

Sobre el cómputo, o no, de los trabajadores temporales en despido colectivo por fin de una contrata

STS, Sala Social, de 9 de enero de 2019 (RC núm. 108/2018)

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

I. Introducción

La sentencia de la Sala Social del TS que es objeto de estudio en este artículo tiene particular interés por abordar una cuestión de indudable relevancia en la dinámica ordinaria de las relaciones de trabajo, cuál es qué trabajadores deben ser computados a los efectos de la decisión empresarial de iniciar el procedimiento de despido colectivo al amparo del art. 51 ET.

La temática abordada tiene tanto una dimensión sustantiva como procesal de innegable importancia. En primer lugar, si la decisión de extinguir los contratos de trabajo de duración determinada por finalización de la contrata asignada a la empresa genera derecho a la indemnización fijada para los contratos temporales por el art. 49.1 c) ET, o bien debe abonárseles la misma que a los trabajadores con contratos de trabajo indefinidos. En segundo término, si deberá aplicarse el procedimiento de despido colectivo, regulado en el art. 124 LRJS, para todos los trabajadores cuyos contratos se han extinguido o bien, como así ha ocurrido, solo para aquellos cuyo contrato era indefinido.

No menos relevante es la importancia de la decisión adoptada porque incide en la intervención de los representantes del personal para conocer de las extinciones de las contrataciones de duración determinada, de tal manera que al quedar fuera de la decisión empresarial de proceder a un despido colectivo solo para los contratados indefinidos no intervendrán en las extinciones de los temporales.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución: Sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 7, de 9 de enero de 2019.

Número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 108/2018.

ECLI: ES:TS:2019:377

Fuente de consulta: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos Particulares: Maria Lourdes Arastey Sahun, al que se adhieren Fernando Salinas Molina, Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Rosa Maria Viroles Piñol y Maria Luz Garcia Paredes.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de una demanda, en procedimiento de despido colectivo, por CC OO de Asturias contra las empresas Telecyl SA, Unisono Soluciones de Negocio, Liberbank y Factoría de Transformación y Operaciones y Servicios FK2.

Las pretensiones de la demanda, ratificadas en el acto del juicio, eran las siguientes: “se declare nula o subsidiariamente injustificada la decisión empresarial de despido colectivo, por las razones expuestas, especialmente por la discriminación habida entre contratos indefinidos y temporales, solicitando: 1.- Bien la condena solidaria de las empresas Telecyl SA, Liberbank y su filial FK2 en razón a la declaración de cesión ilegal de trabajadores, por lo que deberán ser condenadas a readmitir y reponer a la totalidad de la plantilla -tanto a los afectados por el ERE como a los excluidos por contratos de obra y servicio- en sus anteriores puestos de trabajo, así como en las condiciones que informaban sus relaciones laborales y abono de salarios de tramitación. 2.- Bien y con carácter subsidiario y en razón a la previa declaración de sucesión empresarial, la condena solidaria de las empresas Telecyl SA y Unisono Soluciones de Negocio SL para que estando y pasando por esta declaración readmitan a toda la plantilla -tanto fijos como contratados por obra y servicio- en sus anteriores puestos de trabajo y condiciones que informaban la relación laboral así como que abonen los salarios de tramitación”.

De los hechos probado de la sentencia de instancia, interesa destacar el dato de que Telecyl SA tenía un centro de trabajo en la ciudad de Oviedo, con plantilla de 225 trabajadores para atender una contrata con Liberbank, siendo la pérdida de ese contrato la que llevó a aquella a la tramitación del procedimiento de despido colectivo.

