

CASACION núm.: 148/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. -----

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 62/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 24 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Confederación General del Trabajo (CGT), representado y asistido por la letrada D^a. Teresa Ramos Antuñano, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 6 de mayo de 2019, dictada en autos número 55/2019, en virtud de demanda formulada por CGT, frente a

Teleperformance España SAU; Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras CCOO; Federación Estatal de Servicios de la UGT; Unión Sindical Obrera (USO); y Confederación Intersindical Galega (CIG), sobre Despido Colectivo.

Han comparecido en concepto de parte recurrida, Teleperformance España SAU, representado y asistido por el letrado D. -----; Federación de Servicios de CCOO, representado y asistido por la letrada D^a. -- -----; y FeSMC-UGT, representado y asistido por el letrado D. -----.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de CGT, se interpuso demanda de Despido Colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que:

«se declare que las extinciones disciplinarias reconocidas o declaradas como improcedentes citadas en el presente escrito así como las 27 extinciones individuales de los contratos de obra o servicio determinado realizados por la mercantil demandada , 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, en el periodo temporal comprendido entre el período de 90 días, desde el 1 de noviembre de 2018 al 29 de enero de 2019 son nulas de pleno derecho, al haber superado todas ellas 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.

A los efectos establecidos en el artículo 157 apartado primero de la Ley 36/2011 de 10 de octubre de la Jurisdicción Social, procedemos a consignar los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto, manifestando que el presente conflicto colectivo afecta a todas las personas trabajadoras cuyos contratos temporales de obra o servicio determinado han sido extinguidos de forma anticipada en virtud del artículo 17 del Convenio Colectivo de Contact Center y que

ido

disciplinario declarado o reconocido como improcedentes o cualquier extinción por causa no imputable a la persona del trabajador».

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 6 de mayo de 2019 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«En la demanda interpuesta por CGT frente a TELEPERFORMANCE ESPAÑA SAU, sobre despido colectivo, a la que se han adherido UGT, CCOO, USO, ESTIMAMOS LAS EXCEPCIONES INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO Y DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN y, en consecuencia, DESESTIMAMOS la demanda interpuesta y absolvemos a la demandada de los pedimentos frente a ella formulados».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La demandada se encuentra dentro del ámbito de aplicación II Convenio Colectivo del Sector de Contact Center (antes Telemarketing) registrado y publicado a través de resolución de 29 de junio de 2017 de la Dirección General de Empleo (Código de convenio número 99012145012002). Teleperformance España SAU, tiene centros de trabajos en más de una comunidad autónoma, contando con una plantilla que asciende a más de 300 trabajadores.

Los centros de trabajos donde se encuentran campañas cuyos servicios son para el cliente de Vodafone son los siguientes: Ponferrada, Sevilla, La Carolina y Barcelona. También tiene centros de trabajo en Madrid, A Coruña y Cantabria.

La Confederación General del Trabajo (CGT) está legitimada para negociar en el sector de Contact Center, teniendo la consideración de representativo en el sector de Contact center-conforme-.

SEGUNDO.- El día 14-1-2019 la empresa remitió escrito a los Comités de Empresa de Ponferrada y Sevilla con el contenido que obra en los descriptores 2 y 3 cuyo contenido damos por reproducido.

En dichas comunicaciones se informaba a dichas representaciones de los trabajadores que el cliente VODAFONE ESPAÑA SA había venido reduciendo la actividad de la empresa relacionada con la "actividad de prestación al cliente de Vodafone" que se desarrollaba en dichos centros de trabajo, lo que conllevaba la necesidad de reducir el número de personas adscritas a dicho servicio suponiendo "una disminución del volumen contratado" que hacía innecesario el número de trabajadores/as contratados para la ejecución de la obra o servicio",

por lo que procedería a extinguir entre los días 27 y 29-1-2019 un total de 27 contratos de trabajo para obra o servicio (24 en Sevilla y 3 en Ponferrada). A continuación, listaba los trabajadores afectados por dicha medida, confeccionada con el criterio de preferencia establecido al efecto en el art. 17 del Convenio Colectivo del Contact center.

