conviene añadir a lo dicho que la superación de dichos umbrales haría necesario delimitar su efecto respecto de los despidos individualizados en que, en su caso, se hubieran visto inmersos cada uno de los trabajadores a los que la empresa comunicó la terminación del contrato.



2. Ello nos llevaría a tener que resolver la cuestión de cómo se debe computar el periodo de noventa días que establece el art. 51.1 ET en este caso concreto, partiendo de la doctrina que dejamos plasmada en nuestra STS/4ª de 23 abril 2012 (rcud. 2724/2011), en la que sostuvimos que: «...el día del despido va a ser el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial ("dies a quo") para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes», considerando así que la norma española mejora los límites de la Directiva 98/59. Señalábamos que el despido colectivo no existe hasta que el número de extinciones supere los límites del cálculo matemático del precepto. Tal doctrina ha sido reiterada en la STS/4ª de 9 abril 2014 (rcud. 2022/2013).

3. Es ésta una razón que abunda en la necesidad de análisis pormenorizado de cada una de las extinciones individuales efectuadas por la empresa, sobre las cuales, en su caso, cabría aplicar la sanción de nulidad por superación de aquellos límites definidores del despido colectivo.

(...) 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 -); mas 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."

En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia ya citada del TS de 26-9-17, reiterando la anteriormente citada del Pleno:

"(...) 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: (...) 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."

SEXTO.- Tal doctrina resulta de aplicación al supuesto litigioso actual. Para poder acudir al proceso de despido colectivo no basta simplemente con un número de extinciones contractuales superior a los umbrales legales. Tienen que concurrir los presupuestos del despido colectivo - (a) la naturaleza indefinida del vínculo laboral existente entre las partes; b) la existencia de un sustrato económico/productivo/organizativo en las decisiones extintivas; y c) la concurrencia de extinciones contractuales en número superior al determinante del despido colectivo - siendo necesario que tales presupuestos consten previamente, pues no cabe indagar en un proceso de despido colectivo si realmente existió un despido colectivo. De no tenerse tal certidumbre, la vía adecuada es la de los procesos individuales de despido, en los cuales sí podrá dilucidarse si los contratos temporales eran o no fraudulentos o si concurría o no la causa de extinción.

En efecto, así sucede en el caso examinado, pues la empresa ha llevado a cabo extinciones de contratos de obra o servicio determinado amparándose en lo dispuesto en el art. 17 del convenio colectivo de Contact Center (BOE 27-7-12) que es del siguiente tenor literal:



""Extinción del contrato por obra o servicio por disminución del volumen de la campaña contratada.

Podrá extinguirse el contrato de obra o servicio determinado en aquellos supuestos en que por disminución real del volumen de la obra o servicio contratado, resulte innecesario el número de trabajadores contratados para la ejecución, en cuyo caso se podrá reducir el número de trabajadores contratados para la ejecución de la obra o servicio, proporcional a la disminución del volumen de la obra o servicio.

Esta nueva dimensión de la plantilla, basada en las causas anteriores, debe responder, en todo caso, a criterios reales, y, en base a los mismos, la adopción de tales medidas habrá de servir para que las extinciones que se hayan de producir permitan el mantenimiento y continuidad de dicho servicio por parte de la empresa de Contact Center.

A efectos de la determinación de los trabajadores afectados por esta situación se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La antigüedad en la empresa, formalizando la relación de afectados de menor a mayor antigüedad en la misma.
- b) En el caso de igualdad en la antigüedad en la empresa, se tendrá en cuenta la experiencia en la campaña o servicio, entendiéndose como tal el tiempo de prestación de servicios efectivos en la misma. De persistir la igualdad, se atenderá a las cargas familiares.
- c) Los representantes legales de los trabajadores tendrán preferencia para conservar, en cualquier caso, el puesto de trabajo.

Dicha disminución deberá acreditarse fehacientemente a la representación legal de los trabajadores, previamente a la extinción de los contratos, para que los mismos puedan expresar su opinión.

Para el ejercicio de las facultades de este artículo, será requisito imprescindible que la información sobre el contrato mercantil que generó la campaña o servicio de que se trate, y con el contenido que establece el artículo 14 de este Convenio, se encuentre en poder de los representantes de los trabajadores.

La documentación, que habrá de entregarse con una antelación de siete días respecto a la fecha prevista para la extinción, deberá estar adecuada al hecho concreto que fundamente la adopción de la medida, y que permita el necesario contraste para su evaluación, apoyada, en cualquier caso, en datos objetivos, y sin perjuicio de que, dentro del plazo anteriormente señalado, la representación de los trabajadores pudiera solicitar, justificadamente, otros documentos o datos que considere necesarios para complementar la documentación entregada.

En cualquier caso, y con independencia de aquella otra que se aporte, serán documentos que obligatoriamente se deben presentar los siguientes:

- a) Histórico de producción de la obra o servicio en el que consten los períodos de comparación, con un mínimo de los tres últimos meses para campañas o servicios de seis o menos de seis meses de implantación; y entre seis y 12 últimos meses para campañas o servicios con implantación superior a seis meses.

Este histórico de producción debe incluir el número de llamadas entrantes, atendidas y no atendidas, por días de la semana, semanas y meses. Números de operadores por periodos y turnos. Media de llamadas atendidas por operador y día. Tiempo medio de atención de llamada atendida.

- b) Relación de los trabajadores a los que vaya a extinguirse el contrato, con los datos correspondientes a los criterios de selección.

La extinción del contrato se comunicará al trabajador por escrito y con la antelación que se establece en el cuadro siguiente, sin perjuicio de que el empresario pueda sustituir este preaviso con una indemnización equivalente a los de los días del mismo omitidos, calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio, todo ello sin perjuicio de la notificación escrita de cese. En este caso la indemnización deberá incluirse en el recibo de salarios con la liquidación correspondiente a la extinción:

Número de días trabajados

Hasta 90 días

De 91 a 150 días

De 151 a 250 días

De 251 días en adelante

Días de preaviso

3 días



6 días

12 días

15 días

Los días de preaviso no podrán coincidir con el disfrute de vacaciones y tampoco podrán sustituir a este.

Los trabajadores afectados por esta situación, y al momento de la extinción del contrato, tendrán derecho a la indemnización establecida en cada momento por la legislación vigente.

El trabajador que vea extinguido su contrato por las causas que en este artículo se señalan, tendrá derecho a reincorporarse a la misma campaña o servicio a la que han estado adscritos, mientras dure la misma, y siempre que, en su evolución posterior, necesitara aumentarse el número de trabajadores. A estos efectos, el orden de preferencia para la incorporación será el inverso al seguido para la extinción.