Del total de la plantilla del centro, 73 eran, contractualmente hablando, indefinidos, y los restantes 152 tenían contrato de obra o servicio, vinculado a la duración de la contrata. La pérdida de la contrata a partir del 21 de diciembre de 2017, por haber sido adjudicada a otra empresa, llevó a la presentación del procedimiento de despido colectivo, siendo comunicado su inicio a la representación del personal el 9 de noviembre, constituyéndose la comisión negociadora el día 15, con entrega por parte de la empresa de la documentación listada en el hecho probado 13º de la sentencia de instancia, entre ella la memoria justificativa de los motivos, hechos y causas en los que se fundamenta el despido colectivo, en la que se señalaba que el despido colectivo “obedecía a concurrencia de causas productivas y económicas, que afectaban a todos los trabajadores con vinculación de naturaleza indefinida que prestaban servicios en el contact center del SAE y SAC de Liberbank y que, al procederse al cierre del centro de trabajo, no se establecían criterios de selección ni prioridades de permanencia”.

Obsérvese ya el núcleo duro del conflicto que acaecerá con tal decisión de la empresa con posterioridad, ya que no se incluía en el despido a los trabajadores con contrato temporal de obra o servicio. En el proceso negociador, es decir en el período de consultas, consta que la parte social solicitó que la indemnización a abonar a todos los trabajadores cuyos contratos se extinguían fuera de 20 días por año de servicio, “con independencia del vínculo contractual”.

La falta de acuerdo en el período de consultas llevó a la empresa a adoptar la decisión final de extinguir los contratos de 63 trabajadores con contrato indefinido. Consta en el hecho probado 15º que posteriormente se incorporaron dos trabajadores contratados con contrato de obra o servicio, tras informe de la Inspección de Trabajo y

Seguridad Social en el que se hacía constar que de acuerdo al art. 14 del convenio colectivo aplicable debían ser considerados como indefinidos.

En suma, el despido afectó finalmente a 64 trabajadores, todo ellos con contrato indefinido. El restante personal, contratado temporal por obra o servicio, vio extinguido su contrato por aplicación por la empresa del art. 49.1 c) ET, es decir por finalización de la obra o servicio, abonándoles la indemnización fijada en la norma citada de 12 día de salario por año de servicio.

IV. Posiciones de las partes

En el RCUD objeto del comentario, la parte recurrente, solicita en primer lugar la revisión de los hechos probados al amparo del art. 207 LRJS. En segundo término, alega cuatro causas de infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable: la vulneración del deber de negociar de buena fe (art. 51 ET), y del principio de igualdad (art. 14 CE, en relación con el art. 15.1 y 6 ET así como la Directiva Europea 1999/70 del Consejo relativa al Acuerdo Marco de duración determinada), a la existencia de cesión ilegal de mano de obra (art. 43 ET) y a la existencia de sucesión de empresa (art. 44 ET).

La parte empresarial recurrida se opone al recurso, defendiendo, cada una de las empresas codemandadas, la conformidad a derecho de la sentencia recurrida, negando que se haya vulnerado el deber de buena fe negocial, así como también el principio de igualdad. No ha existido cesión de mano de obra ni sucesión de empresa, y el no cómputo de los contratos temporales se ha debido a su finalización conforme a derecho por haberse extinguido la contrata.

V. Normativa aplicable al caso

Varios preceptos de la LET, la LRJS y la normativa comunitaria son de aplicación al litigio del que conoce el TS.

En primer lugar, el art. 51.2 LET, en estrecha relación con el art. 124.11 LRJS, ya que se debate sobre si hubo realmente o no período de consultas, y por consiguiente si la empresa actuó con respeto al deber de buena fe negocial requerido legal y jurisprudencialmente para la tramitación del despido colectivo en dicho período tendente a la búsqueda de un acuerdo o a mitigar el impacto.

En segundo término, el art. 14 CE en estrecha relación con la normativa comunitaria, el acuerdo marco anexo a la Directiva comunitaria 1999/70/CE sobre contratación de duración determinada, sobre el principio de no discriminación entre trabajadores con contratos indefinidos y contratos temporales si puede ser objeto de comparación. Igualmente, la referencia a la jurisprudencia comunitaria tiene también relevancia, citándose la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, caso ADP), posteriormente modificada, añadido por mi parte, en las sentencias de 5 de junio (asunto C-677/16, caso LMM) y 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17, caso ADP II).

