Roj: **STS 377/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:377**

Id Cendoj: **28079149912019100001**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**
Sede: **Madrid**
Sección: **991**
Fecha: **09/01/2019**
Nº de Recurso: **108/2018**
Nº de Resolución: **7/2019**
Procedimiento: **Social**
Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

CASACION núm.: 108/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 7/2019

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

Dª. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 9 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el sindicato CCOO de Asturias, representado y asistido por la letrada Dª. Nuria Fernández Martínez, contra la sentencia 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 Telecyl SA, Unisono Soluciones de Negocio, Liberbank y Factoría de Transformación y Operaciones y Servicios FK2, en procedimiento de despido colectivo.

Han comparecido como recurridas las empresas Unisono Soluciones de Negocio SA representada y asistida por la letrada Dª. Gracia María Mateos Ruiz, Factoría de Transformación y Operaciones y Servicios SL (FK2)

representada y asistida por D. Álvaro Jiménez de Laiglesia Vergarajauregui, Liberbank SA, representada y asistida por el letrado D. Rafael Virgós Sáinz, y Telecyl SA representada y asistida por D. Tomás Gómez Álvarez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Comisiones Obreras de Asturias (CCOO) se interpuso demanda de impugnación de despido colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la que, tras exponer los hechos y motivos que se estimaban necesarios, se terminó por suplicar que se dictara sentencia por la que "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".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas comparecidas, según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 22 de febrero de 2108 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos la demanda de impugnación de despido colectivo intepuesta por los sindicatos Comisiones Obreras de Asturias frente a las empresas "Telecyl SA", "Liberbank", "Unísono Soluciones de Negocio SA" y "Factoría de Transformación y Operaciones y Servicios SL (FK2)", y, en consecuencia, absolvemos a estos últimos de los pedimentos en ella formulados".

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

"1º.- La codemandada Telecyl S.A., constituida en 1992 como Telecyl S. L., se configura actualmente como una empresa multiservicios, dedicada a la prestación de servicios a terceros en el ámbito del contact center, la consultoría y los servicios sociales, figurando concretamente en el apartado 1° del art. 2 ° de sus estatutos, dentro de su objeto social, la prestación de servicio de telemarketing de emisión y telemarketing de recepción, incluyendo servicios de publicidad o venta como prestación de servicios de telemarketing a entidades financieras o de seguros, incluso como intermediarios financieros o de seguros. Cuenta con una plantilla de 1.150 trabajadores, repartidos en cinco centros de trabajo. En Asturias posee actualmente dos centros de trabajo, ambos en el sector laboral de contact center, uno de ellos en San Martín del rey Aurelio con 187 empleados, y otro en la ciudad de Oviedo, calle San Francisco 15, con un plantilla 225 trabajadores para atender una contrata con Liberbank, que es el centro de trabajo afectado por el presente procedimiento de despido colectivo.

2º.- El 20 de agosto de 2009 las mercantiles Caja de Ahorros de Asturias (CajAstur) y Telecyl S.A. otorgaron un contrato de arrendamiento de servicios por virtud del cual la segunda de las entidades prestaría a CajAstur los servicios de centralita, servicio de ayuda al empleado, banca telefónica y banca electrónica, servicios consistentes en atención y emisión de comunicaciones telefónicas, electrónicas y telemáticas a los teléfonos y direcciones habilitados a tal fin en el Centro de Contacto, durante las 24 horas del día, los 365 días del año, según las necesidades requeridas por CajAstur y en concreto:

- Marketing telefónico y telemático, realizando actividades de información a clientes o posibles clientes, y comercialización de cuantos productos y servicios, financieros o no, oferte CajAstur.

- Atención a usuarios de banca a distancia y medios de pago, realizando operaciones de información, consultas, banca telefónica, control de cajeros, denuncia de tarjetas y vigilancia del funcionamiento de máquinas y sistemas informáticos.

- Telecobro.

- Realización de encuestas sobre la base de los cuestionarios preparados por CajAstur.

-Realización de campañas y acciones comerciales presentando las ofertas preparadas por CajAstur.

- Venta telefónica de entradas.

-Atención al cliente, atendiendo sus consultas y solicitudes de información de carácter generalista.

-Atención al empleado, realizando las actividades necesarias para dar soporte como primer nivel de atención al Servicio de Atención al Empleado (SAE) de CajAstur, en coordinación con los centros responsables del segundo nivel y con el alcance y las condiciones que en cada caso se establezcan.

-Actividades de back-office relacionadas con los servicios anteriores.

El precio pactado se descomponía en un importe fijo de 32.000 € mensuales, más un variable a razón de 2,15 € por cada contacto entrante a partir de 9.000, y de 0,85 € por cada contacto saliente a partir de los primeros 12.000; a dicha tarifa se añadía un canon fijo por "derechos de utilización de infraestructuras" por importe de 1.875 €, IVA aparte. En el caso de (sic) Telecyl S.A. utilizara las infraestructuras de CajAstur abonaría a esta entidad 1.875 €, IVA aparte. El citado contrato fue objeto de diversas adendas y modificaciones que afectaron al tiempo de su vigencia y al precio del servicio para fijarlo conforme a un baremo operario/hora, servicio cuyo titular pasó a ser la entidad aquí codemandada Liberbank a partir del 10 de noviembre de 2011, surgida como consecuencia de la segregación del conjunto de elementos patrimoniales y accesorios integrantes del negocio bancario de CajAstur, Caja Extremadura y Caja Cantabria, lo que acaeció tras la inicial integración del Banco Castilla la Mancha en el Grupo de CajAstur. Mediante contrato de 21 de abril de 2015 se estipuló la ampliación del servicio contratado a "la emisión de llamadas de bienvenida a los nuevos clientes en productos de vida riesgo. Mediante contrato de 10 de febrero de 2016 se acordó una novación modificativa para la adaptación a las exigencia de la circular 2/16 del Banco de España sobre supervisión y solvencia.

3º.- Ese servicio de atención telefónica de CajAstur había nacido en el año 2004, y con anterioridad a la fecha del contrato reseñado, el servicio de contact center había estado contratado con la mercantil Gestión Integral de Contratas y Centros de Trabajo SL (Gestión-C), sin que conste el formato contractual conforme al que se prestaba o regía la materialización del citado servicio. Unos 40 operarios de Gestión-C pasaron a prestar servicios para la nueva contrata, bajo la modalidad de contrato por obra o servicio determinado.