En el supuesto de que el trabajador esté a la espera de reincorporarse a la campaña o servicio, y sea requerido para trabajar en otra campaña o servicio, no perderá su derecho de reincorporación a aquella, y, caso de ver extinguido su contrato en la nueva campaña o servicio por las causas de este artículo, podrá optar por la incorporación en una sola de ellas.

Siempre que existan trabajadores con derecho a incorporarse a una campaña o servicio, no podrán realizarse contratos eventuales para circunstancias de la producción para la campaña o servicio.

La empresa informará a la representación legal de los trabajadores de las reincorporaciones que se vayan efectuando; dichos representantes, y a instancias de cualquier trabajador que pueda considerar lesionados sus derechos, requerirán de la empresa la información necesaria.

El incumplimiento por parte de la empresa de reincorporar a los trabajadores cuyos contratos fueron extinguidos por estas causas, obligará a la empresa a indemnizar al trabajador con una cantidad equivalente a la prevista en la disposición transitoria 5.ª del RD Ley 3/2012, para aquellos trabajadores cuyo contrato de trabajo fuera anterior al 12 de febrero de 2012, o con una cantidad equivalente a 33 días de salario por año y proporcional al tiempo trabajado efectivo, computado desde la fecha de inicio en que se incorporó a la campaña o servicio, para todos aquellos trabajadores cuyo relación laboral se iniciara a partir del 12 de febrero de 2012".

Según la postura de la parte demandante, en el presente proceso colectivo habría que dilucidar si se han cumplido los requisitos de este precepto, si la información facilitada ha sido suficiente en los dos bloques en que la empresa ha llevado a cabo las extinciones, si el número de trabajadores cuyo contrato se extingue es el correcto o tal vez ha sido excesivo, en qué medida lo habría sido, o incluso si el art. 17 del convenio colectivo es o no ajustado a derecho y si puede o no ser utilizado por la empresa en sus propios términos, es decir, extinguiendo contratos de obra o servicio por la disminución del volumen de la campaña contratada. Respecto a esta última cuestión solamente cabe ahora apuntar ahora que ha sido resuelta en sentido afirmativo por la sentencia del TS de 16-3-05 rec. 118/03, dictada en proceso de impugnación de convenio colectivo, la cual afirmó la legalidad de dicho precepto rechazando la tesis de los impugnantes que mantenían, en síntesis, su contradicción con lo dispuesto en los arts. 51 y 52 del ET. Esa sentencia ha sido corroborada por el propio TS en la de fecha 13-7-17 rec. 25/17, dictada en un supuesto de despido colectivo, que rechaza que se computen las extinciones de contratos temporales efectuadas al amparo de dicho precepto, y recuerda que la jurisprudencia sobre reducción de la contrata tiene en cuenta que puede haber especialidades por convenio colectivo. No obstante, es cierto que entre una y otra se intercala la sentencia del TS de 22-12-11 rec. 357/11 que parece seguir criterio contrario.

Incluso se puede añadir, siguiendo lo expuesto por la sentencia del TS de 22-12-16 (rec. 10/16) del Pleno de la Sala, que habría que dilucidar también si se han superado los umbrales, pues si se tiene en cuenta que ha habido dos bloques de extinciones, y que el despido colectivo solamente surge cuando se supera el umbral, los 11 del primer bloque no llegan al umbral de 30, con lo que de estimarse la demanda nos encontraríamos ante una declaración imposible en un despido colectivo, como es la de que parte de los despidos son ajustados a derecho y otra parte no, ya que en el segundo bloque fueron 36 las extinciones con las que sí se supera el umbral.

Pues bien, todas estas cuestiones no tienen cabida en un proceso de despido colectivo. Y no cabe sortear el obstáculo de que no existen extinciones decididas por la empresa por causas objetivas del art. 51.1 ET afirmando que las decisiones de poner fin a unos contratos de obra o servicio se encuadran materialmente en dichas causas y que por tanto son computables y ello permite la utilización del proceso de despido colectivo. De esta forma se estaría obviando que al tratarse de extinciones de contratos temporales, la cuestión prioritaria a resolver es si tales decisiones extintivas son lícitas o no.



SÉPTIMO.- La conclusión es que debe apreciarse la excepción de falta de competencia objetiva de este Tribunal Superior de Justicia, pronunciando que obsta al examen del resto de excepciones formuladas así como de las cuestiones de fondo.

Recapitulando lo expuesto, para el despido colectivo no basta con la existencia de un número de extinciones contractuales superior a los umbrales. Aquellas tienen que afectar a trabajadores fijos, o temporales respecto de los que ya conste que el contrato era fraudulento o su extinción irregular. Por el contrario, nos encontramos ante extinciones de contratos temporales de obra o servicio y no es competente el TSJ porque no es posible entrar a dilucidar en el proceso colectivo si las extinciones de los contratos temporales fueron irregulares. No es un "despido colectivo de hecho", porque en esa figura se parte de la certeza previa de que la empresa ha despedido por causas objetivas o se trata de otras extinciones cuyo carácter computable está previamente definido. En nuestro caso, ni hay despidos efectuados patentemente por causas del art. 51.1 ET, ni hay extinciones que puedan considerarse computables sin duda alguna, ya que no lo son las de contratos temporales de obra o servicio efectuadas por la empresa con invocación de lo previsto en el propio contrato y en el convenio colectivo, sin que hayan sido impugnadas ni por tanto declaradas ilícitas, ni tampoco lo es el único despido ocurrido en el centro de trabajo cuya impugnación está pendiente de respuesta judicial.

La vía adecuada sería, por tanto, la de los procesos individuales (que nadie ha seguido, habiéndose producido incluso la recolocación de 25 trabajadores) en donde se podría entrar a conocer de los indicados extremos.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución,

FALLAMOS: En la demanda presentada por " **CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO**" contra **CONFEDERACIÓN SINDICAL COMISIONES OBRERAS CCOO, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES UGT, FASGA, SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES SOLIDARIDAD OBRERA, UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), COMITÉ DE EMPRESA KONECTA BTO S.L. y KONECTA BTO S.L.**, estimamos la excepción de falta de competencia objetiva de esta Sala, declarando que son competentes los Juzgados de lo Social por el cauce del proceso individual de despido.