En tercer lugar, los arts. 43.1 y 2 ET, por cuanto existe una tesis defendida por la parte demandante en instancia y mantenida después en el recurso, de encontrarnos ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

Por fin, el art. 44 ET, al haberse alegado la existencia de una sucesión de empresa que generaría el derecho de todos los trabajadores a mantener su relación contractual, y por consiguiente los derechos y obligaciones que encuentran su razón de ser en la misma, por la empresa subrogada.

VI. Doctrina básica

Si bien el núcleo duro de la sentencia versa sobre el no cómputo de los trabajadores temporales, cuyo contrato ha extinguido la empresa tras la finalización de la contrata, dado que es ahí donde existe la discrepancia con el voto particular, la resolución judicial da respuesta a todas las alegaciones formuladas por la parte

recurrente con unanimidad de todas y todos los miembros de la Sala (a excepción de la citada).

En efecto, La Sala desestimaré, con unanimidad de sus miembros, las revisiones solicitadas de los hechos probados. Tras un muy amplio recordatorio de los criterios jurisprudenciales fijados para aceptar la revisión, señaladamente la trascendencia de la modificación propuesta sobre el fallo, entra en el examen de cada una de las peticiones de la recurrente y no acepta ninguna de ellas, bien que, añade, “con la posibilidad de basar la argumentación jurídica en datos tácitamente indicado en ellos”.

Igualmente, la Sala desestimaré, con unanimidad de sus miembros, las alegaciones sustantivas o de fondo de la recurrente relativas al incumplimiento del deber de negociar de buena fe, la existencia de cesión ilegal y la denuncia de concurrencia de sucesión empresarial que, en caso de existir, hubiera obligado a la empresa entrante, adjudicataria de la contrata, a hacerse cargo de los trabajadores de la empresa saliente.

Se destaca que la empresa mantuvo durante el periodo de consultas una actitud negociadora que alejaba cualquier sospecha de mala fe y de que hubiera la exigencia del artículo 51 ET y los preceptos concordantes, así como la doctrina del TS. Se llega a esta conclusión a partir del mantenimiento de los hechos probados de la sentencia de instancia, en donde consta la celebración de numerosas reuniones y de diversas propuestas por la parte empresarial.

Igualmente, no hay cesión ilegal de empresa porque “La empresa que aparece como empleadora no es una mera cedente de mano de obra, sino que ejercía efectivamente su poder de organización y dirección, poniendo en juego, además, medios materiales relevantes, aun cuando también la cliente aportara algunos elementos de dichos equipos y participase en la formación de los trabajadores y en el control del resultado de la actividad, como, incluso que a los trabajadores se les facilitara una dirección electrónica en que apareciera el nombre del banco, pues ello tenía por finalidad la comunicación con los clientes de éste, porque ése era en suma precisamente el objeto de la contrata”.

Tampoco hay sucesión de empresa, en primer lugar con alegaciones de índole procesal (“Por coherencia con la doctrina que hemos expuesto más arriba sobre acumulación de acciones (toda ella emanada del Pleno de esta Sala) el motivo no puede prosperar. En el seno de un procedimiento de DC es imposible examinar la eventual existencia de subrogación empresarial con fundamento en hechos posteriores”) y en segundo término, por considerar que “no es posible afirmar que se produce el mantenimiento de la misma entidad económica puesto que resulta relevante el impacto de la infraestructura y medios que la entrante pone a disposición de la ejecución de la contrata, sin que pueda deducirse que nos hallemos en un supuesto de actividad basada exclusiva o significativamente en el potencial de la mano de obra”.

Las divergencias en el análisis jurídico se polarizarán alrededor de la posible (o no) exclusión del despido colectivo de los trabajadores con contrato de duración determinada, ámbito jurídico al que la sentencia dedica una amplia extensión, bajo el rótulo de “Perímetro del despido colectivo”, con acopio de argumentación basada en doctrina jurisprudencial de la propia Sala, para fundamentar la corrección de la decisión empresarial, que encontrará su contrapunto en la también muy cuidada argumentación del voto particular discrepante para mantener tesis contraria, que en caso de haber sido aceptada, como bien se argumenta en la última parte del voto, hubiera debido llevar a la declaración de nulidad del despido colectivo y la reincorporación de los trabajadores afectados, ya que no se habría desarrollado correctamente el período de consultas en cuanto que solo se debatió sobre la situación de una parte de la plantilla.