En la comunicación se informaba del número de llamadas entrantes, atendidas y no atendidas en los meses de julio de 2018 a diciembre de 2018, de la facturación por meses desde septiembre a diciembre de 2018, exponiendo que de dichos datos se infería que entre septiembre y diciembre el número de llamadas entrantes había descendido un 28 por ciento, mientras que el número de FTE (trabajador a tiempo completo o “full time equivalent”) sólo se había ajustado en 23 por ciento.

A tal fin aportaba cuadro comparativo desglosado por meses de septiembre a diciembre de:

- FTEs activos trabajando en los dos centros de trabajo;
- FTEs activos planificados (incluyendo días libres, festivos y vacaciones)
- FTE vacaciones y días libres y festivos.
- Porcentaje de FTE vacaciones y días libres festivos.

Además, se anexaba:

- Información por semanas desde el 1-7-2018 hasta el 31-12-2018 de llamadas entrantes, atendidas y no atendidas, tiempo medio de atención de llamadas atendidas en segundos y media de llamadas atendidas por operador y día.
- Información por semanas desde el 1-7-2018 hasta el 31-12-2018 de llamadas entrantes, atendidas y no atendidas, tiempo medio de atención de llamadas atendidas en segundos y media de llamadas atendidas por operador y día.
- Número de agentes adscritos al servicio desglosados por meses y turnos – mañana, partido y total-.

TERCERO.- El día 15-1-2019 la empresa remitió nuevas comunicaciones a los comités de empresa con el contenido que obra en los descriptores 88 y 89 en las que informaba que el listado de trabajadores afectados por las extinciones remitido el día anterior resultaba incorrecto conforme al art. 17 del Convenio y que se modificaba aportando nueva lista de 27 afectados, que serían todos del centro de Sevilla.

CUARTO.- El día 25-1-2019 CGT emitió a la empresa informe contradictorio con el contenido que obra en los descriptores 4 y 90 y que damos por reproducido, en el que consideraba absolutamente injustificada la medida anunciada por la empresa se extinguir 27 contratos de obra, por las razones que al efecto se exponían:

- Que la empresa no había informado con relación a la campaña en cuestión de las modificaciones de la contrata que han dado lugar al departamento denominado “New Age”-, lo que impide la aplicación del art. 17 del Convenio colectivo Contact center puesto que para su aplicación es presupuesto necesario que se hayan cumplido con las obligaciones de información impuestas por el art. 14 del mismo Convenio.
- Que la información relativa a la facturación y a evolución del número de trabajadores a asignados se refería únicamente a cuatro meses y no a seis como exige el art. 17 del Convenio colectivo.

- Que estando otros centros de la empresa destinados a desarrollar la campaña de Vodafone (Barcelona y la Carolina), se consideraba necesario aportar los datos de la misma a nivel estatal y no respecto de los centros afectados.
- Que existían contradicciones entre los datos de FTE y el efectivo número de agentes.
- Que en la última semana de diciembre el número de llamadas era superior al de las anteriores.
- Que se consideraba erróneo el cálculo de la duración media de llamada por semana, aportándose cálculos efectuados por CGT deducía que los datos de “tiempo medio de atención de llamada atendida” no ha disminuido ni aumentado significativamente en los meses de julio a diciembre, se han mantenido bastante estables y, comparándolo con la media semanal de llamadas atendidas por operador (que también se ha mantenido bastante estable durante los meses de agosto a noviembre), podemos extraer que se han seguido atendiendo aproximadamente el mismo número de llamadas por operador con la misma duración media de llamadas sin que el tiempo de las llamadas haya afectado al número de llamadas que se han atendido a pesar de disminuir el número de trabajadores/as en dicha campaña durante estos meses, de lo que se razona que la empresa ha podido afrontar una supuesta disminución del número de llamadas entrantes totales desde los meses de julio a diciembre sin necesidad de adoptar medidas que supongan la pérdida de puestos de trabajo, tan sólo con reestructuraciones de plantilla
- Que no se facilitaban datos del número de personas activas en julio y agosto y el número de personas activas cada día.

