

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Sentencia 283/2019 de 4 Abr. 2019, Rec. 165/2018**Ponente: Virolés Piñol, Rosa María.****Nº de Sentencia: 283/2019****Nº de Recurso: 165/2018****Jurisdicción: SOCIAL**

ECLI: ES:TS:2019:1574

DESPIDO COLECTIVO. Superación de los umbrales numéricos. Sector contact center. Se trata de una despido colectivo de facto, pues del cómputo para la determinación de los umbrales están incluidos los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizan antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente, estando excluidos solo aquellas extinciones que se producen por motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan en cumplimiento del término. Aunque la empresa ha cumplido con lo dispuesto en el art. 17 del convenio, pero este no regula ni puede hacerlo, una causa distinta y autónoma a las establecidas en el ET, por lo que se ha de acudir al art. 51 ET. Es competente para conocer el TSJ.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ Madrid, sobre despido colectivo, que casa y anula, y acuerda devolver las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dejando imprevista en su totalidad la acción contenida en la demanda, para que, partiendo de la afirmación de su competencia para conocer del asunto, se pronuncie con absoluta libertad de criterio sobre todas las cuestiones planteadas en el mismo.

CASACION núm.: 165/2018

Ponente: Excm. Sra. D.ª Rosa Maria Viroles Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Social****PLENO****Sentencia núm. 283/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Dª. Rosa Maria Viroles Piñol

Dª. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

D^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 4 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Confederación General del Trabajo, representada y asistida por el letrado D. Francisco Saúl Talavera Carballo contra la sentencia dictada el 5 de marzo de 2018, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el procedimiento 942/2017 (LA LEY 42774/2018), en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la Confederación General del Trabajo contra Confederación Sindical Comisiones Obreras CCOO, Unión General de Trabajadores UGT, FASGA, Sindicato Único de Trabajadores Solidaridad Obreras, Unión Sindical Obrera USO, Comité de Empresa Konecta Bto, S.L. y Konecta Bto S.L., sobre despido colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrido la empresa Konecta Bto, S.L. representada y asistida por el letrado D. Sergio Samuel Juárez Díez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la Confederación General del Trabajo se presentó demanda de despido colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la 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 el 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."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 5 de marzo de 2018 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que consta el siguiente fallo: "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 Juzgado de lo Social por el cauce del proceso individual de despido."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: PRIMERO.- El 1 de mayo de 2016 "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 (LA LEY 1270/1995))."* 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 SECURITAS 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 aquella 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:

Florencia -5-16850'4 €

Genoveva

Braulio

Herminia

Isabel

Joaquina

Cirilo

Justa

Leonor

Luz

Donato

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

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:

Eloy 6-5-161218'11 €

Modesta

Eutimio

Nieves

Faustino

Palmira

Felix

Petra

Purificacion

Genaro

Rocío

Rosana

Ruth

Ildefonso

Susana

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

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 e 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 Leonor : 5.9.17

Doña Luz : 5.9.17

D. Eloy : 4.9.17

Doña Modesta : 28.8.17

Doña Nieves : 4.9.17

D. Faustino : 1.9.17

Doña Palmira : 4.9.17

D. Felix : 4.9.17

Doña Purificacion : 11.9.17

D. Genaro : 28.8.17

Doña Rocío : 28.8.17

Doña Rosana : 11.9.17

Doña Ruth : 11.9.17

Doña Susana : 11.9.17

Doña Angelina : 4.9.17

Doña Crescencia : 1.9.17

D. Melchor : 11.9.17

Doña Esther : 1.9.17

Doña Flora : 31.8.17

Doña Miriam : 28.8.17

Doña Otilia : 28.8.17

Doña Margarita : 1.9.17

Doña Marisol : 1.9.17

Doña Matilde : 28.8.17

D. Jose Enrique : 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."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación la Confederación General del Trabajo, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la parte personada, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar que el recurso formalizado con dos motivos debe ser desestimado, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, acordando la Sala que dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, señalándose para su celebración el día 16 de enero de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO se formula demanda, frente a la 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., cuyo suplico 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".