VII. Parte dispositiva

La desestimación de todos los motivos del RCUD, tanto de solicitud de revisión de hechos probados como de infracción de normativa y jurisprudencia aplicable, llevan al TS a desestimar el recurso, por lo que se declara “la firmeza de la sentencia 2/2018 dictada el 22 de febrero de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en autos núm. 2/2018 seguidos a instancia de la ahora recurrente contra Teceyl SA, Unisono Soluciones de Negocio, Liberbank y Factoría de Transformación y Operaciones y Servicios FK2, en procedimiento de despido colectivo”.

VIII. Pasajes decisivos

La Sala pasa revista a la jurisprudencia sobre la reducción del volumen de actividad de la contrata y su impacto sobre la extinción de los contratos existentes, recordando que la reducción de 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 art. 52 c) ET, pero no la extinción al amparo del art. 49.1 c), preceptos que tienen regímenes indemnizatorios diversos”, ya que de actuar de esta forma se estaría vulnerando el art. 1256 del Código Civil (“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”).

A continuación se refiere a la “tipicidad extintiva prioritaria”, es decir “en qué apartado legal se subsume determinado acontecimiento que aboca a la terminación del contrato de trabajo”. Más adelante se detiene en el análisis de un caso relativo a la terminación de la contrata y despido de toda la plantilla, trayendo a colación, por considerar que “posee especial interés para nuestro caso”, la sentencia de 28 de junio de 2017 (caso Grupo Norte y Banco Ceiss), al tratarse también de una empresa de contact center y en el que se da un supuesto semejante a la de la sentencia de 9 de enero, resaltando que aquella, que se remite a la de 22 de diciembre de 2016, considera conforme a derecho la decisión empresarial de incluir en el despido colectivo “solo a quienes la empresa tiene como vinculados mediante un contrato de duración indefinida”, y también aporta otra de semejante contenido y resolución, la de 20 de julio de 2017 (caso Indra y Vodafone).

La Sala procede al estudio del denominado “control o validez de los contratos temporales en un despido colectivo”, con amplio recordatorio de la sentencia de 22 de diciembre de 2016, que descartó que las extinciones de aparentes contratos temporales pudieran examinarse en el marco de un despido colectivo, por considerar que hubiera sido necesario unos pronunciamientos previos sobre la conformidad jurídica de los mismos y que no tendrían cabida en el procedimiento especial regulados a los efectos de un despido colectivo en el art. 124 de la LRJS, reiterando en un apartado posterior de la sentencia que “en todo caso, queda a salvo el derecho de cualquiera de las personas afectadas por esa terminación de contratos formalmente temporales para cuestionar la validez de su cese al amparo del artículo 49.1.c ET”.

Una vez realizado un amplísimo recordatorio de la jurisprudencia de la Sala sobre diversos aspectos del despido colectivo y cómo los ha resuelto, esta se adentra ya en las llamadas “consideraciones específicas”, centrando primeramente su atención en la distinta indemnización de uno y otros trabajadores, trayendo a colación la doctrina del TJUE respecto a la posibilidad de tal diferenciación si existe un “distinto elemento definidor del motivo de la extinción”, apuntando ya la tesis que acogerá en el fallo al señalar la diferencia existente entre un despido por causas objetivas (“advenimiento de circunstancias”) y otro por finalización de contrato (“término conocido desde la celebración del contrato”, en expresiones del TJUE).

