



Roj: **STS 5795/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5795**

Id Cendoj: **28079149912016100051**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **22/12/2016**

Nº de Recurso: **10/2016**

Nº de Resolución: **1108/2016**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATSJ AND 44/2015,**
STS 5795/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Unión Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de Andalucía (USTEA), representado y asistido por el letrado D. Luis Ocaña Escolar, contra el auto dictado el 5 de marzo de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en autos núm. 41/2014, seguidos a instancia de la citada USTEA, los miembros del Comité de Empresa de la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla de la Junta de Andalucía y los delegados sindicales de USTEA contra la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla de la Junta de Andalucía, en procedimiento de despido colectivo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahun

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de noviembre de 2014 por la representación de la Central Sindical USTEA, los miembros del Comité de Empresa de la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla de la Junta de Andalucía y los delegados sindicales de USTEA se interpone escrito de demanda dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) por el que se interesa que se dicte sentencia por la que se declare nulo el despido colectivo impugnado y, en consecuencia, se condene a la parte demandada a que:

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

B) En todo caso, a que se declare que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad (artículo 24 CE y 17 ET) de los trabajadores afectados por el despido colectivo, se ordene el cese de tal comportamiento y se reponga a los mismos en su justa posición jurídica con abono de indemnización de seis mil euros a cada trabajador afectado, veinticuatro mil euros a USTEA y novecientos euros en concepto de costas».

SEGUNDO.- El 5 de marzo de 2015 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictó Auto en cuya parte dispositiva se acuerda: «Declarar la incompetencia funcional de esta Sala para el conocimiento de la demanda de despido plural y de tutela de derechos fundamentales, interpuesta por el sindicato USTEA, los miembros del comité de empresa de la Delegación Territorial de Educación de la Junta de Andalucía las Sras. Visitacion , Carmen , Isidora , y Rosa , los representantes sindicales y delegadas de



la sección sindical de USTEA las Sras. Antonia y Fermina , el 26 de noviembre de 2014, y en consecuencia se acuerda el archivo de la causa»

TERCERO.- Contra el citado auto se interpuso ante la misma Sala recurso de reposición que fue resuelto mediante Auto de 30 de junio de 2015, que desestimó dicho recurso de reposición ratificando, en consecuencia, el Auto dictado el 5 de marzo de 2015 y el archivo de la causa.

CUARTO.- Contra dicho Auto se interpuso recurso de casación por la representación del sindicato demandante USTEA.

El recurso fue impugnado por el Letrado de la Junta de Andalucía, así como por el Ministerio Fiscal. Asimismo, tras dársele traslado del escrito de impugnación de la Junta de Andalucía, la parte actora presentó escrito de alegaciones de conformidad con el art. 211.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)

QUINTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, quien emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 LO del Poder Judicial, se acordó el debate del asunto por el Pleno de la Sala, señalándose para votación y fallo el día 14 de diciembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso de casación ordinaria que formula la parte actora se articula a través de dos motivos, amparados, respectivamente, en los apartados a) y e) del art. 207 LRJS, terminando por suplicar que «se declare que el Auto recurrido infringe la normativa y doctrina jurisprudencial invocada y acuerde la competencia funcional de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla para conocer de la demanda rectora de la presente litis...».

2. Conviene recordar que el Auto combatido fue dictado al amparo de lo dispuesto en el art. 81.1 LRJS y se apoya en las alegaciones de la parte actora, según las cuales, en un periodo inferior a 90 días, la empresa habría procedido a despedir a más de 30 trabajadores, los cuales, además, han procedido a ejercitar las correspondientes acciones de reclamación individuales. Señalaba así la demanda que había de considerarse que estábamos en presencia de un despido colectivo que no siguió los trámites del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y que, además, habría vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical.

Para la Sala de instancia, se trata de la extinción de los contratos temporales -para obra o servicio determinado, según señala la demanda- de los monitores escolares que, como tales terminaciones de contrato, estarían fuera del ámbito del art. 51 ET, ya que sólo serían computables para los umbrales del despido colectivo de haberse calificado los ceses como despidos improcedentes. Además, pone de relieve la Sala de Sevilla que el art. 124.2 LRJS no permite la acumulación de cuestiones individuales de los trabajadores afectados al proceso de impugnación de carácter colectivo.

SEGUNDO.- 1. El primero de los motivos del recurso antes indicado denuncia la vulneración de los arts. 122.2 b) y 124 a), b) y d) LRJS. De este modo sostiene la parte recurrente que el trámite de impugnación de despido colectivo es la vía procesal adecuada para ventilar la pretensión de la demanda, pues es en dicho procedimiento donde se verifica el control judicial sobre la existencia o no de las causas.