Igualmente formularon alegaciones UGT y CCOO- descriptores 91 y 92.

QUINTO.- El informe de CGT fue respondido por la empresa en fecha 8-2-2019 mediante escrito cuyo contenido obra en el descriptor 93- por reproducido- en el que se exponía:

- Que la empresa había informado a la RLT de las renovaciones del contrato suscrito con Vodafone al menos en las siguientes fechas 30/6/2008, 6/10/2009, 178/2014, 15/12/2014, 2279/2015 y 7/4/2016, habiéndose informado de los aspectos mercantiles de departamento “New Age” en fecha 26/10/2018.
- Que el art. 17 del Convenio no impone obligación de incluir dato alguno relativo a la facturación, ni sobre el número de trabajadores empleados;
- Que no se incluyen datos relativos a La Carolina porque el servicio que se presta en dicho centro se refiere a personas jurídicas no a particulares como es el prestado en Ponferrada y Sevilla;
- Explicó la distinción entre FTE y número real de agentes, que los datos de media de duración de llamadas no podían hacerse calculando la media aritmética entre todos los días, sino ponderando el número de llamadas que se reciben en cada uno.

Las alegaciones de UGT y CCOO fueron respondidas mediante los escritos obrantes en los descriptores 94 y 95.

CGT remitió nuevas alegaciones a la empresa cuyo contenido obra en el descriptor 96 que damos por reproducido en el que se valoraban las contestaciones ofrecidas por la empresa y se solicitaba información relativa a agentes FTE en julio y agosto de 2018, y se reiteraba la solicitud de aclaración referente a la forma de cálculo del tiempo medio de atención a llamada.

SEXTO.- Las extinciones de 27 los contratos de obra fueron efectivas entre los días 27 y 29 de enero de 2.019.

Entre el 1-11-2018 y el 29-11-2.019 ha procedido a extinguir mediante despido otros 21 contratos de trabajo que han sido reconocidos posteriormente como improcedentes en conciliación administrativa, el último de estos despidos fue efectivo el día 21-1-2.019.- conforme-.

SÉPTIMO.- La empresa ha comunicado a la RLT al menos las siguientes novaciones o modificaciones contractuales:

- EL 30-6-2.008 al Comité de empresa de Sevilla, a CGT a UGT, y a CCOO con relación a la prestación de servicio de atención al cliente de Vodafone España en los términos que obran en el descriptor 156- por reproducido-
- El 6-10-2.009 a la Sección sindical de UGT de las modificaciones operadas en el referido contrato en los términos que obran el descriptor 157 por reproducido-.
- El 14-7-2.011 al Comité de empresa de Sevilla, a CGT, UGT y CCOO respecto de las variantes surgidas con relación al mismo contrato desde su suscripción en 2.008 en los términos que obran en el descriptor 159 que damos por reproducido.
- El 20 de junio de 2012 al Comité de empresa de la empresa Iberphone SAU de Ponferrada del contrato suscrito entre Vodafone y Sykes Interprises Incorporated en el que la demandada se había subrogado en los términos que obran en el descriptor 160 que damos por reproducido.
- El 15-12-2014 al Comité de empresa de Sevilla y a las secciones sindicales respecto de las variantes surgidas en el contrato firmado por la demandada y Vodafone España prorrogado en 2.013 en los términos que obran en el descriptor 161 que damos por reproducido.
- El 7-4-2015 al Comité y Secciones sindicales de Sevilla respecto de los siguientes departamentos a los que se dará cobertura desde ese centro: servicio de bajas, y servicio de portabilidad, así como respecto del dimensionamiento de los mismos en los términos que obran en el descriptor 162 que damos por reproducido.
- El 26 de octubre de 2018 al Comité y Secciones sindicales de Sevilla con relación al proyecto New Age en fase piloto en los términos que obran en el descriptor 163 que damos por reproducido.

OCTAVO.- Damos igualmente por reproducidos los denominados Acuerdos marcos suscritos por la demandada con Vodafone en 12-4-2.013 y en 2.018- descriptores 163 y 164.-.