Nos vamos acercando al núcleo duro del debate cuando se aborda el motivo del recurso en el que se adujo que las causas alegadas por la empresa para operar el despido colectivo, de índole productiva y económica, son las que justificarían la extinción del contrato de todos los trabajadores de la plantilla, sin prestar atención a la

duración de los contratos. Responderá la Sala que ciertamente la terminación de la contrata afectará a todos los trabajadores, pero que ello “no equivale a que el supuesto extintivo sea el mismo desde la perspectiva jurídica”, ya que “la finalización de una contrata constituye la causa de terminación natural para un contrato temporal basado en tal descentralización productiva, mientras que solo puede operar para las relaciones de duración indefinida (o las de duración determinada por causa diversa) mediante el despido colectivo o por causas objetivas”. En aplicación de esta tesis se acoge la doctrina de la sentencia recurrida por considerarla acertada, es decir que “la terminación de la contrata legitima la activación de la específica causa extintiva del artículo 49.1.c ET para los contratos temporales por obra o servicio que tuvieran tal objeto”.

Dando un salto jurídico, o quizás sería más exacto manteniendo una línea jurisprudencial anterior, la Sala llega a la conclusión de que “por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, no apreciando argumentos decisivos en contra, consideramos acertada la doctrina de la sentencia recurrida”, recuperando la argumentación de las sentencias de 28 de junio y 20 de julio de 2017, antes referenciadas, que no olvidemos que derivan de la sentencia de 22 de diciembre de 2016, en las que se resolvió que “no hay que incorporar al DC la terminación de aquellos contratos que tienen como causa de su temporalidad la obra o servicio que finaliza”.

IX. Comentario

El interés de la sentencia radica a mi parecer en los diferentes pareceres respecto al cómputo de los trabajadores temporales para determinar el umbral numérico del despido colectivo efectuado por la empresa. La sentencia concluye que no computan por los argumentos que eh expuesto con anterioridad, mientras que el voto particular discrepa de dicha tesis y mantiene un planteamiento jurídico contrario. Por ello, me parece necesario destacar ahora los argumentos más relevantes del voto particular.

Se defiende que todos los trabajadores hubieran debido ser incluidos en el PDC por darse las circunstancias jurídicas (comparabilidad de las situaciones) requeridas por el acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia comunitaria. Planteamiento del voto particular, que ciertamente implicaría un cambio de doctrina jurisprudencial como reconoce expresamente el voto al afirmar que la ponente inicialmente designada para elaborar la sentencia y someterla al Pleno pretendía “analizar si la interpretación, que venimos expresando hasta ahora respecto de la concurrencia de una misma circunstancia que permite extinguir todos los contratos de trabajo de un centro de forma distinta según se trate o no de contratos para obra o servicio, puede generar una situación de trato desigual respecto de los trabajadores temporales sujetos a dicha modalidad”.

La tesis, ya apuntada anteriormente, del voto es que el despido colectivo debió afectar a toda la plantilla adscrita al centro de trabajo en el que se atendía a la contrata que finalizó por adjudicación a otra empresa ya que tal finalización sería la causa justificadora del despido colectivo, de tal manera que al no incluirse a los trabajadores temporales se estaría produciendo una discriminación expresamente prohibida en el acuerdo marco y por supuesto también en la jurisprudencia comunitaria, con cita de la cláusula 4 del acuerdo marco, de la sentencia ADP (I) de 14 de septiembre de 2016, ADP (II) de 21 de noviembre de 2018, y de las dictadas el 5 de junio de 2018 en los casos LMM y Grupo Norte Facility, de las que se concluye que no cabe una diferencia de trato respecto a la indemnización por finalización de contrato cuando las situaciones sean comparables.

Sigamos analizando el voto particular: ¿qué decisión ha adoptado la empresa como consecuencia de la pérdida de la contrata? La de proceder a la extinción de todos los contratos de la plantilla. ¿Ha sido la causa alegada la misma para justificar la decisión extintiva de todos los contratos? Respuesta, ya la conocemos, totalmente afirmativa. ¿Cuál es la razón de abonar diferentes indemnizaciones? La no inclusión de los trabajadores temporales en el despido colectivo por considerar que el contrato

de obra o servicio finalizaba con la pérdida de la contrata, aplicando a los indefinidos la indemnización de 20 días de salario/año y a los temporales 12 días de salario/año.