Notifíquese la presente resolución a las partes y una vez firme la sentencia, se notificará a los trabajadores que pudieran ser afectados por el despido colectivo que hubiesen puesto en conocimiento de este Tribunal un domicilio a efectos de notificaciones. Asimismo se notificará para su conocimiento a la autoridad laboral, la entidad gestora de la prestación por desempleo y la Administración de la Seguridad social.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación a los autos de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular que formula la Ilma. Sra. Dña. MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA al amparo del art. 260.1 LOPJ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda que ha dado origen al presente proceso el sindicato "CGT" pidió a la Sala declarase que *"las extinciones individuales de los contratos de obra o servicio determinado realizados por la mercantil demandada en el periodo temporal comprendido entre los meses de junio y julio del 2017, en virtud del artículo 17 del Convenio Colectivo de Contact Center sin el cumplimiento de los requisitos documentales y de información a la Representación Social de los Trabajadores son nulas de pleno derecho, al haber superado las mismas los umbrales del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores debiendo haber recurrido la parte demandada a los trámites previstos para el procedimiento de despido colectivo, al igual que todas aquellas extinciones disciplinarias reconocidas o declaradas improcedentes acaecidas en el periodo comprendido entre 1 de mayo y el 31 de julio de 2017"*.

La posición del resto de litigantes al contestar la demanda fue la siguiente: los sindicatos y el comité de empresa codemandados se adhirieron a la demanda. La empresa "Konecta" se opuso, basándose en un presupuesto básico: no había existido despido colectivo, ya que no podían computarse a estos efectos ninguna de las extinciones contractuales a las que se refería la demanda, dado que, al no haber sido previamente impugnadas en vía judicial y tampoco poder examinarse en este litigio la regularidad de esos ceses, tales extinciones no eran computables en orden a la aplicación del art. 51.1 ET; correlativamente, no existiendo despido colectivo, debían acogerse las excepciones de incompetencia objetiva de la Sala para enjuiciar la pretensión de demanda, inadecuación de procedimiento, falta de legitimación activa del sindicato demandante y falta de acción; por razones distintas a las anteriores se pidió también acoger las excepciones de falta de legitimación pasiva de los sindicatos codemandados y caducidad de la acción; en cuanto al fondo de la pretensión de demanda se opuso, basándose en la validez de las extinciones de los contratos temporales citados en demanda, tanto por cumplimiento de los requisitos formales como sustantivos.



En fase de conclusiones "Solidaridad Obrera" cuestionó la validez de la prueba testifical practicada por la empresa demandada, por considerar que sus manifestaciones tenían que haberse realizado mediante prueba de interrogatorio.

La Sección del Tribunal al que pertenezco sostiene mayoritariamente que no existe competencia objetiva de la Sala para enjuiciar la pretensión de demanda, por no estar ante un verdadero despido colectivo, conforme a los argumentos de "Konecta". Por mi parte discrepo respetuosamente de esa decisión y, con el fin de defender la postura que entiendo resulta adecuada a Derecho, el orden para abordar el planteamiento de las cuestiones jurídicas sostenidas por las partes procesales será el siguiente: 1) hechos de los que partir y validez de la prueba testifical que ha servido parcialmente de base para su determinación, 2) presupuestos procesales para encauzar una pretensión por la modalidad del despido colectivo, 3) decisión sobre la concurrencia de esos presupuestos en el presente caso, 4) resolución sobre las excepciones vinculadas a la decisión anterior (inadecuación de procedimiento, incompetencia objetiva de la Sala, falta de legitimación activa del sindicato demandante y falta de acción), 5) resolución sobre el resto de excepciones invocadas por "Konecta", 6) presupuestos para determinar la concurrencia de los requisitos sustantivos establecido en el art. 51.1 ET para el despido colectivo, 7) calificación del despido colectivo en caso de incumplimiento por parte del empresario de los trámites procedimentales establecidos en el citado precepto estatutario; 8) consecuencias legales derivadas de todo lo anterior en el litigio presente.

SEGUNDO. - Hechos de los que partir y validez de la prueba testifical que ha servido parcialmente de base para la confección de los mismos .

Toda la prueba documental de la empresa fue reconocida por el sindicato actor. En cuanto a la valoración procesal que debe darse a la declaración prestada por los testigos de "Konecta" (Sra. Adelina y Sra. Adelaida), sólo el sindicato "Solidaridad Obrera" cuestionó ese valor testifical y lo hizo sobre la base de que una de las declarantes (Sra. Adelina) dispone de poderes para representar a la empresa.

Para descartar que dicha circunstancia permita invalidar la naturaleza testifical de esa prueba basta decir que la existencia de dichos poderes de representación se constató en el momento de la declaración en juicio de la Sra. Adelina , pese a lo cual ninguna observación ni protesta se formuló en ese momento. Adicionalmente, la declaración de dicho testigo se realizó como directa conocedora e interviniente de los hechos y con el fin de ratificar la documentación por ella elaborada en su calidad de trabajadora de la empresa. Por lo demás, aún en el supuesto de existir algún óbice procesal a esa declaración, en nada afectaría a la de la otra testigo.

En consecuencia, las pruebas documental y testifical dan base al relato fáctico sin que este voto discrepe del fijado por el criterio mayoritario de la Sala, añadiéndole tan solo que el centro al que están adscritos los trabajadores a los que se refiere la demanda cuenta con más de 300 trabajadores.

TERCERO . - Presupuestos procesales para encauzar una pretensión por la modalidad del despido colectivo.

Tal como resulta de la puesta en relación de los arts. 51.1 ET y 124. 1 LRJS , los presupuestos procesales para encauzar una pretensión por la modalidad de despido colectivo son 3: extinción del contrato de trabajo acordada por iniciativa del empresario, causa de extinción prevista en aquella norma estatutaria y número de trabajadores afectados que alcance los umbrales señalados en el mismo precepto. Se cuestiona en este caso la concurrencia del segundo y tercero de esos requisitos y se hace sobre la siguiente base: no existe causa del art. 51.1 ET sino que las extinciones obedecen a lo previsto en el art. 17 del convenio que rige la relación laboral entre las partes procesales; tampoco se alcanza el número de despedidos exigidos legalmente, pues a estos efectos solo pueden tomarse en cuenta los contratos indefinidos finalizados por la causa del art. 51 ET y las de los contratos temporales cuando no tienen esta naturaleza o cuando, teniéndola realmente, se han extinguido indebidamente por motivos no inherentes a la persona del trabajador, con la particularidad de que estos dos últimos extremos no pueden ser examinados en el marco del proceso de despido colectivo sino que solo puede hacerse en el correspondiente proceso de impugnación individual de despido objetivo, de tal manera que, únicamente en caso de existir un pronunciamiento judicial previo que hubiera declarado alguna de dichas irregularidades y la consiguiente transformación del contrato temporal en indefinido, es cuando podría computarse ese despido en el posterior proceso de despido colectivo. En suma, no pueden invocarse a efectos de determinar la adecuación del trámite procedimental del despido colectivo las extinciones contractuales sobre las que no hay certeza en cuanto a su causa o número de trabajadores afectados.