En este último contrato consta que el servicio de atención a los clientes post-pago y prepago de Vodafone se presta desde los centros de Ponferrada y Sevilla a las personas físicas y desde la Carolina a empresas y personas jurídicas.

Dentro del servicio que se presta las personas físicas, se distinguen los siguientes tipos de clientes:

- FAMILY o cliente ordinario;
- DIAMANTE o clientes que merecen una atención preferente en función del volumen los servicios contratados;
- One way o clientes con tecnología específica

- New Age, aquellos clientes de más difícil fidelización. - testifical de la empresa-. Las llamadas que desean ser atendidas en Catalán o en Euskera, son remitidas al centro de Barcelona-. Testifical y contrato de obra tipo aportado del centro de Barcelona (Cláusula adicional 2ª).

NOVENO. Damos por reproducido el contrato suscrito en fecha 15-11-2010 entre la empresa Iberphone SAU y Vodafone España para la prestación de servicios de atención telefónica en un centro de trabajo de aquella en la ciudad de Sevilla- descriptor 189-, así como los incentivos obrantes en los descriptores 189 y ss.

DÉCIMO. Para obtener la información que se proporcionó a la RLT la empresa se ha valido de 2 herramientas informáticas, una de la Teleperformance WF, propia de la empresa, que se ocupa de las personas y otra de Vodafone "Genesis" que se ocupa de las llamadas.- testifical de la empresa-.».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de CGT, en el que se alega los siguientes motivos:

«1º.- Al amparo del art. 207. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se denuncia incompetencia o inadecuación de procedimiento. Indebida aplicación de la excepción de inadecuación del procedimiento. Vulneración de los artículos 8 1) y 124 de la LRJS.

2º.- Al amparo del art. 207. d) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Error en la apreciación de la prueba respecto al hecho probado sexto.

3º.- Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 207 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se denuncia POR INFRACCIÓN DE NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DE LA JURISPRUDENCIA. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico respecto a la vulneración de la tutela judicial efectiva, artículo 24 de la CE.

4º.- Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 207 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se denuncia POR INFRACCIÓN DE NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DE LA JURISPRUDENCIA. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico respecto al procedimiento de despido colectivo. Los preceptos infringidos son: Directiva 89/59/CE de 20 de julio de 1998, artículo 49.1 c), 51 y 52 del ET y artículo 124 de la LRJS.

5º.- Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 207 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se denuncia POR INFRACCIÓN DE NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DE LA JURISPRUDENCIA. Indebida aplicación de la excepción procesal de caducidad. Vulneración del artículo 59 del ET.

6º.- Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 207 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se denuncia POR INFRACCIÓN DE NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DE LA JURISPRUDENCIA. Vulneración de la sentencia del

Tribunal Supremo número 283/2019, Pleno, de fecha 4 de abril de 2019 (Casación 165/2018).»

El recurso fue impugnado por el letrado D. ----- en representación de Teleperformance España SAU.

Por la letrada D^a. Pilar Caballero Marcos, en representación de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras; y por el letrado D. Juan Lozano Gallen, en representación de FeSMC-UGT, se presentaron sendos escritos de adhesión al recurso.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente se declararon conclusos los autos y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día 22 de enero de 2020, convocándose a todos los Magistrados de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la Confederación General del Trabajo (CGT) se recurre en casación ordinaria la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 2019 que desestimó la demanda deducida por CGT en la que se impugnaba un supuesto despido colectivo de hecho. La sentencia recurrida estimó las excepciones de inadecuación de procedimiento y de caducidad. La primera de ellas por entender que la modalidad procesal del artículo 124 LRJS no resulta adecuada para examinar la legalidad de las extinciones de contratos celebrados con arreglo a las previsiones contenidas en el artículo 17 del Convenio Colectivo de Contact Center. Y la segunda por

entender que desde la última extinción computable (de fecha 21 de enero de 2019) hasta la presentación de la demanda (27 de febrero de 2019) había transcurrido en exceso el plazo de veinte días, con lo que la acción estaba caducada.