2. El esquema que sigue la parte actora pasa por considerar que, ante la suma de extinciones de contratos temporales que, a su entender, habían de considerarse celebrados en fraude de ley, la parte empleadora debió de haber acudido al trámite del despido colectivo y, no habiéndolo hecho, debería declararse la nulidad de todas las extinciones.

Sin embargo, tal planteamiento parte de una premisa que no está confirmada con carácter previo, cual es la de que, efectivamente, los contratos temporales de los trabajadores afectados por los ceses habrían de calificarse de fraudulentos y que, al no tener naturaleza de relaciones laborales de duración determinada, las extinciones habrían de considerarse despidos improcedentes. A ello anuda además la parte actora la conclusión de que la presumible improcedencia en masa provoca en este caso la superación de los umbrales previstos en el art. 51.1 ET y, en consecuencia, sitúa el sustrato fáctico sobre el que asienta su pretensión en el marco del despido colectivo y, por tanto, en el ámbito procesal del art. 124 LRJS.



3. Hemos de tener en cuenta que, para poder computar las extinciones de los contratos de trabajo de los afectados, resultaba necesario que aquéllas no solamente obedecieran a una causa no inherente a su persona -cuestión aquí no suscitada- sino que no estuvieran incluidas en el supuesto del art. 49.1 c) ET. Esto es, las extinciones debidas a la expiración del tiempo convenido o a la realización de la obra o servicio objeto del contrato no se computan a efectos de los parámetros de delimitación del despido colectivo.

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. Pues, ciertamente, si se trata de contrataciones temporales en que la obra o el servicio concertados no han finalizado, no cabe excluir del cómputo a tales trabajadores a los efectos discutidos, ya que, en otro caso, se dejaría al arbitrio del empleador la utilización de la vía del despido colectivo, excluyendo de los referidos umbrales las contrataciones de esta clase (así lo recordábamos en la STS/4ª de 3 julio 2012, rcud. 1657/2011). Está claro que entre los contratos temporales excluidos del cómputo 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 (STS/4ª de 8 julio 2012, rcud. 2341/2011).

Así, de darse alguna de aquellas circunstancias -que el contrato aparentemente temporal carezca de causa de temporalidad que lo justifique, o que el cese se produzca con anterioridad a que sobrevenga la causa válida de terminación-, no habría duda de que estaríamos ante una extinción unilateralmente acordada por el empresario carente de justificación a la que, además, habría que anudar la posibilidad de que engrosara el parámetro numérico delimitador del despido colectivo y, en consecuencia, las extinciones contractuales llevadas a cabo por el empresario sin seguir los trámites del artículo 51 ET, cuando éstos resultaban ineludibles por aplicación del referido precepto, deberían ser calificadas como nulas con las consecuencias inherentes a tal declaración (STS/4ª de 17 mayo 2016, rcud. 3037/2014).

4. Pero recordemos que en el presente caso 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".

Hemos de detenernos en particular en esta última precisión porque en el segundo motivo del recurso se invoca tanto nuestra STS/4ª/Pleno de 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) como la Disp. Ad. 20ª ET, para traer a colación la necesidad de que también las Administraciones Públicas acudan al despido colectivo. Sin embargo, olvida la parte recurrente que, además de faltar el elemento inicial de la corroboración de la situación de los afectados como indefinidos no fijos, no estamos en este caso ante un supuesto de amortización de plazas -ni de cobertura de vacantes-, sino de comunicación de finalización del contrato temporal (por obra o servicio, según la propia parte actora); por lo que difícilmente cabría aplicar aquella norma legal y la doctrina jurisprudencial elaborada sobre la misma.

TERCERO.- 1. Hemos delimitado hasta ahora la relación entre los contratos de duración determinada y los umbrales del despido colectivo. 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.

CUARTO.- 1. Sentados los criterios generales anteriores, conviene recordar ahora que, con independencia del eventual resultado de la impugnación de los ceses producidos en relación con cada tipo de contrato, lo que aquí se suscita es la cuestión de la determinación del proceso de impugnación a seguir -además del problema de la legitimación que estaría aparejada a la elección de la modalidad procesal- y, por ende y prioritariamente, la competencia funcional del órgano jurisdiccional del orden social que haya de conocer de la acción.

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

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

No cabe duda de que el despido colectivo puede producirse al margen de que la empresa utilice el procedimiento del art. 51 ET (despido colectivo irregular) o que, incluso, se oculte su carácter colectivo (despido colectivo de hecho); y, tanto en un caso como en el otro, la decisión empresarial puede ser impugnada por la vía del art. 124 LRJS (STS/4ª/Pleno de 25 noviembre 2013 -rec. 52/2013- y 21 julio 2015 -rec. 370/2014-); 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.