4º.- El servicio que venía prestando Telecyl SA se materializaba en el edificio sito en la c/ San Francisco núm. 15, de Oviedo, plantas 3ª, 4ª y 7ª que la entidad bancaria le tenía arrendado por un canon mensual de 3.972,07 €, IVA aparte. Telecyl S.A. se hacía cargo del pago del impuesto sobre bienes inmuebles del local en el que radicaba el centro de trabajo, corriendo de su cuenta igualmente los gastos de seguro, luz, calefacción y demás suministros. Con anterioridad, y durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2009 y el 1 de diciembre de 2013 la prestación del servicio se había materializado en un local propiedad de CajAstur sito en la Avd. del Cristo núm. 49 de Oviedo, en virtud de un contrato de arrendamiento de uso distinto a vivienda, y posteriormente, durante los años 2014 y 2015, en un edificio sito en la c/ Palacio Valdés núm. 3 y 5 de Oviedo, cuya titularidad correspondía a la inmobiliaria Zaporrel S.L., en virtud de un contrato de arrendamiento de local de negocio.

5º.- Los sistemas y equipos informáticos empleados en la prestación del servicio eran de titularidad del banco; los teléfonos, ordenadores, auriculares e instrumental pertenecían igualmente a Liberbank, entidad que también suministraba el papel timbrado. El mobiliario (mesas, sillas, mamparas, persianas...), en parte eran de la titularidad de Telecyl S.A. y, en parte, se encontraban inventariados por Liberbank.

6º.- Al tiempo del despido que aquí se cuestiona el número de trabajadores adscritos al centro de trabajo de Oviedo ascendía a 225 operarios, de los cuales 73 ostentaban la condición de indefinidos y el resto, 152, estaba vinculado a la empresa con contratos temporales, bajo la modalidad de obra y servicio determinado ligado a la duración de la contrata. Las relaciones laborales se encontraban sujetas al II Convenio Colectivo del sector de Contact Center (antes Telemárketing) (BOE 12/7/17). El cuadro de mando del centro de trabajo de Oviedo estaba integrado por una Responsable del Servicio, la Sra. Eulalia , cuatro supervisores y trece coordinadores. El resto de la plantilla estaba compuesta por teleoperadores y gestores telefónicos, dos administrativos y un técnico de sistemas. Hasta agosto de 2016, junto al personal dependiente de Telecyl S.A., Liberbank tenía adscritas a su servicio de contact center a 3 empleados, los Srs. Jesus Miguel , Juan Francisco y Claudio , con funciones de supervisión y control del funcionamiento del servicio, dación de indicaciones informativas y formativas a teleoperadores, estudio y seguimiento de los planes y objetivos marcados; para cuya ejecución mantenían reuniones semanales con la Sra. Eulalia y otros miembros de cuadro de mandos de Telecyl. Estos operarios ocupaban un despacho aparte en la planta baja del edificio de la calle San Francisco núm. 15 de Oviedo. A partir de agosto de 2016 estos cometidos fueron asumidos por la mercantil Factoría de Transformación de Operaciones y Servicios S.L. (FK2), sociedad filial de Liberbank, quien adscribió a esta tarea al Sr. Ángel (Director de división contact center de FK2-Liberbank), auxiliado por las Sras. Marta y Milagrosa . El expresado director de división contact center intervino y dio el visto bueno al redimensionamiento de la

plataforma mediante la contratación de ETTs en el periodo estival y durante la huelga convocada por los trabajadores de Telecyl en el mes de agosto de 2017.

7º.-La actividad de los teleoperadores y gestores telefónicos concernidos por la litis y en relación con los productos que comercializa y gestiona Liberbank a través del contact center, se vertebra en los siguientes cometidos: recepción de comunicaciones telefónicas de clientes y conclusión a través del oportuno soporte informático de las operaciones ordenadas que presentan mayor sencillez dentro de la operativa bancaria: de cuenta corriente y de ahorro (traspasos, transferencias, petición de extractos...); gestión de créditos (credicomercio); préstamos (solicitud de préstamos); de visa y tarjeta 6000 (solicitud, bloqueo, espía tarjetas, alertas CECA); de valores (compra-venta de títulos, cotización de títulos); de fondos de inversión (apertura, suscripción, reembolso); venta de entradas a través del programa ANTO; estado de cajeros etc.; realización de comunicaciones telefónicas por las propias teleoperadoras y para divulgar y ofrecer el servicio de banca telefónica u otros productos comerciales. En relación con el Servicio de Atención al Empleado (SAE) los operarios de Telecyl S.A. resolvían telefónicamente las dudas que los empleados de Liberbank les planteaban en relación con la tramitación y perfeccionamiento de las operaciones ordenadas por clientes que revestían alguna complejidad, o bien, en el caso de superar sus competencias o conocimientos, rebotaban la consulta a los correspondientes especialistas de la entidad financiera, para su ulterior resolución por estos. No obstante, a través del servicio de banca telefónica no se efectuaban operaciones como el acceso a préstamos con garantía real, determinadas contrataciones de seguros o aquellas otras que demanden análisis de riesgos, no circulando tampoco dinero físico en el citado servicio.

8º.- Los miembros del cuadro de mandos del contact center recibieron desde los centros directivos competentes de Liberbank informaciones, instrucciones diversas e indicaciones atinentes a modificaciones en los programas y tiempos de respuesta que emplean los operadores, alteraciones o nuevos tratamiento de concretas operatorias, información a facilitar a clientes en relación con concretos productos, etc. Los trabajadores afectados por el presente despido colectivo recibieron formación a cargo de Liberbank en materia de blanqueo de capitales, valores, espía troyano, facturación electrónica, SAE.

9º.- Respecto de los trabajadores afectados por el despido colectivo Telecyl S.A. se encargaba de organizar los calendarios, los turnos y los horarios de trabajo y de cubrir las necesidades de personal que pudieran surgir. La empresa adjudicataria ejerce el control y supervisión del personal que presta el servicio, tanto en orden al debido desempeño de su cometido como en lo que respecta a la puntualidad y asistencia al trabajo. A través de una plataforma de la intranet Telecyl gestiona asimismo las bajas voluntarias, las excedencias, las ausencias médicas, las bajas maternales y médicas, accidente de trabajo, guardas legales, permisos retribuidos y no retribuidos, horas sindicales, incidencias nóminas etc.. Durante las vacaciones, permisos, bajas médicas, etc., se encarga de las sustituciones del personal afectado por tales contingencias. Las nóminas de los empleados son abonadas por la contrata y entregadas personalmente por sus coordinadores. Telecyl elaboraba planes de formación, contando con una lista de formadores entre los que se encontraban los agentes Srs. Clemente , Domingo , Eliseo , Claudio , Darío y otros, e impartía acciones formativas con vistas a cubrir las necesidades de gestión de la plataforma, en materia de ficheros, gestión de skills, escucha de llamadas, clientes inbound, módulo de cuentas, módulo de valores, backoffice...; registrándose las acciones formativas en la aplicación "Gestión de Plataforma". El correo electrónico de los agentes de Telecyl adscritos al contact center giraba bajo el dominio "*@ externos.liberbank.es* "; era la contrata quien ejercía las facultades sancionadoras y disciplinarias y, en fin, quien se cuidaba de la vigilancia de la salud de los trabajadores, del desarrollo de la política de prevención de riesgos laborales y de los reconocimientos médicos de empresa.