Siendo certeras estas apreciaciones, según resulta de la jurisprudencia (por todas, STS 22-12-16, recurso 10/16), la diferencia sustancial de este voto con la opinión mayoritaria de la Sección radica en que en el caso de autos sí hay certeza tanto en que concurre la causa del art. 51.1 ET como en que ésta incide en un número de trabajadores que resulta suficiente para determinar que el examen de su extinción contractual se lleve a cabo por el procedimiento del despido colectivo. Esto no quiere esto decir que todos los trabajadores a los que se refiere la demanda se encuentren en esta situación, por cuanto ésta solicita que se compute dentro del despido

no solo la terminación de los contratos temporales producida en julio de 2017 sino también " *todas aquellas extinciones disciplinarias reconocidas o declaradas improcedentes acaecidas en el periodo comprendido entre 1 de mayo y el 31 de julio de 2017*" y esto último no es posible, conforme al indicado criterio jurisprudencial, ya que no podemos constatar en este proceso si esos despidos disciplinarios fueron o no conformes a Derecho, lo cual se debe no solo a la causa procesal ya indicada sino también a que no se ha presentado ni una sola prueba que denote la irregularidad de tales ceses; por tanto, los despidos disciplinarios no declarados improcedentes o nulos a los que se refiere la demanda no se computan a los efectos procesales del despido colectivo. Pero el resto de extinciones sí son computables y resultan suficientes para apreciar la necesidad de haber tramitado un despido colectivo, según vamos a ver en función de lo regulado en el art. art. 17 del convenio colectivo aplicable.

CUARTO.-Calificación de la causa de extinción contractual del art. 17 del convenio colectivo de "contact center" (BOE 12/7/2017).

Para llevar a cabo esa calificación daremos tres pasos: destacar el texto que servirá de base a esa decisión, recordar el carácter de norma de derecho necesario absoluto que corresponde al art. 49 ET y encajar la situación regulada en ese precepto convencional dentro de la causas de extinción contractual que regula el citado precepto estatutario.

1.- Texto del art. 17 del convenio colectivo de "contact center":

Como quiera que el texto íntegro de este precepto viene recogido en la fundamentación de la sentencia que refleja el voto mayoritario de la Sala, a los efectos que ahora interesan basta destacar de aquél la parte de su regulación que ha servido de base para extinguir los contratos de obra o servicio de los trabajadores a los que se refiere la demanda. Dice al respecto la norma convencional:

" Extinción del contrato por obra o servicio por disminución del volumen de la campaña contratada.

Podrá extinguirse el contrato de obra o servicio determinado en aquellos supuestos en que por disminución real del volumen de la obra o servicio contratado, resulte innecesario el número de trabajadores contratados para la ejecución, en cuyo caso se podrá reducir el número de trabajadores contratados para la ejecución de la obra o servicio, proporcional a la disminución del volumen de la obra o servicio

(...)

El trabajador que vea extinguido su contrato por las causas que en este artículo se señalan, tendrá derecho a reincorporarse a la misma campaña o servicio a la que han estado adscritos, mientras dure la misma, y siempre que, en su evolución posterior, necesitara aumentarse el número de trabajadores. A estos efectos, el orden de preferencia para la incorporación será el inverso al seguido para la extinción".

Por tanto, es inequívoco que lo regulado en el precepto transcrito parcialmente es la extinción del contrato de trabajo por reducción de una contrata y la consiguiente proyección de esta situación en los trabajadores que intervenían en su ejecución.

2.- Carácter de norma de derecho necesario absoluto del art. 49 ET en la regulación de las causas de extinción del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo no puede regular su extinción por causa de reducción de la contrata de forma distinta a la que fija la norma legal estatutaria. En consecuencia, el contrato de los trabajadores temporales a los que se refiere este litigio solo puede pactar la extinción de la relación laboral por causa de reducción de la contrata si se dan los presupuestos legales establecidos al efecto, aun cuando la cláusula adicional cuarta de esos contratos (hecho declarado probado cuarto) pueda aparentar otra cosa. Al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2014 (RCUD 2069/13) precisa: **"Ahora conviene advertir que si el contrato para obra o servicio posee como causa natural de terminación la realización de la obra o servicio (art. 49.1.c ET), sería erróneo pensar que por vía del art. 49.1.b cabe introducir nuevos motivos extintivos, vinculados a la minoración (o terminación parcial, si se prefiere) de la contrata. En suma: si puede entenderse realizada la obra o servicio objeto del contrato, estaremos ante la terminación natural del contrato temporal, mientras que en caso contrario podrá haber motivo para acudir al ajuste de actividad por otras vías (modificativas, suspensivas), incluyendo las extintivas del despido objetivo (o colectivo) pero no desplazando el juego de éstas últimas a través de condiciones resolutorias que, si se hubieran pactado, colisionarían con la arquitectura del artículo 49 ET y los derechos del trabajador"**.

Tampoco puede el convenio colectivo acordar la extinción contractual de una relación laboral por causa diferente a las contempladas en el art. 49 ET , ni regular la reducción de la contrata de forma distinta a la establecida por la jurisprudencia en interpretación de los arts. 51.1 y 52.c) ET . El Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral (art. 149.1.7 CE) y la regulación estatal legal sobre el contenido



de los convenios colectivos se contiene en el art. 85.1 ET , el cual acuerda: " **Dentro del respeto a las leyes** , los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51". Así pues, la ley no habilita al convenio ni para ampliar las causas de extinción contractual ni para alterar la regulación sustantiva o procesal del despido colectivo, sino tan solo para aspectos menores y accesorios referidos a estas materias, como pueden ser establecer procedimientos a fin de resolver las discrepancias surgidas en el periodo de consulta del art. 51 ET , o fijar algunos criterios en aspectos tales como la forma de acreditar la concurrencia de las causas de extinción contractual fijadas en ese precepto estatutario o el criterio de selección de los trabajadores que se verán afectados por su aplicación.

3.- *Encaje de la extinción regulada en el art. 17 del convenio colectivo de referencia dentro de las causas reguladas en el art. 49 ET .*

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2005 (rec. 118/03), precisamente dictada en proceso de impugnación del convenio colectivo de "contact center", ha dicho con claridad que, si la regulación del art. 17 de ese convenio no resulta ilegal, es precisamente porque la causa de extinción que en él se contempla no es autónoma, sino que tiene encaje en una de las categorías reguladas en el art. 49 ET y, en concreto, en los arts. 51 ó 52 c) ET . Dice al respecto.