QUINTO.- 1. En suma, aunque la Sala de Sevilla podría haber esperado a celebrar el acto del juicio y declarar su falta de competencia objetiva en sentencia, coincidimos con ella en valorar la claridad con la que la propia parte actora ponía de relieve que la pretensión ejercitada guardaba exclusiva relación con la nulidad de los ceses de los trabajadores mencionados en la demanda por haberse eludido -según sus planteamientos- los umbrales del art. 51 ET.

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

La ley otorga la adecuada tutela judicial a estos supuesto a través del procedimiento de impugnación del cese como un despido en el que se incluye la pretensión de declaración de nulidad por acreditarse que la empresa ha llevado a cabo extinciones computables a los efectos del citado art. 51 ET. De ahí que las reclamaciones individuales que, según indica la propia demanda, han interpuesto ya los trabajadores afectados constituyan el cauce procesal adecuado para ver satisfecha, en su caso, tal pretensión de nulidad, con arreglo a lo dispuesto en el art. 122 c) ET.



2. En atención a lo que venimos razonando, procede la desestimación del recurso, pues, además de lo que ya hemos apuntado en relación al segundo de los motivos, el rechazo del primero lleva aparejado el fracaso íntegro de la pretensión de la parte recurrente al resultar imposible ya el examen de normas de carácter sustantivo que incidirían en el fondo del litigio. Confirmamos, en consecuencia, el Auto recurrido, coincidiendo así con lo que propone el Ministerio Fiscal en su informe.

3. En virtud del art. 235.1 LRJS, no cabe imposición de costas.

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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por Unión Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de Andalucía (USTEA) contra el Auto dictado el 5 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) en autos núm. 41/2014, con la consiguiente confirmación del mismo. No procede hacer pronunciamiento sobre costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agusti Julia

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR discrepante que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. Luis Fernando de Castro Fernandez y D. Antonio V. Sempere Navarro, y al que se adhieren los Excmos. Sres/as Magistrado/as D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a. Rosa Maria Viroles Piñol y D. Jordi Agusti Julia.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulamos voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación 10/2016, por disentir - con el mayor respeto- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, que desestimó el recurso interpuesto por el Sindicato accionante frente a la declaración de incompetencia objetiva acordada por el Auto del TSJ Andalucía/Sevilla de fecha 30/Junio/2015 [dem. 41/14].

A la vista de las concretas circunstancias de autos entendemos que tal declaración no podía llevarse a cabo «a limine litis» y que esa decisión menoscaba el derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

Asimismo creemos que la solución ahora acogida, respaldando la previa de la Sala sevillana, diverge -sin justificarlo expresamente y sin razón que la justifique- tanto de la doctrina que venimos manteniendo respecto de la impugnación del «despido colectivo tácito» [SSTS -Pleno- 25/11/13 -rco 52/13-; 21/07/15 -rco 370/14-; y 18/11/14 -rco 65/14-] cuanto del criterio sostenido en orden al rechazo «a limine» de la competencia objetiva en los despidos colectivos [STS 12/04/16 - rco 91/15-].

Con expresa asunción de los Antecedentes de Hecho reflejados por la sentencia mayoritaria, exponemos seguidamente los Fundamentos de Derecho que justifican nuestra discrepancia.

PRIMERO.- 1.- Términos de la demanda.- Con carácter previo a cualquier otra consideración interesa recordar, siquiera escuetamente, los términos en que se formula la demanda:

a).- Que «por la empleadora y de manera unilateral se han efectuado más de treinta despidos en periodo inferior a noventa días, y en concreto desde el día 30 de septiembre de 2014 hasta el 20 de noviembre de 2014».

b).- Que «se ha despedido a la siguiente relación de trabajadores, todos ellos afiliados a la central sindical USTEA...» [sigue la referencia individualizada -nombre y dos apellidos- de 32 trabajadores].

c).- Que «dichos trabajadores habían interpuesto reclamaciones previas, denuncias a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y demandas judiciales en ejercicio de la acción declarativa de derechos para que se reconociese que las relaciones laborales habían sido formalizadas en fraude de ley y los contratos debían considerarse indefinidos... De hecho ... la Inspección de Trabajo ... se pronuncia en el presente supuesto en el sentido de reconocer el fraude de ley invocado por la parte trabajadora. No existe obra o servicio distinto de la actividad habitual de la empleadora y con sustantividad propia suficiente».



- d).- Que «las extinciones individuales por temporalidad deben ser consideradas como extinciones asimiladas a despidos a efectos del umbral numérico porque se han producido en fraude de ley y ante tempus».
- e).- Que «los trabajadores cuya relación laboral se ha extinguido deben ser considerados como habitualmente empleados por cuanto realizan tareas estructurales, habituales, ordinarias y propias de la Administración empleadora».
- f).- Que «debió haberse tramitado el procedimiento de despido colectivo regulado por el artículo 51 y no una pluralidad de extinciones individuales».
- g).- Que con ello igualmente se ha producido una vulneración de la libertad sindical y -en consecuencia- se solicita una indemnización adicional de 6.000 ? para cada trabajador y de 24.000 ? para el Sindicato accionante.