10º.- El centro de trabajo de Telecyl en Oviedo cuenta con un comité de empresa de 9 miembros elegidos todos ellos en la lista del sindicato Comisiones Obreras. A raíz de la huelga convocada para el 14 de agosto de 2017 por los representantes de los trabajadores, para protestar frente a los tiempos y ritmos de trabajo impuestos por la empresa, la Dirección de la empresa y el comité constituyeron un grupo de Trabajo en el SASEC que celebró reuniones los días 23 y 28 de agosto, 4 y 18 de septiembre y 23 de octubre de 2017, para negociar sobre la problemática que habían generado la convocatoria de la huelga y otros temas laborales.

11º.- El 6 de abril de 2017 Liberbank publicó el Pliego de condiciones para la prestación de servicios de contact center, presentando oferta Telecyl S.A. en fecha de 27 de abril siguiente. Mediante comunicación de 17 de octubre de 2017 la dirección del banco participó a Telecyl S.A. la extinción del contrato firmado el 20 de agosto de 2009 entre ambas mercantiles para la prestación del servicio de atención telefónica, electrónica y telemática en el Centro de Contacto, que se daba por resuelto con efectos de 21 de diciembre siguiente.

12º.- El 9 de noviembre de 2017 Telecyl notifica a la representación legal de los trabajadores y a la Autoridad Laboral la decisión de iniciar el procedimiento de despido colectivo en el seno de la empresa que afectaría a la plantilla del centro de trabajo de San Francisco 15 de Oviedo. En dicha comunicación se señala que el motivo de dicho despido colectivo es la resolución unilateral por parte de Liberbank del contrato de prestación

de servicios que la compañía mantenía con este cliente, al haber adjudicado la entidad bancaria el expresado proyecto de banca telefónica a otra empresa.

13º.- El 15 de noviembre de 2017 se constituyó la comisión negociadora, compuesta por 4 miembros del comité de empresa. La empresa entregó en esa fecha la documentación siguiente:

Bloque núm. 1: memoria justificativa de los motivos, hechos y causas en los que se fundamenta el despido colectivo. En la expresada memoria 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.

Bloque núm. 2: Pliego de condiciones de Liberbank para la licitación del servicio de contact center; propuesta presentada por Telecyl y comunicación del banco resolviendo el contrato de 20 de agosto de 2009 de prestación del servicio de atención telefónica, electrónica y telemática en el Centro de Contacto.

Bloque núm. 3: cuentas anuales de Telecyl SA y cuentas consolidadas del Grupo Telecyl correspondientes a los años 2015 y 2016.

Bloque núm. 4: cuentas provisionales de Telecyl SA y del Grupo Telecyl a 30 de septiembre de 2017.

Bloque núm. 5: proyecto de presupuestos económicos para el año 2018.

Bloque núm. 6: modelos 347 correspondiente a la facturación a Liberbank durante los ejercicios 2009 a 2016.

Bloque núm. 7: Cuenta de resultados de Telecyl, relativa al servicio contact center de Liberbank correspondiente los ejercicios 2009 a 2016.

Bloque núm. 8: Plan de recolocación externa elaborado por la empresa Lee Hecht Harrison y comunicación de la mercantil Unisono expresando que en la nueva adjudicataria del servicio y solicitando la información prevista en el art. 18 del convenio colectivo de contact center.

Bloque núm. 9: -relación y clasificación profesional de trabajadores afectados por el despido colectivo.

-relación y la clasificación profesional de los trabajadores del centro de trabajo empleados habitualmente durante el último año.

-relación de trabajadores con vínculo de naturaleza indefinida adscritos al centro de trabajo. Bloque núm. 10: Informe técnico económico elaborado por un experto independiente ajeno a la Empresa.

Bloque núm. 11: documentación mercantil relativa a Telecyl SA (escritura de constitución, ampliaciones de capital, designación de administradores refundación de Estatutos y ampliación del objeto social).

Bloque núm. 12: documentación relativa a la representación social (copia del acta de elección de los miembros del comité de empresa del centro de trabajo afectado y solicitud al comité de empresa para que designara a sus representantes en la comisión negociadora).

Bloque núm. 13: Declaraciones del IVA y del impuesto de sociedades de los años 2015, 2016 y 2017.

Bloque núm. 14: TC2 de los últimos 6 meses.

14º.- La comisión negociadora celebró reuniones los días 23, 28 y 29 de noviembre y 4 de diciembre de 2017. En la primera de ellas los representantes legales de los trabajadores consideraron que tanto el contenido de la memoria como la documentación eran conformes con la normativa, pero manifestaron que no mediaba causa justificativa porque se trataba de un supuesto de sucesión de empresas del art. 44 del ET ; en otro caso, interesaban el abono a cada uno de los 225 trabajadores del centro de trabajo una indemnización por despido de 20 días por año de servicio, con independencia del vinculo contractual. En la segunda reunión la empresa manifiesta que mantiene el despido para los 73 trabajadores con vínculo de naturaleza indefinida, y que valora la posibilidad de mejorar la indemnización por finalización de contrato a los 12 días para aquellos trabajadores con contratos de obra anteriores al año 2010 y la oportunidad de recolocar a algunos trabajadores en los centros del Entrego y de Valladolid. Los representantes legales de los trabajadores manifestaron que los 20 días de indemnización para toda la plantilla era un punto de partida mínimo. En la tercera reunión los representantes legales de los trabajadores plantearon que la petición de 20 días para toda la plantilla se reduzca a 18 días para todos los trabajadores con contrato temporal. La empresa considera que no era posible aceptar esa propuesta y plantea como última oferta una indemnización de 21 días por año para los 73 trabajadores afectados por el despido colectivo, 15 días para los contratos temporales suscritos antes de la reforma laboral de 2010 y 12 días para el resto de los contratos temporales; como requisito o condición para el reconocimiento de la mejora los trabajadores deberían firmar un documento renunciando a plantear

acciones de cesión ilegal frente a Telecyl y Liberbank. En la cuarta y última reunión ambas partes insistieron en sus respectivas propuestas, cerrando el periodo de consultas sin acuerdo. En esta última reunión el comité de empresa dio traslado a la empleadora del informe previsto en el art. 64.5 del ET , haciendo constar en el mismo que se oponían al despido colectivo por las siguientes razones: a) porque desde el inicio de la relación laboral se había producido una cesión ilegal de todos y cada uno de los trabajadores a Liberbank, limitándose Telecyl a una mera función de puesta a disposición de la entidad bancaria de los trabajadores por ella contratados; b) que en todo caso se trataba de un supuesto de sucesión de plantillas residenciable en el art. 44 del ET , al venir obligada la nueva contrata, en virtud de lo previsto en el art. 18 del convenio a contratar al 90% de la plantilla de la empresa saliente, estando fuera de lugar el pago de indemnizaciones, toda vez que no existía una extinción de contratos; c) por último consideraba discriminatorias las diferentes indemnizaciones ofertadas por la empresa a los trabajadores despedidos.