Sigamos con la explicación. ¿Hay identidad en el motivo de las extinciones? Sí. ¿Era la misma la causa de la contratación, con independencia de la duración del contrato? Sí. ¿Desarrollaban idéntica o comparable actividad profesional? Sí.

En suma todos los trabajadores del centro de trabajo de la empresa que desarrollaban sus tareas en cumplimiento del acuerdo empresarial sobre la contrata, han visto extinguida su relación laboral por el mismo motivo y con afectación simultánea a toda ella ya que se cierra el centro de trabajo y no pervive, si siquiera parcialmente, la actividad. Por ello es comprensible, y compartible, la tesis del voto particular cuando afirma que “ante este escenario no resulta fácil negar que existía una causa idéntica, a la que la propia empresa confiere la virtualidad y afectación propia del art. 51 ET que, es evidente, tiene igual incidencia en ambos colectivos, pues pone fin a las relaciones laborales de toda la plantilla del centro”.

¿Y cómo salva el voto particular la doctrina de la Sala respecto a la no toma en consideración de los contratos temporales, cuando se alega que son fraudulentos, en el cómputo de los umbrales numéricos para determinar si estamos en presencia (o no) de un despido colectivo? Pues distinguiendo entre las situaciones contractuales en que sea necesario acudir a un procedimiento individual para determinar la verdadera naturaleza de la relación, y también de aquellas en que la extinción se produjo antes de que acaeciera el término o hecho objetivo que había de poner fin al contrato temporal, de las de contrataciones temporales en que la obra o el servicio concertados no han finalizado, en cuyo caso “no cabe excluir del cómputo a tales trabajadores a los efectos de un eventual despido colectivo, 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”. En este punto, y en apoyo de su tesis, el voto particular trae a colación la importante sentencia de la Sala de 3 de julio de 2012, a la que debe añadirse a mi parecer, por abordar sustancialmente el mismo contenido, la dictada el día 8 del mismo mes.

La extinción de los contratos temporales se computará a efectos de fijación del umbral numérico, subraya el voto particular, cuando estos tengan lugar antes de la finalización o cumplimiento de los contratos, añadiendo ya para vincular su tesis con el caso enjuiciado que “es respecto de este último extremo sobre el que cabe examinar minuciosamente el caso presente, puesto que en él se produce la simultaneidad e identidad de la finalización con la de la circunstancia misma que provoca la justificación del despido colectivo”. Y en aplicación de la jurisprudencia comunitaria tantas veces citada concluye que no existía razón objetiva que excluyera a los trabajadores temporales del despido colectivo instado por la empresa, añadiendo que “nos hallamos ante el supuesto inverso al que se contemplaba en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión –donde se suscitaba si era comparable la finalización de los contratos temporales con el despido objetivo–, esto es, ante el caso en que el despido por causas objetivas surge mientras los contratos temporales están vigentes y, por ello, ha de afectar de igual manera a estos trabajadores y a los fijos. Es cierto que los contratos tienen una causa de extinción propia (art. 49.1 c) ET), pero también lo es que las causas reguladas en los arts. 51 y 52 c) ET no son exclusivas de los trabajadores indefinidos”.

X. Apunte final

En conclusión, una importante sentencia que, como la gran mayoría de ellas, conviene leer con atención, y no quedarse en los titulares y breves resúmenes, no siempre ni mucho menos acertados de las mismas. Hubiera sido conveniente en este caso, así me lo parece, que se hubiera publicado una nota del gabinete de prensa del Poder Judicial en la que se explicaran las líneas maestras de la sentencia y del voto particular discrepante, pero ello, por razones que desconozco, no se ha producido. Soy del parecer que el voto particular merece una valoración positiva y que hubiera podido aplicarse la copiosa jurisprudencia del TJUE sobre no discriminación por razón

de la duración de un contrato de trabajo cuando la causa de la extinción es la misma (por tanto, comparable) con la de un trabajador con contrato indefinido.