2.- Fundamentos utilizados por la resolución de instancia.- La Sala de lo Social del TSJ rechaza su competencia objetiva bajo un doble argumento de:

- a) Los contratos temporales de los trabajadores afectados «exigen un previo doble enjuiciamiento individualizado pues sus circunstancias particulares no admiten *a priori* un tratamiento colectivo cuando la demanda colectiva sólo puede basarse en cuatro motivos tasados ex art. 124.2 LRJS, sin posibilidad de acumulación de cuestiones particulares de los trabajadores afectados, pues el proceso colectivo lo es de cognición limitada de modo que de continuar esta causa tendríamos que entrar a conocer, trabajador a trabajador afectado, si su contrato era o no fraudulento, si el cese fue ex art. 49.1.c) ET o concurre la causa de finalización alegada o fue *ante tempus*, si la cláusula de temporalidad adolece de nulidad ab origen ... Es decir, objetos que exceden del fijado ex art. 124.2 LRJS »
- b) «Para aplicar el art. 51 ET deben concurrir el elemento numérico, el temporal y el causal de modo que no basta que varios trabajadores hayan sido cesados al mismo tiempo aunque su número sobrepase los límites numéricos sino que es absolutamente preciso que todos esos ceses sean debidos a alguna causa económica, productiva, técnica u organizativa...».

3.- Recurso interpuesto por el Sindicato USTEA.- Frente a esa decisión el Sindicato accionante sostiene -tras denuncia de diversos preceptos sustantivos y procesales- lo siguiente:

- a) «El control judicial sobre la existencia -o no- de las causas alegadas es la que justifica la existencia de esta modalidad procesal, a la que debe acudir en el caso de despidos colectivos de hecho... El debate de ... si se han cumplido los requisitos establecidos para estos procedimientos únicamente puede efectuarse en el marco de este procedimiento...».
- b) «Es competencia de la Sala de lo Social del TSJA entrar a conocer si los contratos eran o no fraudulentos, si el cese fue ex at. 49.1.c) ET, si concurre la causa de finalización alegada o si fue *ante tempus*, ... y del resto de cuestiones de hecho y derecho que puedan permitir concluir si concurre o no la causa legal indicada en la comunicación escrita».
- c) En caso contrario, «los despidos colectivos de hecho supondrían un espacio de ,impunidad procesal, opaco al conocimiento y reflexión judicial sobre todos los elementos ... para conocer si se han cumplido o no con las previsiones del ordenamiento jurídico».

SEGUNDO.- 1.- Impugnación -en general- de los despidos colectivos «tácitos».- La sentencia mayoritaria, en coherencia con nuestros precedentes, admite que por la vía del art. 124 LRJS pueda impugnarse un despido colectivo «tácito», bien sea por mera irregularidad procedimental [no utilizar el correcto procedimiento del art. 51 ET], bien por simple ocultación de su carácter colectivo [acudir al despido objetivo y/o individual plural]. En este sentido, hemos indicado que «una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometiéndose al procedimiento legalmente previsto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo reglamentario. Pero puede también producirse al margen de este procedimiento -prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas- o incluso ocultando su carácter colectivo. En el primer caso, estaríamos ante un despido colectivo irregular y en el segundo ante ... un ,despido colectivo de hecho,, que también podría calificarse en determinados casos como un despido fraudulento» (STS -Pleno- 25/11/13 -rco 52/13-. Y remitiéndose a ella, las SS -también de SG- 21/07/15 -rco 370/14-; y 18/11/14 -rco 65/14-).

Saliendo al paso de lo argumentado en la instancia y clarificando asimismo el alcance de lo anterior, interesa realizar dos precisiones complementarias:

- a) La exigencia de que los «ceses sean debidos a alguna causa económica, productiva, técnica u organizativa...» va exclusivamente referida a los supuestos en que la decisión extintiva deba ser calificada como «ajustada a Derecho» [art. 214.11 LJS].



b) Además, «si bien el art. 51 del ET parece vinculado a un elemento causal que se refiere a la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, lo cierto es que en la configuración final de esta modalidad extintiva resulta determinante el elemento cuantitativo, pues ... deben tenerse en cuenta no solo las extinciones por las causas ya mencionadas, sino, cualesquiera otras extinciones 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 párrafo c) del apartado 1 del art. 49 de esta Ley,» (ya citada, SSTS SG 25/11/13 -rco 52/13-; y SG 26/11/13 -rcud 334/13-).