15º.- El 5 de diciembre de 2017 la empresa notificó a la Autoridad Laboral la conclusión del período de consultas sin acuerdo. En la citada comunicación la empresa manifestó que el despido colectivo afectaría finalmente a 63 trabajadores no estando incluido en dicho listado ningún trabajador mayor de 55 años. En la misma fecha, notificó a la RLT su decisión de ejecutar el despido colectivo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió el 4 de enero de 2016 en el que se constataba que la empresa había observado el procedimiento establecido legalmente y que el expediente de regulación de empleo concluía sin acuerdo entre empresa y los representantes de los trabajadores afectados. En el informe se da cuenta de que la diferencia entre los 63 trabajadores que finalmente habían resultado afectados por el despido colectivo y los 73 inicialmente proyectados obedecía:

1°) 6 trabajadores habían causado baja voluntaria en la empresa durante la tramitación del despido.

2°) 6 trabajadores habían sido recolocados en el centro de trabajo del Entrego.

3°) 2 trabajadoras, las Sras. Gabriela y Inocencia , en situación de excedencia, se habían reincorporado a sus puestos de trabajo.

El propio informe de la Inspección de Trabajo ponía de manifiesto que dos trabajadoras, las Sras. Leticia y Manuela , con contrato de obra y servicio, gozaban de la condición de trabajadores con contrato de trabajo indefinido conforme al Art. 14 del convenio colectivo de aplicación, por lo que finalmente el número de trabajadores afectados ascendía a 65. El día 2 de enero de 2018 la empresa remitió a la Autoridad Laboral un listado definitivo con 64 trabajadores afectados por el despido al haber solicitado, entre tanto, otra de las empleadas la baja voluntaria.

16º.- El criterio seguido por la dirección de Telecyl S.A. para determinar los 64 trabajadores afectados por el despido colectivo fue la de ostentar la condición de trabajadores con contrato de trabajo indefinido. Los restantes trabajadores de la empresa afectos al servicio de contact center de Liberbank y que habían suscrito un contrato temporal bajo la modalidad de obra o servicio determinado bien antes de la publicación del R.D.-Ley 10/2010 o bien porque lo habían suscrito posteriormente pero no habían superado los 4 años de duración, vieron extinguidos sus contratos de trabajo por la causa contemplada en el art. 49.1.c) de Ley del Estatuto de los Trabajadores , esto es, por finalización de la obra o servicio objeto del contrato.

17º.- Durante el desarrollo del procedimiento de despido 6 trabajadores afectados por el despido colectivo solicitaron la baja voluntaria en Telecyl y suscribieron contratos de trabajo de duración indefinida con Unisono. En documento aparte esta última empresa se comprometía a abonar a dichos trabajadores una indemnización adicional a la legalmente prevista para el despido, en el supuesto de que este fuera declarado improcedente.

18º.- Entre la documentación aportada por Telecyl S.A. al inicio del período de consultas, obraba informe técnico elaborado por un economista, cuyo contenido fundamental transitaba por poner de relieve la trascendencia del contrato con Liberbank en las cuentas de la sociedad y los efectos que la cancelación del mismo ocasiona en sus presupuestos así como la imposibilidad de mantener la plantilla de los trabajadores afectados por el despido colectivo. De acuerdo con el expresado informe la pérdida del contrato con Liberbank comporta la perdida de uno de los clientes más relevantes, representado entre el 12,14% y el 14,81% del conjunto de los ingresos de la Sociedad en los años 2016 y 2017; en concreto en el año 2016, dicho contrato supuso una cifra de negocio de 4,77 millones de euros de un total de 33,78 millones de euros para el conjunto de la compañía, ascendiendo la media anual durante los años de vigencia del contrato al 11,50%. -Si no se llevaran a cabo las medidas de reestructuración planteadas, en la previsión de cierre para el ejercicio 2018 las pérdidas estimadas alcanzarían los 3,3 millones de euros, mientras que la racionalización de la estructura propuesta generará en el ejercicio 2018 un ahorro estimado de unos 3,1 millones de euros, al no mediar ninguna demanda de prestación de servicios alternativa, ni en volumen ni en rentabilidad en el plazo previsto. Dicho informe obra unido al folio 1574 de los autos y se da aquí por reproducido.

19º.- El 11 de diciembre de 2017 la mercantil Factoría de Transformación de Operaciones y Servicios S.L. (FK2) y la también demandada en el presente pleito Unisono Soluciones de Negocio S.A., suscribieron contrato mercantil para la prestación por la segunda de las entidades el servicio de Contact Center para banca telefónica y centro de soporte de oficinas de Liberbank, identificándose en aquel contrato el objeto del citado servicio a través de los siguientes contenidos: a) Servicios de soporte a cliente: atención bancaria al cliente 24 horas; banca online; asistencia y gestión de las llamadas efectuadas por los comercios que tienen contratado un TPV. Operativa de Tarjetas (denuncias, tarjeta no operativa, operatorias con seguridad, traspaso de fondos lextransport y comercio seguro; phishing y troyano; credicomercio, incluyendo labores de backoffice. Servicio llamadas desviadas de oficinas (atender las peticiones del cliente que llama a su oficina); vivienda (utilizando las herramientas de la sección inmobiliaria de Grupo Liberbank facilita (sic) para la venta, alquiler y mantenimiento de los bienes). Venta de entradas de espectáculos y recintos. B) Servicios de atención al empleado (SAE) asistir a los empleados de las oficinas de Grupo Liberbank en la gestión de sus tareas diarias, y en su relación con los clientes; compresivo del SAE Operativo (resolución de consultas derivadas de las operativas habituales de las oficinas: gestión de cuentas de clientes, contratación de valores y fondos, transferencias, operaciones), y del SAE Help Desk (resolución de incidencias relacionadas con el funcionamiento de los equipos, aplicaciones, comunicaciones, etc.). El servicio acabado de referir se lleva a cabo en la plataforma o centro de trabajo sito en la ciudad de Gijón, en la planta 2ª del edificio de usos múltiples de la Fundación Laboral de la Construcción, sito en la Avda. de los Campones núm. 75, y se presta con mobiliario, equipos informáticos e instalaciones y sistemas de comunicaciones de titularidad de Unisono. La citada plataforma se constituyó en noviembre del año 2017 para asumir las tareas del citado servicio para Liberbank.