"Sostiene el recurrente que, al establecer el art. 17 del Convenio que los contratos para obra o servicio determinado podrán extinguirse por disminución real del volumen de la obra o servicio contratado respecto de aquellos trabajadores que resulten innecesarios para la ejecución, reduciéndose el número de operarios en proporción a la disminución de la obra o servicio, está infringiendo la citada normativa legal, porque con ello se elude, en su opinión, lo dispuesto en los arts. 51 ó 52.c) del ET .

*No compartimos el criterio del recurrente, por cuanto **el convenio no está estableciendo una causa extralegal de finalización del contrato** , sino simplemente atendiendo a los avatares que a lo largo de la duración contractual surjan en orden al aumento o disminución de las necesidades de personal, como lo demuestra el hecho de que la reducción del número de trabajadores no tiene en modo alguno la condición de definitiva, sino que es meramente ocasional, pues la norma contenida en el primer párrafo del precepto convencional ha de contemplarse en relación con las demás que la complementan (art. 1285 del Código Civil), y en el propio artículo se prevé, en primer lugar, el devengo de una indemnización en función del tiempo trabajado, y en segundo término, que el trabajador que vea extinguido su contrato de acuerdo con lo antes dicho, tendrá derecho a reincorporarse a la misma campaña o servicio a la que ha estado adscrito, mientras dure la misma y siempre que, en su evolución posterior, necesitara aumentarse el número de trabajadores.*

*Lo que sí debemos aclarar aquí, es que la única expresión que podría dar lugar -por su relativa ambigüedad- a futuras dudas interpretativas es la que, al final del primer párrafo del art. 17, reza "disminución del volumen de la obra o servicio". Así pues, tal expresión deberá interpretarse en el sentido de que **los trabajadores cuyo cese se dispusiere por esta causa habrán de ser solamente aquéllos que desarrollen la actividad concreta en la que la disminución del volumen se produzca; así interpretada la norma convencional, no choca con precepto alguno, legal ni reglamentario.***

*No se consideran infringidos, pues, los preceptos que como tales se invocan, porque la previsión de las eventualidades que puedan surgir a lo largo del contrato para obra o servicio determinado, tal como viene concebida, **no supone la ampliación de una causa de finalización no prevista legalmente** , sino que cabe perfectamente dentro de la autonomía legalmente conferida a la negociación colectiva. Procede, en consecuencia, la desestimación de este motivo del recurso".*

Así pues, la sentencia parcialmente transcrita ha interpretado el art. 17 del convenio de "contact center" en el sentido de que, cuando un contrato de obra o servicio determinado se concierta para participar en una contrata de esa actividad productiva y se extingue antes de que concluya el objeto para el que fue concertado, por causa debida a la reducción de la contrata por iniciativa de la empresa principal, esa situación no es causa autónoma de extinción distinta a las previstas en el art. 49 ET , sino que tiene encaje en lo dispuesto en los arts. 51 ó 52.c) del ET . y gracias a ello no es ilegal.

El calificar como causa productiva de despido objetivo o colectivo la extinción antes de término de un contrato de trabajo de obra o servicio por causa de fin anticipado de la contrata cuya ejecución constituía su objeto es plenamente acorde con el resto de la jurisprudencia. Baste la cita de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2017 (RCUD 1595/15), referida a un supuesto donde la empresa principal de una contrata de limpieza redujo el número de horas de trabajo encargadas a la contratista, razón por la que ésta procedió a extinguir el número de contratos precisos para ajustarse al nuevo volumen de la obra concertada. Estas



circunstancias dieron pie a recordar la siguiente doctrina: "... *la inveterada doctrina de esta Sala en la materia sienta como criterio general que la reducción del volumen de una determinada contrata de servicios supone una dificultad que impide el buen funcionamiento de la empresa, y constituye por ello causa organizativa y productiva que permite acudir el mecanismo del despido objetivo para superar esa situación de exceso de plantilla que se presenta en aquel concreto espacio o sector de la actividad empresarial*". Igual criterio se mantiene en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio 2015 (RCUD 2769/14) en supuesto similar al anterior pero en esta ocasión referido al sector de seguridad. Pues bien, no hay razón para que ese criterio no se aplique igualmente al sector "contact center", ya que ninguna norma con rango legal autoriza a este sector productivo para regular este aspecto de sus relaciones laborales con reglas distintas a la del resto de empresas.

Cuanto antecede permite concluir que constituye una certeza que el art. 17 del convenio de "contact center" no regula una causa autónoma de extinción sino la causa productiva a la que se refiere el art. 51.1 ET .

QUINTO.-Número de trabajadores afectados por la causa productiva de extinción del art. 51 ET .

Otra certeza de la que debemos partir para determinar si la acción ejercitada en este proceso ha sido correctamente encauzada a través del procedimiento de despido colectivo: son 49 los trabajadores afectados por la citada causa objetiva de carácter productivo. De nuevo daremos varios pasos argumentales para defender esa afirmación.

1.- Contratos cuya extinción se debe a la causa prevista en el art. 51 ET

Acuerda el art. 51.1 ET : " *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* ". Definición la transcrita que se corresponde con lo que establece la Directiva CE 98/59, que, al definir el despido colectivo en su art. 1 , lo vincula en el plano causal a las extinciones producidas por " *motivos no inherentes a la persona del trabajador*".

Dentro de la norma estatutaria que se acaba de referir se incluyen los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que terminan antes del fin de esa obra o servicio por haber sido reducido su volumen por la empresa comitente. Así lo ha dicho la jurisprudencia, según vemos en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013 (RCUD 52/13), donde claramente se señala que solo están excluidas del ámbito del despido colectivo las extinciones en virtud de motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan por cumplimiento del término, no las que terminen anticipadamente. En igual sentido la STS de 18 de noviembre de 2013 (casación ordinaria 65/14) en proceso de despido contra empresa de "contact center".

2.- Número de trabajadores citados en demanda afectados por esa causa productiva de extinción contractual.

Recordamos previamente que ya hemos dejado fuera del proceso los despidos disciplinarios que citaba la demanda, por lo que nos vamos a referir ahora solo a los contratos de obra o servicio determinado extinguidos antes de terminar la contrata concertada entre "Securitas" y "Konecta"

Esos contratos fueron 47, de los cuales 11 en fecha 13 de julio de 2017 y 36 en fecha 31 de julio. Que la causa de la extinción de esos contratos fue causa productiva por reducción de contrata no ofrece duda, por lo dicho y porque la propia comunicación de despido se basaba en el art. 127 del convenio aplicable, y que la contrata no había terminado en el momento del despido tampoco es dudoso, porque también lo dice esa comunicación y porque la mayor parte de los trabajadores volvieron a ser contratados nuevamente para la misma contrata una vez que se superó la fase de reducción de actividad.