Al recurso se han adherido Comisiones Obreras (CCOO) y la Unión General de Trabajadores (UGT). Ha sido impugnado de contrario por la mercantil demandada Teleperformance España SAU e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo procedente.

2.- CGT en su demanda solicitaba que se declarase que las extinciones disciplinarias reconocidas o declaradas improcedentes citadas en la propia demanda, así como las 27 extinciones individuales de los contratos de obra o servicio determinado realizados por la mercantil demandada en virtud del artículo 17 del Convenio Colectivo de Contact Center, en el período temporal entre el 1 de noviembre y el 29 de enero de 2019, se declarasen nulas de pleno derecho, al haber superado los umbrales del artículo 51 ET, habiendo eludido la mercantil demandada los trámites previstos en el procedimiento de despido colectivo.

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional al tiempo que estimó las excepciones de inadecuación de procedimiento y de caducidad de la acción, desestimó íntegramente la demanda y absolvió a la mercantil demandada.

3.- El recurso se articula a través de seis motivos de la siguiente forma: el segundo de ellos, al amparo del apartado d) del artículo 207 LRJS denuncia error en la apreciación de la prueba y solicita la modificación del hecho probado sexto. El motivo primero y el tercero son idénticos y pretende combatir la estimación por parte de la sentencia de instancia de la excepción de inadecuación de procedimiento, en el motivo primero con amparo en el apartado b) del artículo 207 LRJS como incompetencia o inadecuación de procedimiento y el motivo tercero, al amparo del apartado e) del referido precepto procesal por infracción de normas del ordenamiento jurídico. El motivo cuarto, formulado con éste último amparo procesal, insiste en la

Las modificaciones se derivan de los descriptores que constan, con carácter general, bajo los números 88 y 89; y, específicamente, para cada uno de los trabajadores que se relacionan del descriptor que figura en el recurso al lado de su nombre. La recurrente ha razonado la pertinencia de la modificación propuesta, por un lado, para fijar el número final de trabajadores cuyo contrato ha sido extinguido por causas ajenas a su voluntad, en el período de referencia; y, por otro, para poder delimitar el alcance de la sentencia y su posible ejecución.

2.- Las rectificaciones interesadas se desprenden, directamente, sin necesidad de conjeturas ni elucubraciones de los documentos que referencia el recurrente, revelando un claro error material de la Sala sentenciadora. La mercantil impugnante del recurso no niega la realidad de tales extremos fácticos sino que cuestiona su relevancia para el fallo. Para la Sala tal relevancia puede resultar cuestionable. En efecto, los errores materiales consistentes en cambiar la fecha del último día del plazo de referencia (la sentencia dice 29-11-2019, lo cual es imposible) y en modificar el número de trabajadores despedidos con reconocimiento de improcedencia -28 en lugar de 21-, son absolutamente relevantes y deben ser corregidos. Por el contrario, la Sala estima que la relación nominal de trabajadores que el recurrente pretende incorporar no resulta necesaria, habida cuenta de que ningún efecto directo tendría sobre ellos el posible éxito del recurso y la consiguiente modificación del fallo, que les podría alcanzar, sin necesidad de ser citados nominativamente.

TERCERO.- 1.- Para combatir la excepción de inadecuación de procedimiento admitida por la Sala de instancia, la recurrente dedica cuatro motivos de su recurso que, como hemos adelantado, se examinarán conjuntamente pues todos pretenden lo mismo, esto es, que el procedimiento de despido colectivo del artículo 124 LRJS fue el adecuado y que estamos en presencia de un despido colectivo de hecho por lo que, en consecuencia, el despido colectivo debió declararse nulo. Para ello, invoca vulneración de los artículos 8.1 y 124