A dicha demanda se adhirieron los sindicatos y el comité de empresa codemandados.

2.- Por sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de marzo de 2018 (LA LEY 42774/2018) , en el procedimiento núm. 942/2017, se estima la excepción de falta de competencia objetiva de esta Sala, y sin examinar las restantes excepciones formuladas ni las cuestiones de fondo, declara que son competentes los Juzgados de lo Social por el cauce del proceso individual de despido.

Argumenta la sentencia que: "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 este caso -señala-, 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".

Estima la sentencia que la vía adecuada debe ser, 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

extremos postulados.

SEGUNDO.- 1.- Contra la referida sentencia interpone recurso de casación la demandante CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, articulando dos motivos de recurso, en los términos que se dirá, e interesando la revocación de la sentencia recurrida para que se declare que los despidos llevados a cabo por la empresa demandada los días 13 y 31 de julio de 2017 constituyen un despido nulo con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

2.- Por la empresa KONECTA BTO SL, se procede a la impugnación del recurso, interesando su desestimación.

3.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe interesando asimismo su desestimación, por entender que no pueden computarse las extinciones de 48 contratos de trabajo como despido colectivo de hecho, puesto que tienen amparo en el propio convenio colectivo de aplicación, y es conforme con la doctrina de esta Sala IV/TS a las que se refiere.

TERCERO.- El primer motivo de recurso se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 270 b) de la LRJS (LA LEY 19110/2011) , denunciando la infracción de lo dispuesto en los arts. 7 a) y 124 de la LRJS (LA LEY 19110/2011) .

1.- La cuestión litigiosa se centra y limita a determinar si la Sala de instancia tiene o no competencia objetiva para conocer de la demanda formulada. Se debate realmente, si ha existido un despido colectivo que justifique la utilización del proceso del art. 124 LRJS (LA LEY 19110/2011) .

La Sala de instancia estima que conforme al art. 7 a) de la LRJS (LA LEY 19110/2011) , " 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 (LA LEY 19110/2011) , 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 (LA LEY 19110/2011)). 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 (LA LEY 19110/2011) 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 LEY 6097/1998)".

La sentencia recurrida parte de la doctrina de esta Sala IV/TS, al referirse al concepto de despido colectivo teniendo en cuenta la coordinación de la norma nacional con la comunitaria, con cita de las SSTS/IV de 8-7-12 (rcud. 2341/11 (LA LEY 134563/2012)) que rechaza 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. Señalamos en dicha sentencia:

"(...) 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 (LA LEY 5697/1993), Asunto 334/92 ; 14/07/94, Asunto C- 91/92 (LA LEY 9929/1994) ; y 04/07/06, Asunto C- 212/04 (LA LEY 87896/2006) . Y STS 24/06/09 -rcud 1542/08 (LA LEY 125593/2009) -], 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 (LA LEY 190046/2011) -); b) que -como adelantamos poco más arriba- "En virtud del artículo 1, apartado 1, letra a),

de la Directiva [98/59 (LA LEY 6097/1998)], 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);..."

"(...) 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 (LA LEY 6097/1998)], 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".

2.- La cuestión litigiosa en el presente caso, se centra en determinar si la empresa ha realizado extinciones de contratos computables superiores a los umbrales sin llevar a cabo el procedimiento del art. 51.1 del ET . Esta Sala IV/ TS ha resuelto la cuestión en sentencia de fecha 10 de octubre de 2017 rco. 86/17 (LA LEY 158913/2017) en relación a un cierre de centro de trabajo con número de despidos por causas objetivas inferior a los umbrales legales, en concreto, "si por debajo de los umbrales previstos en el art. 51.1 ET y del art. 1.1 de la Directiva 98/59 (LA LEY 6097/1998) CE, de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, resulta jurídicamente posible llevar a cabo un despido colectivo por las causas consignadas en el art. 51.1 ET , en lugar de acudir necesariamente a la vía prevista para tales situaciones en el artículo 52 c) ET realizando despidos individuales, puesto que de ser la respuesta negativa, se vería afectada la competencia objetiva de la Sala de lo Social de instancia y de la que por ello también vendría atribuida a esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en orden al recurso de casación, de conformidad con las reglas establecidas en el párrafo segundo de la letra a) del art. 7 LRJS (LA LEY 19110/2011) para la Sala de lo Social, y en el art. 9 b) y 205.1 de la misma norma procesal para la propia competencia objetiva de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo".