2.- Criterio acogido por la sentencia mayoritaria.- La sentencia de que discrepamos admite, pues, que el despido colectivo pueda producirse por ocultación de su naturaleza y consiguiente fraude pero que rechaza que ese mecanismo defraudatorio pueda examinarse en el presente caso. Tal postura se basa en tres argumentos principales:

a) Que el planteamiento de la parte actora «parte de una premisa que no está confirmada con carácter previo, cual es la de que, efectivamente, los contratos temporales afectados por los ceses habrían de calificarse de fraudulentos y que, al no tener naturaleza de relaciones laborales de duración determinada, las extinciones habrían de considerarse despidos improcedentes».

b) Que no cabe en el marco impugnatorio del art. 124 LJS una demanda que se construye «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».

c) Que «las reclamaciones individuales ... constituyen el cauce procesal adecuado para ver satisfecha, en su caso, tal pretensión de nulidad, con arreglo a lo dispuesto» en el art. 122.2.b) LJS.

3.- Criterio discrepante que se mantiene en este voto particular.- No podemos aceptar las referidas argumentaciones que, con absoluto respeto a las mismas, parecen obviar las siguientes consideraciones:

a).- En diversas ocasiones ha declarado la Sala [SSTS SG 23/09/14 -rco 231/13-, asunto «Agencia Pedro Laín Entralgo»; y SG 25/03/15 -rco 295/14-, para «VBR»], que el art. 124 LRJS contempla dos distintas vías procesales para impugnar los despidos colectivos, la colectiva del apartado 1 frente al despido colectivo en sí mismo considerado; y la individual del apartado 13, frente a despidos exteriorizados mediante carta que se comunica a los trabajadores despedidos. Vías -es claro y así lo destacan los referidos precedentes- que presentan diferente regulación en torno al momento de utilización, sujetos legitimados, órgano jurisdiccional competente, objeto del proceso, trámites procedimentales y efectos de las respectivas sentencias.

b).- Partiendo de esta base, y una vez admitido -conforme a lo arriba indicado- el posible enjuiciamiento del despido colectivo «tácito» por el cauce del procedimiento del apartado 1 del art. 124 LRJS [así, las ya citadas SSTS de 25/11/13 -rco 52/13-; 21/07/15 -rco 370/14-; y 18/11/14 -rco 65/14-. Así como la de 18/11/14 -rco 65/14-, asunto «Unisono»], no se halla justificación alguna y resulta contrario a la obligada tutela judicial -como posteriormente se razonará- que pueda excluirse por el Tribunal legalmente determinado [art. 7 LJS], el conocimiento de la pretensión so pretexto de que la demanda se basa en la «premisas que no está confirmada con carácter previo» de que los contratos iniciales eran fraudulentos y -por ello- la relación laboral indefinida; y tampoco puede hacerse con el parejo argumento -carente también de soporte legal- de que en este marco impugnatorio colectivo no cabe una afirmación -fraude en la contratación- que requiere «pronunciamientos previos ajenos» a este procedimiento y propios de la reclamación individual del art. 122.b) ET.

c).- Sentado, a efectos de cómputo del umbral numérico para el despido colectivo, que en «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] ... 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» [en tal sentido, ya la STS 08/07/12 -rcud 2341/11-], y con independencia de que, efectivamente, esta Sala hubiese ya resuelto en varias ocasiones -las arriba citadas, por ejemplo- impugnaciones de sujetos colectivos referidas a despidos colectivos tácitos y enmascarados en despidos objetivos o individuales plurales, lo cierto es que no se alcanza a discernir ni la norma de cobertura ni tampoco porqué esa aceptación competencial habría de hallarse excluida cuando el fraude radique en la propia contratación y en la consiguiente cualidad indefinida de los trabajadores formalmente temporales. Es más, siguiendo la línea argumental de la decisión seguida por la mayoría de la Sala [el carácter fraudulento de un contrato es una situación individualizada que requiere un pronunciamiento previo ajeno al objeto del proceso regulado en el art. 124 LJS], se llegaría al resultado de que no se pudiese enjuiciar como colectivo el despido de un número de trabajadores que alcanzase el umbral legal precisamente computando un solo trabajador que hubiese sido indebidamente contratado como temporal o hubiese adquirido tal cualidad por actos posteriores, persistiendo



formalmente en la temporalidad, porque -conforme a la tesis de la mayoría- el examen del fraude sería siempre ajeno al objeto propio de este procedimiento.

d).- Aparte de que ese criterio competencial restrictivo vendría a contrariar la finalidad que el legislador persigue mediante la compleja regulación procesal del art. 124 LRJS, que «es la de evitar las *divergencias de resoluciones judiciales* que podrían producirse de haberse establecido la posibilidad de proceder al enjuiciamiento directo, en las impugnaciones de los despidos individuales efectuados en el seno del despido colectivo, de todas las cuestiones jurídicas potencialmente implicadas en una decisión de despido colectivo»; y de que en tal precepto, «por razones de economía procesal, se procede a atribuir la competencia encomendando, de un lado, a las Salas de lo Social la resolución prejudicial de los motivos que *afectan colectivamente* a todos los implicados y, de otro, a los Juzgados de lo Social la resolución de las restantes cuestiones planteadas individualmente por los trabajadores despedidos, a raíz de los sucesivos actos de despido adoptados por el empresario en ejecución del despido colectivo» (STS SG 23/09/14 -rco 231/13-, asunto «Agencia Pedro Laín Entralgo»).