20º.- El 18 de octubre de 2017 Unisono Soluciones de Negocio S.A. comunicó a Telecyl que era la nueva adjudicataria del servicio y le solicitó el listado de trabajadores que venían realizando el servicio de banca telefónica para Liberbank a efectos de aplicar el art. 18 del II Convenio colectivo sectorial de contact center. Recibida dicha información, el 31 de octubre de 2017 la dirección de Unisono se dirigió también por escrito a los trabajadores que prestaban el servicio de banca telefónica para Liberbank, convocándolos a una entrevista de trabajo previa a su eventual contratación, entrevistas que tuvieron lugar en la planta baja del inmueble sito en la c/ San Francisco 15 de Oviedo, con la presencia del Sr. Ángel de FK2. El 29 noviembre de 2017 la dirección de Unisono se dirigió de nuevo al colectivo de trabajadores anteriormente identificado, trasladando a los mismos ofertas de trabajo para integrarse en la plantilla de aquella empresa y, en concreto, en el servicio de Contact Center, oferta que se acomodaba a las siguientes condiciones:

-Misma categoría profesional y salario de convenio consolidado.

-Se respetarán el número de horas de contrato que actualmente mantiene.

-Contrato: obra y servicio

-Banda horaria: materna

-Fecha de incorporación: 21 de diciembre de 2017

-Centro de trabajo inicial: Avenida Compones, 75. Gijón.

21º.- Factoría de Transformación de Operaciones y Servicios S.L. (FK2), es una sociedad filial de Liberbank constituída el 13 de noviembre de 2015 y participada al 100% por dicha entidad, cuyo objeto social es la prestación de servicios de consultoría, asesoramiento, formación, planificación y organización empresarial, y cuyo cometido es el de centralizar las tareas operativas y administrativas de la red de oficinas de la expresada entidad financiera. Se han cumplido las previsiones legales".

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre del sindicato CCOO de Asturias. Su Letrada Sra. Fernández Martínez, en escrito de fecha 13 de abril de 2018, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS , por error de hecho en la apreciación de la prueba obrante en autos. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS , por vulneración del art. 51 ET , 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. TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS , por infracción del art. 43 ET . CUARTO.- Al amparo del art. 207.c) LRJS , por vulneración del art. 44 ET .

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

SÉPTIMO. - Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 LO del Poder Judicial , se acordó inicialmente el debate del asunto por el Pleno de la Sala, señalándose para votación

y fallo el día 14 de noviembre de 2018, suspendiéndose el mismo por providencia dictada en dicha fecha, y volviéndose a señalar para el Pleno del 12 de diciembre de 2018, en cuya fecha tuvo lugar. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excma. Sra. Dª Maria Lourdes Arastey Sahun señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Abordamos ahora la solución a un litigio de despido colectivo (DC). El llevado a cabo, sin acuerdo con la representación de los trabajadores (RLT), por la empresa Telecyl (encargada de la atención telefónica a los clientes y empleados de la contratante). Aparecen también como demandadas la empresa financiera (originariamente Cajastur, luego Liberbank) y su filial Factoría de Transformación y Operaciones y Servicios (FK2), así como la nueva adjudicataria de la contrata (Unisono Soluciones de Negocio S.A.)

Como queda expuesto, la sentencia de instancia desestima la demanda formulada por el sindicato Comisiones Obreras de Asturias (CCOO), cuyo recurso de casación debemos resolver seguidamente.

1. Antecedentes y datos relevantes.

Sin perjuicio de que hayamos reproducido ya, como es preceptivo, los antecedentes procesales básicos y los hechos probados (HHPP) en instancia, resulta conveniente comenzar prestando atención a algunos hitos fácticos sobre los que no existe controversia.

A) El DC impugnado ha sido efectuado por la codemandada Telecyl y afecta al centro de trabajo de Oviedo (HP duodécimo).

B) Los trabajadores adscritos (225) atendían la contrata que la empresa tenía con la codemandada Liberbank, en un local arrendado por ésta, si bien Telecyl asumía el pago del IBI y los gastos de seguro y suministros (HHPP Primero, Segundo, Cuarto, Séptimo, Octavo y Noveno).

C) Dicha contrata finalizó el 21 de diciembre de 2017 (HP Undécimo).

D) El periodo de consultas se desarrolló entre la RLT y Telecyl, finalizando sin acuerdo (HHPP Decimotercero a Decimoquinto).

E) La decisión empresarial afecta finalmente a 64 trabajadores (HP Decimoquinto).

F) El criterio de selección de los afectados ha sido el de ostentar la condición de trabajador indefinido (HP Decimosexto).

G) A los trabajadores temporales, con contrato para obra o servicio, se les extinguieron los contratos por finalización de la contrata (HP Decimosexto).

H) La nueva adjudicataria de la contrata -la codemandada Unisono- ofreció a los trabajadores afectados nuevos contratos en los términos que figuran en el HP Vigésimo.

Más adelante (Fundamento Segundo) abordaremos el contenido de los HHPP cuya revisión interesa el Sindicato recurrente (los ordinales quinto, sexto, décimo y décimo noveno). Tras ello ya podremos cerrar la crónica de lo acaecido y comprobar si la sentencia recurrida incurre en las infracciones normativas que se dice.

2 . **Demanda por despido colectivo.**

A) Con fecha 4 de enero de 2018 la Abogada y representante de CCOO presenta demanda impugnando el DC y pidiendo que se declare nulo o, subsidiariamente, no ajustado a Derecho. Interesa la condena solidaria de Telecyl S.A., Liberbank y su filial FK2, en razón a la cesión ilegal de trabajadores, a la readmisión de toda la plantilla en sus anteriores puestos de trabajo y al abono de salarios de tramitación. Subsidiariamente, pide la condena solidaria de Telecyl S.A. y Unisono SOLUCIONES DE NEGOCIO S.L., por existir una sucesión empresarial, a la readmisión de toda la plantilla en sus anteriores puestos de trabajo y al abono de salarios de tramitación.