En tal caso, la Sala resuelve que: "Ante el referido problema la Sala ya ha sentado dos precedentes que habrán de conducir ahora a entender que esos umbrales que configuran la necesidad de llevar a cabo un despido colectivo cuando son alcanzados, de la misma manera impiden que la empresa opte por realizarlo cuando tales umbrales no se alcanzan, porque no existe en ese caso de un derecho a disponer libremente de una u otra modalidad de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción - individual o colectivo- teniendo en cuenta que la puesta en marcha de los trámites y procedimientos propios de ese despido colectivo, alcanzan no solo a la propia naturaleza del propio despido, teniendo en cuenta que el art. 51.4 ET permite que el colectivo termine con un acuerdo firmado entre los representantes de los trabajadores y la empresa, con las correspondientes repercusiones en los despidos individuales, sino que también esa opción empresarial equivocada se proyecta sobre todo el ámbito procesal de la legitimación activa -sujetos colectivos- y, lo que es más relevante, desde el punto de vista de la indisponibilidad de los derechos, sobre la propia competencia objetiva de los tribunales, de manera que se atribuye a las Salas de lo Social en única instancia y al Tribunal Supremo la casación, por la vía de una simple opción empresarial y, eventualmente, de acuerdo con los representantes de los trabajadores, de un procedimiento que es colectivo precisamente porque esa dimensión concreta se la ha atribuido la Ley únicamente en aquellos casos en los que se alcanzan los umbrales legalmente establecidos."

Y en el supuesto del que se ha venido a denominar despido colectivo de hecho, esta Sala admite la idoneidad del proceso de despido colectivo cuando se ha llevado a cabo un número de extinciones computables, por causas no inherentes al trabajador, sin seguir los trámites previstos en el art. 51.1 ET . Así en la STS/IV de 18 de noviembre de 2014 (rco. 65/2014 (LA LEY 187574/2014)), señalamos que:

"(...) debe tenerse presente la doctrina de esta Sala, establecida en sus sentencias de 25-11-2013 (R. 52/2013 (LA LEY 203651/2013)) y 26-11-2013 (R. 334/2013 (LA LEY 227232/2013)), sobre las extinciones contractuales computables a efectos de determinar la existencia de despido colectivo. En estas sentencias, cuando se trata de despidos disciplinarios declarados improcedentes por acuerdo entre las parte o por resolución judicial se dice: "Partiendo de estos preceptos, hay que concluir que tanto los despidos disciplinarios en los que se reconoció la

improcedencia en transacciones judiciales o extrajudiciales, como los despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional, no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo o en dimisiones, al margen de la intervención del empleador. Por el contrario, siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas "a iniciativa del empresario" y que se producen además "por motivos no inherentes a la persona del trabajador", pues no deriva de la persona del trabajador un despido para el que se alega una causa objetiva vinculada al interés empresarial, ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente. La transacción no altera la naturaleza del acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial (art. 1809 del Código Civil (LA LEY 1/1889)). Por ello, no se ha infringido este precepto, ni el art. 1815 del mismo Código sobre el alcance del negocio transaccional y la disposición de derechos que en ella se establece."

"En este punto debe precisarse que la sentencia recurrida se limita a establecer la nulidad del despido colectivo, sin entrar, dada la naturaleza de este proceso, en una decisión sobre los efectos que los mencionados acuerdos puedan tener para los trabajadores afectados por los mismos, pues ésta es materia propia de un proceso individual. De ahí que tampoco haya infracción alguna de los artículos 1254 (LA LEY 1/1889) y 1255 del Código Civil (LA LEY 1/1889) , sobre la existencia y contenido del contrato."