Aplicando tales consideraciones al caso que nos ocupa, entendemos que la Sala de lo Social (Sevilla) es la competente para conocer de la demanda puesto que:

1º).- En la presente litis es de *colectiva afectación* la posible existencia de fraude en la contratación como temporales de todo un colectivo (Monitores Escolares). La propia demanda indica que se habría acudido a la figura de obra o servicio determinado para atender necesidades que se dicen permanentes [tesis actora, con soporte del informe de la Inspección de Trabajo]; cuestión de fondo que es precisamente la que la Sala ha rechazado enjuiciar. Compartimos con la mayoría de la Sala la apreciación de que esto comporta una cuestión prejudicial a la determinación de si ha habido un despido colectivo, pero consideramos que ello no aboca a declinar su conocimiento (art. 4.2 LRJS).

2º).- La remisión de la litis -de treinta y dos trabajadores afectados- a diversos Juzgados de lo Social comporta una innegable -y muy factible, por lo que la experiencia enseña- posibilidad de *divergencia de resoluciones judiciales?* con lo que también parece palmario que con la solución adoptada se ven frustrados los dos objetivos propios -antes reseñados- de la reforma procedimental en materia de despido colectivo.

3º).- No compartimos la inconveniencia de que el órgano competente para conocer de lo presentado como un despido colectivo deba examinar, a título prejudicial, la regularidad de diversos contratos de trabajo mientras que, sin embargo, esa misma tarea resulte adecuada para cada uno de los Juzgados de lo Social ante los que penden las demandas individuales.

TERCERO.- 1.- Un reciente precedente de la Sala.- Como refuerzo a las anteriores afirmaciones, en tanto que precedente del que necesariamente habríamos de justificar su apartamiento, se ha de citar nuestra sentencia de 12/04/16 -rco 91/15- [asunto «Hermanos Ruiz Dorantes, SL»]. En ella se sostiene que aunque por el número de despidos producidos en una empresa la competencia correspondería al Juzgado de lo Social, el hecho de que el propio TSJ hubiese declarado en otro procedimiento de despido colectivo, que las demandadas en uno y otro procedimiento integraban grupo de empresas, y de que este dato hubiese sido la base para demandar por despido colectivo ante el TSJ, determinaban que la Sala de lo Social no pudiese declarar «a limine» su incompetencia objetiva para conocer la pretensión, sin examinar ni rechazar previamente el presupuesto de la demanda, la existencia del grupo empresarial, no resultando admisible que tal cuestión fuese decidida por el juzgado de lo social (STS 12/04/16 -rco 91/15-, asunto «Hermanos Ruiz Dorantes, SL»).

Y más en concreto argumentamos entonces que «... planteada como había sido la cuestión, de que se trataba de despidos fraudulentamente presentados como objetivos, cuando -se argumentaba- las extinciones debieran haberse producido en el marco de un PDC afectante a un «grupo laboral» de empresas, toda declaración de incompetencia objetiva que pudiera efectuar la Sala de lo Social debía necesariamente pasar por el previo rechazo del fraude denunciado y/o de su presupuesto -el grupo de empresas-....Cuestión que, por otra parte, en manera alguna era deferible al Juzgado de lo Social, porque habiéndose dirigido la demanda -escrito conteniendo el derecho de acción- al Tribunal Superior de Justicia ex art. 2.h) LRJS, éste únicamente podía eludir el examen de la cuestión de fondo -los 8 despidos por los que se accionaba- si previamente rechazaba, con la debida motivación, el alegado presupuesto de su propia competencia, esto es, el supuesto fraude consistente en tramitar de manera autónoma y desvinculaba las extinciones contractuales que se estaban produciendo en las diversas empresas del grupo. Lo que no podía hacer es limitarse al exclusivo aspecto formal de que se hubiesen producido despidos por causas objetivas, para así rechazar -en principio- la competencia de la Sala de lo Social, y «delegar» en el J/S el examen del posible grupo de empresas y consiguiente fraude que en su caso determinarían la competencia objetiva del TSJ... Con lo que -nos parece claro- se ha subvertido el enjuiciamiento debido, al rechazarse de manera cautelar - que no definitiva- el examen de la competencia objetiva, y en todo caso se ha negado la obligada tutela judicial, al omitirse el pronunciamiento imprecado



y remitir la cuestión ante órgano judicial no requerido por la parte ni -imprescindible la acción- en principio competente».