LRJS, así como el artículo 24 CE. Y lo hace a través de dos vías: la del apartado b) del artículo 207 LRJS y la del apartado e) del mencionado precepto. La recurrente, al respecto viene a decir, que o bien la sentencia recurrida ha estimado indebidamente la excepción de inadecuación de procedimiento y recurre con fundamento en el apartado b) citado; o bien ha infringido normas sustantivas, viabilizando el recurso a través del apartado e) del mencionado artículo 207 LRJS. Por su parte la entidad demandada, en su impugnación del recurso, solicita que no se examine el motivo al entender que el cauce correcto hubiera sido el del apartado c) del artículo 207 LRJS. Aunque es cierto que el recurso de casación debe estar bien construido y fundarse en el correcto apartado del artículo 207 LRJS, también lo es que la Sala no puede admitir un formalismo enervante cuando, con independencia de que la invocación del párrafo sea o no correcta, la denuncia queda clara, sus fundamentos están explicados y no se causa indefensión a la contraparte, sin que la Sala tenga que construir el recurso.

Junto a las infracciones citadas, la recurrente añade, además que se han infringido la Directiva 98/59/CE de 20 de julio, los artículos 49.1 c), 51 y 52 ET en relación a la STS de 4 de abril de 2019, Rec. 165/2018.

Al respecto, hay que recordar que el sindicato demandante, desde el entendimiento de que se había producido un despido colectivo de hecho, solicitó que se declarase la nulidad de las extinciones en él comprendidas. El despido colectivo de hecho sería el resultado de diversas extinciones contractuales reconocidas por la empresa como improcedentes a las que se deberían sumar las 27 extinciones de contratos temporales, efectuadas al amparo del artículo 17 del Convenio Colectivo de Contact Center, los días 27 y 29 de enero de 2019. La sentencia recurrida entendió, con cita de jurisprudencia de la Sala que el proceso de despido colectivo no era el lugar para examinar la regularidad o no de las finalizaciones de los contratos temporales, por lo que estimó la aludida inadecuación de procedimiento.

2.- El despido colectivo de hecho es, en realidad, un fenómeno de extinciones de contratos que, siendo realmente colectivas, se formula sin seguir las reglas de procedimiento establecidas por el artículo 51 ET. La STS 25 de noviembre

de 2013, Rec. 52/2013, consideró la existencia de despido colectivo en un supuesto en el que se produjeron despidos disciplinarios y objetivos en número superior al umbral correspondiente y que luego fueron reconocidos como improcedentes mediante transacciones acordadas, señalando 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» y, en este caso, se trataría de un despido colectivo de hecho, que también podría calificarse en determinadas condiciones como un despido fraudulento o encubierto. A dicha conclusión se puede llegar cuando se obtiene el convencimiento de que los despidos disciplinarios y objetivos no son tales, ni las conciliaciones posteriores pueden presentarse como extinciones por mutuo acuerdo o dimisiones, al margen de la intervención del empleado, ni existen finalizaciones de contratos válidas, pues siguen siendo despidos, esto es, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario, que se producen por motivos no inherentes a la persona del trabajador; y que, al alcanzar los umbrales, se convierten en ceses que conforman un despido colectivo.

3.- Partiendo del dato de que 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, nuestra sentencia de 22 de diciembre de 2016, Rec. 10/2016, entendió 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». Ello es así, especialmente si lo que se pretende es que se declare que los contratos temporales 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. Por tanto, cuando la noción de despido colectivo se construye, no sobre elementos meramente fácticos, sino

sobre calificaciones jurídicas (el fraude de ley en la contratación y la inexistencia de justificación de la terminación de los contratos) «se individualiza la situación de los trabajadores haciendo necesarios unos pronunciamientos previos que no pueden ser incluidos en el objeto del proceso regulado en el artículo 124 LRJS» (STS de 22 de noviembre de 2018, Rec. 67/2018).

CUARTO.-1.- La cuestión que aquí se plantea es distinta de la examinada en las sentencias de la Sala a que se ha hecho referencia. Aquí no se trata de contratos temporales que pudieran ser considerados fraudulentos o que hubieran finalizado al margen de las previsiones normativas sobre este tipo de contratos, frente a cuyas calificaciones las partes sostuvieran posturas diferentes. En el caso aquí examinado los 27 contratos temporales se extinguieron al amparo del artículo 17 del Convenio Colectivo del Sector de Contact Center. En lo que aquí interesa el precepto en cuestión dispone que «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». Añadiendo el referido Convenio un procedimiento *sui generis* para llevar a cabo dichas extinciones.