3.- Diferencia entre el supuesto de hecho concurrente en este litigio y el examinado en las sentencias que cita la parte actora para invocar la inadecuación de la modalidad procesal de despido colectivo.

En la STS de 22 de diciembre de 2016 lo que se discutió fue si la extinción de unos contratos para obra o servicio determinado era computable a los efectos de los umbrales de un despido colectivo tramitado formalmente como tal, habida cuenta que quien defendía esa postura lo hacía sobre la base de que esos contratos temporales, al ser irregulares, se habían convertido en indefinidos y, por tanto, no era posible su fin por las causas previstas para la contratación temporal. En la STS de 26 de septiembre de 2017 (Rec 62/17) se alegó la existencia de un despido colectivo "de facto", sin previo trámite como tal, y para apreciar si realmente existía esa causa de extinción se requería analizar dentro del propio proceso judicial de despido colectivo si unos contratos eventuales se debían considerar fraudulentos para así poder incluirlos en los umbrales numéricos establecidos en los arts. 51.1 ET y 1.1 de la Directiva 98/59 . Lo mismo acontece con la STS de 13 de julio de 2017 (rec. 25/17), pues lo que en ella se excluye es que en el marco de un despido colectivo se fije el número de extinciones computables determinando previamente en ese mismo proceso si los contratos



de los trabajadores afectados fueron celebrados en fraude de ley, en cuyo caso su extinción como contratos temporales sería improcedente.

Sin embargo, en este litigio, nadie alega que los contratos de obra o servicio a los que nos venimos refiriendo sean irregulares. No es discutible la causa de su terminación, que hemos visto es la de carácter productivo del art.51.1 ET . Tampoco se cuestiona que, conforme al art. 17 del convenio aplicable, esa causa no sea válida para acordar las extinciones contractuales. Por tanto, hay certeza total en cuanto al número de trabajadores afectados por la causa productiva del art.51.1 ET , sin necesidad de examinar ninguna de las cuestiones jurídicas indicadas en las citadas sentencias de 22 de diciembre de 2016 , 26 de septiembre de 2017 y 13 de julio de 2017 .

La manifestación de CGT referida a la irregularidad de los ceses de los 46 trabajadores citados por no haberse cumplido los requisitos de información que la empresa debió dar a los representantes de los trabajadores sobre ese proceso de extinción colectiva no debe hacernos perder de vista que esa alegación no es relevante para determinar la cuestión PROCESAL de la vía de impugnación judicial de esas extinciones contractuales, sino que es una afirmación que solo podría considerarse desde la perspectiva de los requisitos DE FONDO exigibles para decidir si el despido colectivo es o no ajustado a derecho.

SEXTO. - Presupuestos para una decisión de fondo sobre la concurrencia de los requisitos sustantivos establecidos en el art. 51.1 ET para el despido objetivo y colectivo .

Señala el art. 51.1 ET en su primer párrafo : " 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".

Añade el párrafo final de art. 51.1 ET : " 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 " .

En función de estos preceptos la jurisprudencia ha precisado cómo debe determinarse el período de tiempo computable para el cálculo de los despidos colectivos. Así la reciente STS de 11 de enero de 2017 (RCUD 2270/15) razona:

" 1- La cuestión planteada ha sido ya unificada por esta Sala en favor de las tesis mantenidas por la sentencia referencial en nuestra sentencia de 23 de abril de 2012 (RJ 2012, 8524) (rcud 2724/2011), en criterio reiterado, entre otras (TS 26-11-2013, rcud 334/13 (RJ 2014, 1219) , que compendia y resume la del Pleno de la Sala del 25-11-2013, rcud 52/13 (RJ 2014, 36) , o las más recientes de 11-2-2014, rcud 323/2013 (RJ 2014, 1856) , la aquí de contraste, y 9-4-2014, rcud 2022/13 (RJ 2014, 2601) , cuyo contenido reiteramos a continuación) por la de 23 de enero de 2013 (rcud 1362/12), cuya doctrina hemos de mantener en aras de los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, al no ofrecerse razones que justifiquen un cambio.

(...)

... la doctrina que en todos establecimos, a cuyos argumentos íntegros desde aquí nos remitimos, puede resumirse así: el primer párrafo del art. 51.1 ET (RCL 2015, 1654) , en la redacción vigente en el momento en que se produjo el despido (antes de la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945)), establece una norma general en virtud de la cual el día del despido constituye el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día y, al mismo tiempo, el día inicial (el "dies a quo") para el cómputo del período de los 90 días siguientes. En términos generales, "el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer período de noventa días y el inicial del siguiente" (FJ 2º.1 "in fine" TS 23-1-2013 y FJ 2º.2 "in fine" TS 23-4-2012).

2. " Esta interpretación de un precepto que mejora los límites establecidos al respecto por el artículo 1 de la Directiva 98/59 (LCEur 1998, 2531) , de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas , tiene su base en la literalidad de la norma: Si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el "dies ad quem" para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no



existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el "dies ad quem" coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres " (FJ 2º.2, párrafo 3º, TS 23-4-2012, citada).

3. Ahora bien, el propio art. 51.1 ET, en su último párrafo, establece una norma antifraude encaminada a evitar la burla de la regla general y que, aunque aplicable únicamente, en principio, a las nuevas extinciones, esto es, a las producidas con posterioridad a las que se habrían visto afectadas por la norma general, y que la empresa acuerde "en períodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas" en el mencionado precepto y en número inferior a los umbrales legales, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, también podría llegar a determinar la declaración de nulidad del despido cuando se aprecien datos o simples indicios que permitan, conforme a reglas lógicas, apreciar la existencia de fraude".

En el caso presente los despidos computables han tenido lugar en dos momentos, 13 y 31 de julio de 2017, y, en principio, según la citada jurisprudencia, podría parecer que los producidos en la primera fecha señalada no serían acumulables a los de la segunda. Sin embargo, no parece que sea ésta la solución adecuada, considerando estos extremos: primero, sabemos cuándo informó "Konecta" a los representantes de los trabajadores de la reducción de contrata que había indicado la empresa principal pero no tenemos constancia de cuándo informó "Securitas" a "Konecta" de esa reducción, por lo que no podemos descartar que hubiera unidad de acción; segundo, que la diferencia de fecha entre unos y otros despidos es muy reducida; tercero, que todos ellos obedecen a idéntica causa, lo que difícilmente permite pensar que no hubiera podido preverse el número total de extinciones que acabarían produciéndose. Dada esta particular especialidad del caso presente, hay que concluir que todas las extinciones anticipadas de los contratos de obra o servicio a las que se refiere la demanda deben estar sujetas al mismo régimen legal del art. 51.1 ET y englobarlas procesalmente como despido colectivo.