Consideramos que la decisión mayoritaria de que discrepamos no solo contradice de manera indirecta la doctrina de diversas sentencias de la Sala que tratan -sin cuestionamiento alguno- supuestos de fraudes en la contratación como dato previo necesario para determinar la existencia de despido colectivo, sino que parece chocar frontalmente con el criterio de la precitada resolución de 12/04/16 [rco 91/15].

2.- Aplicación en autos de la misma doctrina.- Parece casi innecesario indicar que los supuestos -el precedente y el ahora enjuiciado- ofrecen una identidad sustancial que justifica deban ser objeto de la misma doctrina. En ambas resoluciones el cese de los trabajadores se ampara formalmente en un dato que de por sí -de ser correcto- excluiría la necesidad de acudir al procedimiento del art. 51 ET, y que de no ser real ofrecería -en ambos casos- una conducta con innegable componente fraudulento: en el precedente citado, la ocultación de un cuestionado «grupo de empresas» con efectos laborales [bien resultase ser «grupo patológico» o «empresa de grupo», por seguir la terminología adoptada por la Sala en la STS SG 20/10/15 -rco 172/14-, FJ 4.2, para el DC de «Tragsa»]; y en presente, la indebida contratación de temporales para atender necesidades permanentes de la empleadora. Por ello, las mismas razones que en su día justificaron atribuir la competencia objetiva a la Sala de lo Social del TSJ el conocimiento de la pretensión sobre el afirmado despido colectivo [ex art. 7 LJS], igualmente han de llevar a idéntica atribución competencial en el caso de que tratamos, en tanto que la decisión contraria -la seguida por el criterio del que se discrepa- conculca la debida tutela judicial; como acto continuo se pasa a exponer.

CUARTO.- 1.- La tutela judicial y el derecho a un proceso determinado.- El art. 24 CE no incluye un derecho fundamental a procesos determinados, es decir, no comporta el derecho a que la pretensión ejercitada en la demanda se substancie a través de un concreto procedimiento. No existe un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional sino un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales establecidas por el legislador, por lo que es imprescindible que el cauce procesal elegido sea el jurídicamente correcto. En suma, el art. 24 CE no incluye un derecho fundamental a procesos determinados, sino que «son los órganos judiciales los que aplicando las normas competenciales o de otra índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea o no el elegido por la parte actora» (entre las recientes, SSTC 327/2005, de 12/Diciembre, FJ 3; 135/2008, de 27/Octubre, FJ 2; 40/2009, de 9/Febrero, FJ 4; 29/2010, de 27/Abril FJ 2; 125/2010, de 29/Noviembre, FJ 2; 165/2011, de 3/Noviembre, FJ 3; 20/2012, de 16/Febrero, FJ 7; y 44/2013, de 25/Febrero, FJ 4).

2.- Tutela judicial e interpretación de las normas procesales.- Sentado ello, esa misma doctrina constitucional es igualmente clara cuando formula diversas conclusiones estrechamente relacionadas con el problema que nos ocupa:

a).- El principio *pro actione* impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida, en tanto que a virtud de tal principio, los órganos judiciales «quedan compelidos a interpretar las normas procesales ... no sólo de manera razonable y razonada sino en sentido amplio y no restrictivo... con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso» (SSTC -entre tantas anteriores-52/2007, de 12/Marzo, FJ 2; 26/2008, de 11/Febrero, FJ 5; 119/2008, de 13/Octubre, FJ 4; 94/2009, de 20/Abril, FJ 2; y 27/2010, de 27/Abril, FJ 3. Y SSTC -por ejemplo- de 30/10/12 -rcud 4290/11-; y 07/07/16 -rco 167/15-, para «RTV» de Castilla/La Mancha).

b).- «La denegación de una resolución sobre el fondo del asunto, elemento nuclear del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al proceso [art. 24.1 CE], tiene trascendencia constitucional cuando tal inadmisión suponga una interpretación de la legalidad procesal manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto de error patente, así como cuando las reglas de acceso a la jurisdicción se interpreten de un modo rigorista, o excesivamente formalista, que revele una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión (o de no pronunciamiento sobre el fondo) preservan y los intereses que se sacrifican; en definitiva, se pretende evitar aquellas interpretaciones de la legalidad que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva» (recientes, SSTC 33/2008, de 25/Febrero, FJ 2; 114/2008, de 29/Septiembre, FJ 3; 153/2008, de 24/Noviembre, FJ 2; 27/2010, de 27/Abril, FJ 3; y 155/2012, de 16/Julio, FJ 3).