"Por ello, si un despido disciplinario -en principio, vinculado a la conducta del trabajador, como ya se ha dicho- se declara improcedente y, pese a ello, el contrato se extingue, el cese no podrá ser excluido del cómputo a efectos del despido colectivo, como tampoco podrá serlo, la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal. En consecuencia, los despidos disciplinarios que en el presente caso se reconocieron improcedentes son computables a efectos de los umbrales del art. 51.1 del ET y lo mismo ocurre con los despidos por causas objetivas para los que también se admitió su improcedencia y ello con independencia de lo que dispone el párrafo sexto del nº 1 del art. 51 ET .".

(...) De la anterior doctrina se desprende que los despidos disciplinarios, declarados improcedentes o consensuados como tales, son computables a los efectos del art. 51-1 del E.T ., esto es para determinar la existencia de despido colectivo. Consecuentemente, procede desestimar el motivo del recurso examinado, por cuanto los despidos improcedentes decididos por la demandada son computables a efectos de la calificación de la existencia de despido colectivo, conforme al art. 51-1 del E.T ., cual ha resuelto la sentencia recurrida y en el recurso acaba aceptando la empresa".

En el presente caso, la duda está en la certeza de que las extinciones discutidas sean o no computables a efectos de configurar un despido colectivo de facto, para lo cual se hace necesario determinar si los contratos de obra o servicio determinado eran fraudulentos. La duda se disipa al no haberse cuestionado la validez de tales contratos.

La cuestión ha sido abordada por la Sala, en sentencia de 13 de julio de 2017 (rco. 25/2017 (LA LEY 103027/2017)), que desestima el recurso de casación formulado por CGT contra sentencia que declaró ajustado a derecho el despido colectivo efectuado por INDRA. Recordábamos allí que:

"En nuestras SSTS 10 junio 2008 (rec. 1204/2007 (LA LEY 86581/2008)), 8 noviembre 2010 (rec. 4173/2009 (LA LEY 214087/2010)), 16 julio 2014 (rec. 1777/2013 (LA LEY 107506/2014)), 17 septiembre 2014 (rec. 2069/2013 (LA LEY 143717/2014)) y 22 septiembre 2014 (rec. 2689/2013 (LA LEY 219440/2014)) entre otras, hemos puesto de relieve que la reducción del volumen de actividad encomendado por una empresa comitente a otra auxiliar puede justificar la extinción de cierto número de contratos por circunstancias objetivas al amparo del artículo 52,c) ET , pero no la extinción al amparo del art. 49.1,c), preceptos que tienen regímenes indemnizatorios diversos. Como quiera que ni las disposiciones legales y reglamentarias estatales, ni el convenio colectivo aplicable, ni tampoco el propio contrato contienen mandato ni previsión alguna en el sentido de que el tipo de contrato que contemplamos pueda extinguirse por el hecho de que la empresa comitente haya dispuesto que la contratista destine a la ejecución de la contrata un menor número de operarios que los inicialmente requeridos, es visto que este hecho no autoriza a la empleadora a dar por finalizada la relación laboral con el actor, pues lo contrario supondría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato, en contra de la prohibición expresa del art. 1256 del Código Civil (LA LEY 1/1889) .

(...) A) No hay en el recurso razonamiento alguno acerca del modo en que debe cohonestarse su tesis con la previsión del artículo 17 del convenio colectivo en cuestión. En todo caso, no ha cuestionado la validez de la

previsión convencional, que legitima la extinción progresiva de contratos para servicio determinado conforme se disminuye la obra.

Lo cierto es que si los 110 contratos de obra fueron extinguidos al amparo del art. 17 del Convenio resulta imposible valorar la validez de un DC atendiendo al hecho de que aquellos no se hubieran incluido en el mismo. Si se desea impugnar la terminación de esos 110 contratos habrá de realizarse combatiéndolos; si, meramente, se desea que valoremos el alcance de la referida terminación ya hemos advertido en el Fundamento anterior que ello no es posible pues desborda el objeto del presente proceso".