A tales previsiones se refirió expresamente nuestra STS, del pleno de la Sala, de 4 de abril de 2019, Rec. 165/2018 en la que se examinó un asunto muy similar al que aquí se ventila., llegando a la conclusión de que las extinciones de contratos producidas por disminución del volumen de la contrata al amparo del artículo 17 del Convenio Colectivo de Contact Center computan a efectos de establecer el número de extinciones que determinarán si se sobrepasan o no los umbrales del artículo 51 ET y, en consecuencia, si estamos en presencia de un despido colectivo de hecho.

Las razones sobre las que se fundamentó nuestra doctrina, que aquí reiteramos, fueron básicamente dos: la primera, «que el artículo 17 del Convenio Colectivo de Contact Center, no regula ni puede hacerlo, una causa extintiva distinta y autónoma a las establecidas en el ET»; y, la segunda «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».

2.- En definitiva, la Sala no niega que el convenio colectivo pueda identificar un contrato de obra o servicio ligado a la duración de la contrata; incluso puede llegar a señalar que podrá producirse la extinción de algunos contratos por disminución del volumen de la contrata mercantil que constituye el objeto del contrato temporal laboral de obra o servicio determinado. Pero tal causa no es autónoma ni está creada por la norma convencional ya que la regulación de las causas de la extinción del contrato es de orden público y el procedimiento para las mismas constituye mínimo de derecho necesario. Por tanto, la regulación del convenio sobre la extinción anticipada del contrato de obra o servicio vinculado a la disminución de la contrata mercantil que le sirve de soporte, únicamente podrá realizarse al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) ET o del artículo 51 ET, en materia de causas y procedimiento. De esta forma la previsión convencional que se analiza remite a la existencia –o no- de causa productiva, organizativa o económica derivada de la disminución del volumen de la contrata mercantil; y, para efectuar las extinciones, el empresario habrá de seguir lo previsto legalmente en el artículo 53 ET o en el artículo 51 ET, según el número de trabajadores afectados; sin que el convenio colectivo pueda sustituir tales procedimientos legales, debiendo entenderse las previsiones convencionales procedimentales como exigencias añadidas a las establecidas legalmente, siempre que no se opongan a estas.

3.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que examinamos conduce a la estimación de los motivos que se examinan y a casar en este punto la sentencia recurrida, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal. En efecto, en la medida en que la extinción de los 27 contratos temporales se amparaba en causa productiva y económica, aunque fuera alegando la previsión convencional, resulta evidente que tales extinciones computaban para determinar si se habían sobrepasado o no los umbrales del despido colectivo, y tal afirmación podía y debía hacerse en el seno del proceso de despido colectivo que se había iniciado con la demanda rectora de las presentes actuaciones. En consecuencia, la sala de instancia apreció indebidamente la excepción de inadecuación de procedimiento; y , a tenor de

los hechos declarados probados –con la modificación aquí aceptada-, resulta evidente que en el período de referencia entre el 1 de noviembre de 2018 y el 29 de enero de 2019, se produjo la extinción de 55 contratos (27 por causas productivas o económicas y 28 por causas no inherentes a la voluntad del trabajador), de forma que se superan los umbrales del artículo 51.1 ET, lo que determina que estemos en presencia de un despido colectivo de hecho al no haberse seguido el procedimiento del mencionado artículo 51 y dado que la empresa pretendió enmascarar las extinciones computables considerando que las producidas por finalización de contrato no obedecían a las causas productivas y económicas citadas.

En definitiva, no cabe duda de que estamos ante una extinción unilateralmente acordada por el empresario carente de justificación y, en consecuencia, las extinciones contractuales llevadas a cabo por el empresario se produjeron sin seguir los trámites del artículo 51 ET, cuando éstos resultaban ineludibles por aplicación del referido precepto, por lo que deberán ser calificadas como nulas con las consecuencias inherentes a tal declaración (STS de 17 de mayo de 2016, Rjud. 3037/2014).