c).- «Tratándose del acceso a la jurisdicción, y estando por ello en juego la obtención de una primera decisión judicial, los cánones de control de constitucionalidad se amplían como consecuencia de la proyección



del principio *pro actione*, con el objeto de evitar que determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida» (así, SSTC 184/2004, de 2/Noviembre, FJ 3; 79/2005, de 4/Abril, FJ 2; 244/2006, de 24/Julio, FJ 2; 330/2006, de 20/Noviembre, FJ 2; y 27/2010, de 27/Abril, FJ 3).

d).- Cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se reclama para la defensa de derechos fundamentales sustantivos como es el caso del derecho a la libertad sindical, el canon de constitucionalidad a aplicar debe ser un canon reforzado [SSTC 37/1998, de 17/Febrero, FJ 3; 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 215/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 247/2006, de 24/Julio, FJ 5; 159/2006, de 22 de mayo, FJ 2; y 58/2011, de 3/Mayo, FJ 2]. «Las decisiones judiciales como la que aquí se recurre están especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles» (SSTC 10/2001, de 29/Enero, FJ 5; 203/2002, de 28/Octubre, FJ 3; y 65/2009, de 9/Marzo, FJ 3).

3.- La tutela judicial en el caso examinado.- Consideramos que la doctrina constitucional referida es poco compatible con la decisión de que discrepamos.

a) Remitir el asunto al resultado de las demandas individuales desatiende la finalidad de la atribución competencial, que como se dijo más arriba [FJ Segundo.3.d)] es la de evitar la « *posibilidad de divergencias de resoluciones judiciales*». Además, ello casa mal con los principios de economía procesal, concentración y celeridad (art. 74.1 LRJS) pues desde todo punto de vista -pero sobre todo desde la perspectiva del justiciable- parece preferible un solo proceso colectivo que 32 individuales, con todas las dificultades probatorias que ello comporta.

b) Parece poco compatible con las exigencias de tutela judicial expuestas que para la admisión a trámite de la demanda se exija la acreditación de lo que constituye una parte sustancial de la pretensión albergada. La demanda se limita a ejercitar la acción y a poner en marcha el proceso, correspondiendo al periodo de prueba acreditar las bases de su pretensión.

c) Tampoco compartimos que la incompetencia funcional defendida por la sentencia mayoritaria venga determinada por la necesidad de enjuiciar situaciones individualizadas. Ello es casi un imperativo en los supuestos de fraude y ocultación dirigida a eludir el umbral numérico determinante del despido colectivo; pero es que, además, la lectura de la demanda pone de manifiesto que ni siquiera sería preciso ese examen individualizado pues la base del derecho que se reclama - el carácter indefinido de la relación- tiene por único fundamento la consideración, común a todos los trabajadores, de que sus idénticos contratos como Monitores Escolares se amparan formalmente en obra o servicio determinado, pero en realidad atienden a necesidades permanentes de la empresa, con lo que ya *a priori* se excluye por el Sindicato accionante la singularidad probatoria a que se refiere el criterio mayoritario.

d) El referido Sindicato demandante sostiene, además de la conculcación de normativa -sustantiva y procesal- ordinaria, la vulneración del derecho de libertad sindical [todos los trabajadores afectados se hallan afiliados a USTEA] y del principio de indemnidad [todos ellos había reclamado administrativa y judicialmente la cualidad indefinida de su relación, así como obtenido informe favorable de la Inspección de Trabajo]. Por tanto, estando en juego derechos fundamentales, se imponía a la decisión mayoritaria el canon reforzado de razonabilidad y motivación a que más arriba nos hemos referido; canon que, en nuestra opinión, queda desatendido por la decisión de que discrepamos.

d) Rechazamos el planteamiento accionante de que la solución de la Sala «supondría un espacio de ,inmunidad procesal, opaco al conocimiento y reflexión judicial sobre todos los elementos ... que concurren en estas situaciones», porque -como se ha visto- la sentencia remite el conocimiento de la causa a los Juzgados de lo Social, por lo que con ello se evita lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado -y rechazado- situación «sin salida» generadora de indefensión [SSTC 26/1991, de 11/Febrero, FJ 3; y 117/2009, de 18/Mayo, FJ 3]. Pero sí nos parece, por todo lo expuesto, que la remisión de la litis a los Juzgados de lo Social no satisface en primer plano la obligada tutela judicial, en tanto que comporta la falta de la adecuada respuesta sobre el fondo por parte del órgano que legalmente tiene atribuida la competencia.

Todas estas consideraciones nos mueven a discrepar de la sentencia aprobada por la mayoría de Sala. Consideramos que debió revocarse el Auto recurrido y disponer que persistiera en su tramitación el



procedimiento de despido colectivo que USTEA había instado, al objeto de que la Sala -tras los oportunos y obligados trámites- resolviese la cuestión de fondo suscitada.

Madrid, a 21 de diciembre de 2016

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D^a Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