Ello es lo que señala la sentencia recurrida ha sucedido en el presente caso, al constar que las extinciones de contratos de obra o servicio determinado, se han llevado a cabo conforme establece el art. 17 del Convenio colectivo aplicable de Contact Center (BOE 27/07/2012 (LA LEY 13218/2012)), en cuanto en relación a la extinción del contrato por obra o servicio por disminución del volumen o de la campaña contratada señala:

"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 Días de preaviso

Hasta 90 días

De 91 a 150 días

De 151 a 250 días

De 251 días en adelante

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 (LA LEY 1904/2012) , 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".

3.- Ahora bien, no puede negarse que el convenio colectivo no puede regular la extinción de los contratos por obra o servicio determinado por causa de disminución o reducción del volumen de la contrata, al margen de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, ni que en el art. 49 del mismo se regule ninguna causa nueva de extinción de las que señala, sino que tal situación tiene encaje en lo dispuesto en los arts. 51 ó 52 c) del ET .

El art. 17 del Convenio Colectivo de Contact Center , no regula ni puede hacerlo, una causa distinta y autónoma a las establecidas en el ET, por lo tanto hemos de acudir al art. 51 del mismo para determinar si estamos o no ante un despido colectivo.

Y la conclusión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso antes reseñadas, no puede ser otra que la de determinar que *nos encontramos ante un despido colectivo de facto, pues del cómputo para la determinación de los umbrales a que se refiere el art. 51 ET , están incluidos los contratos temporales concertados para la ejecución*

de una contrata que finalizan antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente, estando excluidos solamente aquellas extinciones que se producen por motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan por cumplimiento del término; y en el caso son 47 las extinciones que se produjeron (11 de ellas el 13 de julio de 2017 y 36 el 31 de julio siguiente).

En consecuencia, superándose los umbrales previstos en el art. 51 ET, nos encontramos ante un despido colectivo, cuyo conocimiento -en el caso- es competencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. Y siendo la competencia objetiva la única cuestión que debe abordar esta Sala IV/TS con carácter previo, en este momento procesal, la estimación de este motivo de recurso veta a esta Sala del examen de otras cuestiones relativas al fondo del asunto que corresponderá a la Sala de procedencia resolver.

CUARTO.- El segundo motivo lo formula el recurrente al amparo de lo dispuesto en el art. 215 c) de la LRJS (LA LEY 19110/2011), reproduciendo su contenido, para solicitar que por esta Sala IV/TS se resuelva de forma definitiva sobre el objeto del debate planteado; y que de entender que "dicha extinción no podría quedar amparada en la facultad otorgada por el art. 17 del Convenio Colectivo de aplicación, las amortizaciones habrían superado los umbrales del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y por tanto dichos despidos deberían de ser declarados nulos..." apoyándose en el voto particular de la sentencia recurrida.

Por cuanto queda dicho en el fundamento anterior, este motivo está abocado a la desestimación.

QUINTO.- En consecuencia, y visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y apreciar que la competencia objetiva para el conocimiento de la cuestión planteada, reside en la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dejando imprejuzgada en su totalidad la acción contenida en la demanda, siendo el órgano competente el que deberá, en su caso, dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por las partes. No procede la imposición de costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 235.1 LRJS (LA LEY 19110/2011).

FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Francisco Saúl Talavera Carballo, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO.

2º) Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de marzo de 2018 (LA LEY 42774/2018), dictada en el procedimiento núm. 942/2017 seguido a instancia de la aquí recurrente contra la 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., sobre despido colectivo, y acordar devolver las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dejando imprejuzgada en su totalidad la acción contenida en la demanda, para que, partiendo de la afirmación de su competencia para conocer del asunto, se pronuncie con absoluta libertad de criterio sobre todas las cuestiones planteadas en el mismo.

3º) Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.