SÉPTIMO.- Resolución de las excepciones de inadecuación de procedimiento, incompetencia objetiva de la Sala, falta de legitimación activa del sindicato demandante y falta de acción.

Fijado que la extinción por causa productiva del art. 51.1 ET impugnada en este proceso afecta a 47 trabajadores, procede responder a las siguientes excepciones invocadas por "Konecta":

-Inadecuación de procedimiento:

Se admite en cuanto a los despidos disciplinarios, conforme a lo antes razonado, pero no en cuanto a los restantes despidos por extinción anticipada de contrato de obra o servicio. Respecto a estos últimos la acción ejercitada en este proceso a través del art.124 LRJS es correcta, pese a que nos encontramos ante un despido colectivo de hecho, tal como mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013 (RCUD 52/13), a tenor de la cual: "... 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.- En el primer caso, estaríamos ante un despido colectivo irregular y en el segundo ante lo que la sentencia recurrida denomina, con acierto, un "despido colectivo de hecho", que también podría calificarse en determinados casos como un despido fraudulento. La decisión extintiva colectiva podría manifestarse, al igual que sucede con la individual, como un "despido tácito" -el mero cierre de la empresa, por ejemplo- que, por lo demás, no deja de ser una manifestación del despido de hecho. Que ello es así se desprende con claridad de los preceptos legales aplicables. Por ello, el despido colectivo irregular por omisión del periodo de consultas puede ser impugnado a través de la modalidad del art. 124, números 1 a 10, pues expresamente se menciona tal supuesto como causa de esta impugnación en el apartado b) del nº 2 del artículo citado, dando lugar a la declaración de nulidad en la sentencia colectiva, como se desprende del nº 9 del art. 124 de la LRJS en relación con el art. 51.2 del ET . Carece, por tanto, de fundamento la argumentación del motivo cuando señala que, como no se ha iniciado el periodo de consultas, no hay despido colectivo".

- Incompetencia objetiva de este Tribunal Superior de Justicia .

Se descarta en los mismos términos que la excepción anterior. La alegada falta de competencia objetiva de la Sala para enjuiciar la materia debatida en este proceso se debe a que, como se ha dicho, la empresa demandada entiende que no ha existido despido colectivo sino válida extinción de las relaciones laborales de los trabajadores afectados en número inferior al umbral fijado en el art. 51. 1 ET . Desechado este planteamiento, se aplican las reglas establecidas en el art. 7 a), párrafo segundo, LRJS , lo que determina la competencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid.



-Falta de legitimación activa del sindicato demandante.

Se descarta en igual forma que respecto a las anteriores excepciones: "CGT" no puede plantear en este litigio de despido colectivo la impugnación de unos despidos disciplinarios pero sí la de unos contratos temporales que termina anticipadamente por causa productiva del art. 51 ET, teniendo en cuenta que no se ha cuestionado la implantación del sindicato actor en la empresa (art. 124. 1 LRJS).

-Falta de acción

Se descarta. Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017 (rec. 120/2016): " Como recuerda la STS de 15 de septiembre de 2015 (rec. 252/2014), citando las anteriores de 18 de julio de 2002 (rcud. 1289/2001); 1 de marzo 2011 (rec. 74/2010) y de 8 mayo 2015 (rec. 56/2014), " la denominada " falta de acción " no tiene, al menos desde la visión de los tribunales laborales, un estatuto procesal claramente delimitado que le otorgue autonomía propia. Ello ha propiciado que, según las ocasiones, se la haya identificado, y no en todos los casos acertadamente, con: A) Un desajuste subjetivo entre la acción y su titular. B) Una inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada. C) La ausencia de un interés litigioso actual y real, de modo especial cuando se ejercitan acciones declarativas. D) Una falta de fundamentación de la pretensión ejercitada".

Se trata, por tanto, de ver cuál de estos sentidos hay que atribuir a la excepción de falta de acción invocada por "Konecta", pudiendo concluir que también tiene como fundamento la inexistencia de despido colectivo. Se trata, por tanto, de una posición equivalente a decir que no le corresponde al sindicato actor el derecho que reclama o, lo que es lo mismo, que procede la desestimación de la demanda. Siendo ésta precisamente la decisión de fondo que hemos de adoptar, en su momento se decidirá; por ahora sólo cabe decir que esa alegación de falta de acción no puede admitirse como tal excepción.

OCTAVO. - Resolución de las restantes excepciones invocadas por "Konecta".

-Falta de legitimación pasiva de los sindicatos codemandados .

Esta excepción se funda en el criterio mantenido en la sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 2.015 (demanda 180/15), negando la posibilidad de que los sindicatos codemandados se adhieran a la pretensión ejercitada por CGT.

Se descarta. Dicha resolución fue anulada por no ajustarse a la jurisprudencia recaída en la materia, de la que es exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2017 (rec. 107/17), donde se concluye: "B) En diversas sentencias, precisamente sobre impugnación de *despidos colectivos* , hemos precisado el alcance de la intervención adhesiva que nuestras leyes procesales permiten. Así, por ejemplo, en *SSTS 2 diciembre 2014 (rec. 97/2013)* , *28 enero 2015 (rec. 16/2014)* o *422/2017 de 12 mayo (rec. 210/2015)* , se contiene la siguiente doctrina: *La intervención, obviamente "adhesiva" (así es calificada por los propios sindicatos cuando en el acto del juicio, tal como constata el acta extendida al efecto, expresaron su adhesión a la demanda) pero no autónoma porque su acción propia podría incluso haber caducado, como también parecen admitir la sentencia recurrida y la empleadora en su escrito de impugnación, no obstante, les impone ciertas limitaciones: evidentemente, su posición está subordinada a la del demandante y, aunque podrán hacer las alegaciones que tengan por conveniente e incluso proponer pruebas, lo que no podrán hacer es, mediante ninguno de esos dos mecanismos (alegaciones y pruebas), variar el contenido de la pretensión ni hacer modificaciones sustanciales a la demanda, pues eso no lo puede hacer ni siquiera el propio demandante principal (art. 85.1 in fine LRJS)* . C) *Conclusión de ello es que STAS-IV no puede ejercitar, desde su posición de interviniente por adhesión, una pretensión contraria a la deducida por CGT pues ello excede de sus posibilidades "*

Conforme a esta doctrina, los sindicatos codemandados en este litigio que han expuesto su adhesión a la pretensión de demanda tienen legitimación pasiva, con las facultades que precisa la indicada sentencia del Tribunal Supremo, que en ningún caso les faculta para ir más allá de lo planteado por la parte actora ni, obviamente, para allanarse a la demanda.

-Caducidad de la acción.