QUINTO. 1.- En el quinto motivo del recurso, la mercantil recurrente, con adecuado amparo en el artículo 207 e) LRJS, denuncia infracción del artículo 59 ET y del artículo 124 LRJS. Sostiene el recurso que la sentencia combatida ha apreciado indebidamente la existencia de caducidad de la acción. Siendo indiscutible que nos hallamos ante un plazo de caducidad de veinte días, que debe empezar a contar, en estos supuestos de despido colectivo de hecho, desde la última extinción computable, lo decisivo es identificar el *dies a quo* para determinar el inicio del cómputo del plazo y verificar que la demanda (cuya presentación se produjo el 27 de febrero de 2019) estaba o no dentro de plazo.

La sentencia recurrida sostiene que el mencionado día a partir del cual debe comenzar el cómputo del plazo fue el 21 de enero de 2019, fecha de la última extinción computable realizada por la empresa. Por el contrario, la recurrente

sostiene que la fecha a partir de la cual ha de comenzar a computar el plazo debe ser la de 29 de enero de 2019.

2.- Dado que, como ha quedado establecido en los fundamentos anteriores, las extinciones de los contratos temporales efectuadas al amparo del artículo 17 del Convenio computan a efectos de establecer el número total de trabajadores despedidos en el período de referencia; y, teniendo en cuenta que –según consta en los hechos probados–, la última extinción se produjo el día 29 de enero de 2019, es esta la fecha a partir de la cual habrá que computar el plazo de veinte días hábiles a que está sujeta la caducidad de la acción. Por ello, en la fecha de la presentación de la demanda (27 de febrero de 2019), en aplicación del artículo 45 LRJS, la demanda estaba dentro de plazo.

Al no haberlo entendido así la sentencia de instancia, procede, tal como interesa el Ministerio Fiscal, la estimación del motivo y la consiguiente revocación de la sentencia recurrida en este punto.

SEXTO.- 1.- De conformidad con lo previsto en el artículo 215 c) LRJS, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes. En ese sentido, como se ha avanzado, estamos en presencia de un despido colectivo que ha de calificarse como nulo con las consecuencias previstas en el artículo 124.11 *in fine* de la misma ley, por lo que debemos declarar el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 LRJS.

2.- Tal derecho a la reincorporación se establece respecto de los trabajadores cuyos contratos fueron extinguidos por la empresa al amparo del artículo 17 del Convenio Colectivo los días 27 y 29 de enero de 2019; y no respecto de

aquellos 28 trabajadores que fueron despedidos y reconocidos los mismos como improcedentes en conciliaciones administrativas, ya que escapa al objeto de este proceso determinar los efectos de esta sentencia sobre las transacciones producidas (STS de 18 de noviembre de 2014, Rec. 65/2014).

Sin costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS.

FALLO

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

- 1.- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la Confederación General del Trabajo (CGT), representado y asistido por la letrada D^a. Teresa Ramos Antuñano, al que se han adherido CCOO y UGT.
- 2.- Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 6 de mayo de 2019, dictada en autos número 55/2019.
- 3.- Estimar en parte la demanda formulada por CGT, frente a Teleperformance España SAU; Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras CCOO; Federación Estatal de Servicios de la UGT; Unión Sindical Obrera (USO); y Confederación Intersindical Galega (CIG), sobre Despido Colectivo.
- 4.- Declarar la nulidad del despido colectivo efectuado por la mercantil Teleperformance España SAU y reconocer el derecho de los trabajadores afectados cuyo contrato fue extinguido al amparo del artículo 17 del Convenio Colectivo del Sector de Contact Center a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 LRJS.

5.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesús Gullón Rodríguez
D. José Manuel López García de la Serrana
D^a María Lourdes Arastey Sahún
D. Ángel Blasco Pellicer
D^a María Luz García Paredes
D. Juan Molins García-Atance

D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga
D^a Rosa María Virolés Piñol
D. Antonio V. Sempere Navarro
D. Sebastián Moralo Gallego
D^a Concepción R. Ureste García