Los núcleos principales de la demanda son los siguientes: 1) Vulneración del principio de buena fe negocial. Considera inexistente la verdadera negociación colectiva, plagada de irregularidades y sin mediar propuestas para atenuar el DC. 2) Vulneración del principio de igualdad: los 152 trabajadores temporales han sido excluidos del DC y perciben una indemnización inferior a los 20 días por año de servicio. 3) Existencia de una cesión ilegal de trabajadores a Liberbank. 4) Vulneración de la prioridad de permanencia de los RLT. 5)

Existencia de sucesión de empresas, debiendo prevalecer la regulación legal sobre la previsión del art. 18 de convenio colectivo del sector.

3 . **Sentencia recurrida.**

La STSJ Asturias 2/2018 de 22 febrero (ECLI:ES:TSJAS:2018:770) desestima la demanda interpuesta. Tras depurar lo acaecido previamente, sus núcleos argumentales abordan las diversas cuestiones suscitadas en el litigio, pudiendo resumirse así:

A) Expone las razones por las que es posible plantear como cuestión prejudicial (art. 4.2 LRJS) la existencia de una cesión ilegal para determinar quién es el empresario efectivo.

B) Acepta la posibilidad de examinar la validez de los contratos temporales cuya terminación ha quedado al margen del DC, por si se estuviera intentando eludir las consecuencias de una sucesión de empresas.

C) Examina la doctrina de esta Sala Cuarta sobre la negociación de buena fe y la proyecta sobre el caso, descartando la vulneración de tal principio.

D) Analiza la eventual vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, apoyándose en la doctrina de esta Sala Cuarta para descartar que haya habido anomalía en el modo de practicar los ceses. Deja a salvo lo que pudiera acordarse en el marco de las impugnaciones individuales de ellos.

E) Considera que el examen del monto indemnizatorio que deben percibir los trabajadores temporales con ocasión de su cese es materia ajena al procedimiento de DC, al estar al margen del mismo.

F) Examina los criterios legales y jurisprudenciales sobre cesión ilegal, llegando a la conclusión de que no se ha producido tal fenómeno en el caso.

G) Descarta que se haya vulnerado la prioridad de permanencia de los representantes legales, puesto que la misma no puede operar si desaparece el ámbito de la propia representación (el centro de trabajo).

H) Descarta la sucesión de plantillas porque la nueva contratista ha puesto en juego importante infraestructura propia.

4. Recurso de casación.

Con fecha 13 de abril de 2018 la Abogada y representante de CCOO formaliza recurso de casación, previamente anunciado. Interesa la revocación de la sentencia de instancia y la declaración de nulidad del despido (subsidiariamente, que se declare no ajustado a Derecho), con condena solidaria de las codemandadas Telecyl, SA, Liberbank y FK2 (subsidiariamente, la codena solidaria de Telecyl y Unisono).

El primer motivo de recurso, al amparo del art. 207.d), LRJS está dividido en cuatro apartados que pretenden la revisión de otros tantos HHPP, en general para ampliar el tenor de la correlativa crónica judicial.

El segundo de los motivos de recurso, encauzado por el art. 207.e) LRJS , se estructura en otros cuatro subapartados, que identifica como "causas" de infracción (normativa). Van referidas a la vulneración del deber de negociar de buena fe (art. 51 ET), 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 de mano de obra (art. 43 ET) y a la existencia de sucesión de empresa (art. 44 ET).

5 . **Impugnación del recurso.**

Con fecha 30 de abril de 2018 la Abogada y representante de Unisono presenta escrito de impugnación al recurso de casación, centrado en las cuestiones atinentes a su posición en el litigio. Invoca normas y jurisprudencia que, a su juicio, abocan a la desestimación de aquél.

Con fecha 30 de abril de 2018 el Abogado y representante de FK2 presenta escrito de impugnación del recurso. Desarrolla su oposición a todos y cada uno de sus motivos, poniendo de relieve la diferencia entre la actividad de banca telefónica y la presencial.

Con fecha 3 de mayo de 2018 el Abogado y representante de Liberbank impugna el recurso de casación, centrándose especialmente en la posición que ocupa en el litigio. Hace especial hincapié en la inexistencia de cesión ilegal.

Con fecha 3 de mayo de 2018 el Abogado y representante de Telecyl presenta escrito de impugnación al recurso, oponiéndose a todos los motivos del mismo e interesando su desestimación.

6. Informe de Fiscalía.

Cumplimentando el trámite previsto en el artículo 214.1 LRJS , la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta ha emitido su Informe. Expone las razones por las que considera improcedentes tanto

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

las pretendidas revisiones de la valoración del material probatorio cuanto las denunciadas infracciones normativas. Aduce asimismo doctrina de esta Sala Cuarta que sostiene criterios análogos a los de la sentencia recurrida, por lo que interesa su confirmación.

SEGUNDO.- Fijación de los hechos litigiosos.

Los diversos escritos procesales que se han ido presentando a lo largo del procedimiento insisten en lo acaecido y su valoración. A su vez, el recurso de CCOO considera que la crónica de instancia debe corregirse en varios extremos. Debemos, por lo tanto, recordar una vez más las exigencias que acompañan a la casación por error en la valoración de la prueba documental y comprobar si concurren.

1. Exigencia legal y jurisprudencial para la revisión de hechos probados.

A) El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el " *error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios* ".

El precepto no permite la revisión plena del material probatorio. Se limita, por el contrario, a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas (de carácter documental), se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Las consecuencias de esta configuración legal son múltiples puesto que condiciona las posibilidades reales de que la revisión de hechos probados se produzca en casación.

B) En SSTS 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014), 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015), 227/2017 de 21 marzo (rec. 80/2016) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica; la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

C) El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones . La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de Derecho o su exégesis.

Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué se discrepa.

Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. Excepcionalmente la prueba testifical puede ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. Desde luego, la modificación no puede ampararse en la prueba testifical, ni en la pericial, por expreso mandato de la LRJS. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte" encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

D) De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene *"una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas"* (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente (SSTS de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90 , o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar *"de manera directa y evidente la equivocación del juzgador"* pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha *"por otros elementos probatorios unidos al proceso"* (por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec . 19/2002).

No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011 , con cita de otras muchas).

2. Rectificación del HP Quinto (Motivo Primero, apartado 1º del recurso).

A) Análisis del HP Quinto.

Conviene repasar el tenor de lo que la sentencia de instancia ha considerado probado en este apartado: "Los sistemas y equipos informáticos empleados en la prestación del servicio eran de titularidad del banco; los teléfonos, ordenadores, auriculares e instrumental pertenecían igualmente a Liberbank, entidad que también suministraba el papel timbrado. El mobiliario (mesas, sillas, mamparas, persianas...), en parte eran de la titularidad de Telecyl S.A. y, en parte, se encontraban inventariados por Liberbank".