Se descarta. El art. 124.6 LRJS acuerda: " *La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo* ". La norma transcrita fija un plazo de caducidad para ejercitar la acción de despido colectivo y el momento en que comienza el cómputo de ese plazo, tomando como referencia a estos últimos efectos la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo, lo cual presupone que ha habido trámite de ese procedimiento y su consiguiente resolución. Nada dice el precepto para el eventual supuesto de que ese procedimiento no



se haya tramitado y el despido se considere producido "de facto", como es el caso presente, por lo que hemos de ver qué reglas deben aplicarse en estos casos.

Para estos fines contamos con la doctrina jurisprudencial, tal como se encuentra formulada en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017 (rec. 19/17), la cual, con apoyo en la previa resolución del mismo órgano judicial de 26 de septiembre de 2017 (rec. 80/17), mantiene: "**Que «... una interpretación sistemática y homogeneizadora del régimen de impugnación de estos procesos colectivos de flexibilidad interna o de despido colectivo nos debe conducir a entender aplicable el mismo plazo de caducidad de 20 días señalado con carácter general para cualquier tipo de acción destinada a contrarrestar este tipo de medidas del empresario (sean unilaterales o adoptadas tras el pacto)**, sin distinción alguna para el caso de que la impugnación provenga de la autoridad laboral en alguna de las dos facultades conferidas por el citado art. 148 b) LRJS".

Por consiguiente, tomando como fecha de referencia el 31 de julio de 2017, fecha en la que tuvieron lugar las últimas extinciones contractuales que la parte actora incluye en el despido colectivo, e interpuesta la demanda del presente proceso el 29 de agosto de 2017, no cabe apreciar que ésta estuviese caducada.

NOVENO.- Calificación del despido colectivo en caso de incumplimiento por parte del empresario de los trámites procedimentales establecidos en el citado precepto estatutario .

Establece el art. 124.11 LRJS : "*La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas*".

Efecto que prevé este precepto en caso de nulidad del despido: "*En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley*".

En coherencia, no tramitado procedimiento de despido colectivo, procede declarar la nulidad del despido de los trabajadores afectados por las indicadas 47 extinciones contractuales, con la consecuencia de acordar su readmisión en las mismas condiciones que regían antes del despido, con devolución por su parte de las cantidades ya percibidas en concepto de indemnización por fin de contrato, y el abono por parte de la empresa de los salarios dejados de percibir desde que se produjo la extinción contractual hasta tanto tenga lugar su reincorporación, descontando de ellos los percibidos en cualquier otra actividad laboral que haya dado lugar al percibo de ingresos iguales o inferiores a los abonados por "Konecta".

Conclusión adicional a la anterior: Una vez acordada la nulidad de los despidos de los trabajadores con contrato de obra o servicio por las causas a las que se ha hecho referencia, ya no sería preciso analizar si su despido también debería considerarse irregular por causa de no haber seguido la empresa los trámites de información a los representantes de los trabajadores establecido en el art. 17 del convenio de "contact center", si bien no está de más añadir que tal razón no hubiera podido ser acogida, ya que: por una parte, está acreditado el contenido de la contrata que se concertó entre empresa principal y contratista y que ésta no incluía la emisión de llamadas, por lo que es obvio que no puede pretenderse que se faciliten datos de operaciones que no se llevan a cabo; por otro lado, la información facilitada por la empresa fue la misma que en caso anteriores en que se produjo la aplicación del art. 17 del convenio de referencia y dicha representación no puso objeciones.

Cuanto antecede supone la estimación parcial de la demanda respecto de los trabajadores con contrato de obra o servicio extinguidos antes del fin de la contrata concertada entre "Securitas " y "Konecta".

FALLO

- 1) Se desestiman parcialmente las excepciones de inadecuación de procedimiento, incompetencia objetiva de la Sala, falta de legitimación activa del sindicato demandante y falta de acción.
- 2) Se desestiman íntegramente las excepciones de falta de legitimación pasiva de los sindicatos codemandados y de caducidad.
- 3) Se estima parcialmente la demanda interpuesta por "CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO" contra "KONECTA BTO S.L.", CONFEDERACIÓN SINDICAL COMISIONES OBRERAS CCOO, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES UGT, FASGA, SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES SOLIDARIDAD OBRERA, UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO) y COMITÉ DE EMPRESA KONECTA BTO S.L." y, en su consecuencia:



A-Se declara que la extinción de los contratos correspondientes a los trabajadores que a continuación se van a indicar, realizados en la fecha que igualmente se reseñará, constituye despido nulo.

B-Se condena a "Konecta BTO S.L." a la inmediata readmisión de los citados trabajadores con devolución por parte de éstos de las cantidades ya percibidas en concepto de indemnización por fin de contrato.

C- Se condena a "Konecta BTO S.L." al abono de los salarios dejados de percibir desde que se produjo la citada extinción contractual hasta tanto tenga lugar su reincorporación, procediendo a su cálculo conforme al salario mensual con prorrata de pagas extras que igualmente se especificará a continuación, descontando de ellos los percibidos en cualquier otra actividad laboral que haya dado lugar al percibo de ingresos iguales o inferiores a los abonados por "Konecta BTO S.L.".

Ruth

Brigida

Ruperto

Leticia

Virtudes

Debora

Pedro Miguel

Natividad

Valentina

Alicia

Cosme

Melchor

Montserrat

Jose Pedro

Andrea

Apolonio

Guadalupe

Eulogio

Tatiana

Coro

Manuel

Nicolasa

Amparo

Inés

María Virtudes

Felisa

Dulce

Filomena

Ignacio

Penélope

Casilda

Olga

Delia



31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
31/7/17
850'4 €
795'39 €
920'7 €
1000'63 €
720'18 €
1158'93 €
1148'13 €
900'91 €
881,16 E
1881'12 €
877'52 €
1218'11 €
1173'86 €
1177'46 €
1173'86 €
2352'94 €
1889'77 €
2493'8 €
2470'32 €
1745'78 €
1641'14 €

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ



1689'05 €
1917'74 €
1529'24 €
1919'86 €
902'7 €
1062'26 €
1052'95 €
854'79 €
1150,63 €
902,7 €
928,95 €
1173,86 €
842,49 €
925,2 €
917,10 €
1023,61 €
747,74 €
920,7 €
1173,86 €
893,7 €
1046,69 €
928,95 €
1191,86 €
725,66 €
1055,16 €
1204,5 €

4) Se condena a los sindicatos codemandados CONFEDERACIÓN SINDICAL COMISIONES OBRERAS "CCOO", UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES "UGT", FASGA, SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES SOLIDARIDAD OBRERA, UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO) y al COMITÉ DE EMPRESA KONECTA BTO S.L. a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

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