El HP quinto describe, por tanto, la aportación de infraestructura que la entidad de crédito ha venido realizando para que el servicio descentralizado pudiera prestarse por parte de Telecyl. El Fundamento de Derecho Primero explica que lo afirmado se basa en "la testifical practicada en el acto del juicio y de las facturas unidas a los folios 3427 a 3460, relativas a la adquisición de mobiliario de oficinas con destino al centro de trabajo de Oviedo".

B) Rectificación pretendida.

La parte recurrente solicita que la redacción dada por la Sala de instancia sea sustituida por otra más extensa, porque no abarca la totalidad de los hechos o instrumentos de producción utilizados por Telecyl para realizar su trabajo, resultando ello trascendente para la posterior y pretendida declaración de cesión ilegal. También solicita que se amplíe para que conste que los trabajadores de Telecyl realizaban las mismas tareas que los trabajadores de las oficinas bancarias. La redacción propuesta es la siguiente:

"Los trabajadores del Contact.Center contratados por Telecyl realizaban las mismas tareas que los trabajadores de las oficinas bancarias, por lo que usaban medios de producción propios de la entidad bancaria: los sistemas y equipos informáticos empleados en la prestación del servicio eran propiedad del

banco; también la terminal financiera con la que realizaban las operaciones bancarias, disponían de acceso a múltiples cuentas y grupos para operar otros servicios que presta el Banco, también eran de su propiedad los teléfonos, los ordenadores, auriculares e instrumental pertenecían igualmente a Liberbank, entidad que también suministraba el papel timbrado. El mobiliario (mesas, sillas, mamparas y persianas...) en parte eran titulridad de Telecyl y en parte se encontraban inventariados por Liberbank".

Designa como documentos: para acreditar el acceso al Terminal Financiero: Fotografía de la pantalla del Terminal Financiero de una trabajadora de Telecyl (folio 308); y comunicación del responsable del Servicio de Atención al Empleado a toda la plantilla de Telecyl de que disponen de cinco máquinas virtuales para conectarse al Terminal Financiero (folio 302).

Designa como documentos para acreditar el acceso directo a otros programas de la entidad bancaria: Documento de la usuaria IMG, de Telecyl, con acceso a varias cuentas dominio de la entidad financiera (folio 284); correo de CAJASTUR dirigido al Servicio de Ayuda al Empleado, es decir, a los trabajadores de Telecyl, donde se les dice que les han concedido permiso de acceso a los buzones de correo de CAJASTUR; y que usen sus credenciales de usuario para el acceso a la intranet corporativa (folio 48).

Designa como documento para acreditar que el trabajador de Telecyl tiene más accesos (36) y posibilidades que el Director de la Oficina Principal de Oviedo (15) el folio 285.

C) Consideraciones específicas .

Son varias las razones por las que no podemos acceder a la revisión pretendida.

Funda el sindicato su petición modificatoria en una serie de documentos obrantes en los autos de los que no cabe extraer la conclusión de que, efectivamente, puede equipararse la función de la plantilla de la empresa con la que realizan los trabajadores del banco. Ninguno de los documentos que designa, ni por sí mismo ni relacionándolo con otros, evidencia que los trabajadores de Telecyl realicen los mismos trabajos que los trabajadores de las oficinas bancarias de Liberbank.

Ocurre, además, que la afirmación implicaría una evidente contradicción con lo que se declara probado en los ordinales segundo (en donde se refleja el objeto del contrato de Telecyl) y séptimo (en donde se describe la actividad de los trabajadores de Telecyl) que no son combatidos en el recurso.

Adicionalmente, la sentencia recurrida acepta y presupone que la propiedad de la terminal era del banco. Que los empleados de la empresa auxiliar puedan acceder a la terminal Financiera y a otras cuentas de la empresa principal constituye un presupuesto imprescindible para que pueda llevarse a cabo la colaboración inter empresarial. Así lo reconocen las recurridas Telecyl, Liberbank y FK2; la propia sentencia afirma que "es cierto que los ordenadores y el resto del instrumental de la plataforma de banca telefónica era de la propiedad del titular del servicio", resaltando que las dependencias donde prestaba su actividad Telecyl eran propiedad del Banco, pero el disfrute de tales inmuebles no era a título gratuito, como tampoco el mobiliario (mesas, sillas, mamparas...) apareciendo la mayor parte de ellos soportados con la correspondiente factura de Telecyl.

En resumen, no podemos acceder a la reformulación del HP Quinto porque no está acreditado que los trabajadores de Telecyl realicen el mismo trabajo que los trabajadores de las oficinas bancarias; y porque la utilización de medios de producción del banco para la realización de su trabajo está reconocido en la propia sentencia.

Todo ello, sin perjuicio de que al analizar la denuncia que realiza el recurso sobre la existencia de cesión ilegal debamos volver sobre esta cuestión, aunque podemos anticipar que el uso de infraestructura propia de la empresa principal no comporta, por sí mismo, que concurra esa ilícita figura; además, lo relevante para apreciar la existencia de cesión ilegal no estriba en la actividad desenvuelta sino en el modo de asumirla.

3. Ampliación del HP Décimo (Motivo Primero, apartado 2º del recurso).

A) Análisis del HP Décimo.

Conviene repasar el tenor de lo que la sentencia de instancia ha considerado probado en este apartado:

El centro de trabajo de TELECYL en Oviedo cuenta con un comité de empresa de 9 miembros elegidos todos ellos en la lista del sindicato Comisiones Obreras.

A raíz de la huelga convocada para el 14 de agosto de 2017 por los representantes de los trabajadores, para protestar frente a los tiempos y ritmos de trabajo impuestos por la empresa, la Dirección de la empresa y el comité constituyeron un grupo de Trabajo en el SASEC que celebró reuniones los días 23 y 28 de agosto, 4 y 18 de septiembre y 23 de octubre de 2017, para negociar sobre la problemática que habían generado la convocatoria de la huelga y otros temas laborales.

El Fundamento de Derecho Primero explica que lo afirmado se basa en el acta de elecciones (folio 1156) y las actas del SASEC (doc. núm. 86 del ramo de prueba de la parte actora).

B) Rectificación pretendida.

También ahora solicita la recurrente una ampliación del relato judicial, en concreto para incluir el contenido de las reuniones aludidas por el HP Décimo. Se propone añadir el siguiente texto:

En tales reuniones la empresa Telecyl se comprometió a trasladar a FK2 la posibilidad de que los trabajadores se reunieran directamente con ellos, así como una posible subida salarial y aumento de jornadas. FK2 rechazó todas estas peticiones y fue dando instrucciones sobre el resto de las cuestiones planteadas relativas al contenido del propio trabajo. Meses antes Telecyl había emitido un comunicado informando a la plantilla de que conocían la problemática planteada pero que la decisión correspondía a LB.FK2.

Considera el recurso que se trata de una cuestión decisiva en orden a la determinación de si el trabajo se viene prestando realmente para Telecyl o para Liberbank, es decir, si existe cesión ilegal. Considera que las propias manifestaciones de las personas que representan a la empresa contratista ponen de relieve su inoperancia en el ámbito laboral.

C) Consideraciones específicas.

Tal y como se desprende de los requisitos expuestos, la adición pretendida no es atendible.

Por un lado, se apoya en los mismos documentos que la sentencia recurrida, extrayendo de ellos el contenido que considera relevante, pero sin que apreciemos equivocación alguna en el relato del Tribunal de instancia.

Por otra parte, postula la adición de algo no controvertido. Afirmada la celebración de las reuniones a que alude el HP y aportadas las actas al litigio, su contenido ni resulta controvertido, ni ha sido negado de contrario.

Como apunta el Informe de la Fiscalía, el párrafo que se pretende añadir con parte del contenido de las reuniones que la recurrente quiere destacar no cumple las exigencias legales y jurisprudenciales que lo permitirían, pero ello no impide que esta Sala pueda tener en cuenta íntegramente su contenido si fuera necesario puesto que puede entenderse que se tiene por reproducido. Cosa distinta es que haya de compartirse la valoración sobre sus consecuencias.

4. Ampliación del HP Sexto (Motivo Primero, apartado 3º del recurso).

A) Análisis del HP Sexto.

Conviene recordar ahora el tenor del extenso HP Sexto de la sentencia recurrida, describiendo la estructura de la plantilla de Telecyl, así como el organigrama que servía de enlace con la empresa principal o su filial.

Al tiempo del despido que aquí se cuestiona el número de trabajadores adscritos al centro de trabajo de Oviedo ascendía a 225 operarios, de los cuales 73 ostentaban la condición de indefinidos y el resto, 152, estaba vinculado a la empresa con contratos temporales, bajo la modalidad de obra y servicio determinado ligado a la duración de la contrata. Las relaciones laborales se encontraban sujetas al II Convenio Colectivo del sector de Contact Center (antes Telemárketing) (BOE 12/7/17).

El cuadro de mando del centro de trabajo de Oviedo estaba integrado por una Responsable del Servicio, la Sra. Coral , cuatro supervisores y trece coordinadores.

El resto de la plantilla estaba compuesta por teleoperadores y gestores telefónicos, dos administrativos y un técnico de sistemas.

Hasta agosto de 2016, junto al personal dependiente de TELECYL S.A., Liberbank tenía adscritas a su servicio de contact center a 3 empleados , los Srs. Jesus Miguel , Juan Francisco y Darío , con funciones de supervisión y control del funcionamiento del servicio, dación de indicaciones informativas y formativas a teleoperadores, estudio y seguimiento de los planes y objetivos marcados; para cuya ejecución mantenían reuniones semanales con la Sra. Eulalia y otros miembros de cuadro de mandos de TELECYL. Estos operarios ocupaban un despacho aparte en la planta baja del edificio de la calle San Francisco núm. 15 de Oviedo.

A partir de agosto de 2016 estos cometidos fueron asumidos por la mercantil FACTORÍA DE TRANSFORMACION DE OPERACIONES Y SERVICIOS S.L. (FK2), sociedad filial de Liberbank, quien adscribió a esta tarea al Sr. Ángel (Director de división contact center de FK2-Liberbank), auxiliado por las Sras. Marta y Milagrosa . El expresado Director de división contact center intervino y dio el visto bueno al redimensionamiento de la plataforma mediante la contratación de ETTs. en el periodo estival y durante la huelga convocada por los trabajadores de TELECYL en el mes de agosto de 2017.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

En el Primer Fundamento de Derecho la sentencia explica que "el sexto de los ordinales se extrae del expediente administrativo y de la documental unida a los folios 3340, 3355 a 57 y 370 y ss., así como de los documentos referenciados bajo los núms. 28, 42, 43, 45, 47 y otros del ramo de prueba de la parte actora, así como de la valoración de la testifical practicada en el acto del juicio".

B) Rectificación pretendida.

El recurso desea que quede constancia más específica acerca del tipo de control que la empresa FK2 llevaba a cabo, a través del Director de División competente. Considera que se trata de un dato crucial en orden a la apreciación de que ha habido cesión ilegal de trabajadores. En concreto, interesa la adición del siguiente párrafo:

El Sr. Ángel dirigía la empresa a través de impartir especificaciones a los responsables de la plataforma, decidía sobre el funcionamiento, sobre contrataciones, sobre ETT, y requería información sobre decisiones del comité de empresa.

Designa como documentos diversos correos del Sr. Ángel impartiendo órdenes sobre dimensionamiento (folios 267,265, 371, 372 y 373) destacando (folio 372) uno en el que pregunta sobre la reacción del comité de empresa respecto de los cambios en la herramienta que bajaba de 55 a 40 segundos, (folio 373) en donde da instrucciones a seguir tras los paros convocados.

C) Consideraciones específicas.

La alteración de la redacción dada por el órgano judicial de instancia no puede basarse en una distinta apreciación subjetiva de la parte recurrente, máxime si se tiene en cuenta que la Sala *a quo* razona que el citado ordinal recoge la valoración de otras pruebas de índole personal, como la testifical, cuya revisión no cabe hacer en esta alzada.

Ya hemos expuesto que no cabe una nueva valoración de los mismos documentos que los tenidos en cuenta por el órgano de instancia, salvo que se apreciare un error patente en la misma, lo que en absoluto es el caso. El recurso pretende una valoración diferente a la de la Sala de Asturias acerca de las facultades del directivo de la empresa FK2.

Adicionalmente digamos que tampoco es posible incorporar una valoración (si no determinante, sí condicionante del fallo) como la de que el Sr. Ángel dirigía la empresa. Como pone de relieve el Informe de Fiscalía, se trata de una inferencia y no de un hecho, siendo inadecuada su inclusión como si lo fuera.

5. Ampliación del HP Décimo noveno (Motivo Primero, apartado 4º del recurso).

A) Análisis del HP Décimo noveno.

El HP Décimo noveno de la sentencia recurrida da cuenta de la contrata de prestación de servicios suscrita entre Liberbank y Unisono, tras finalizar la que afectaba a Telecyl:

El 11 de diciembre de 2017 la mercantil FACTORÍA DE TRANSFORMACION DE OPERACIONES Y SERVICIOS S.L. (FK2) y la también demandada en el presente pleito Unisono SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A., suscribieron contrato mercantil para la prestación por la segunda de las entidades el servicio de Contact Center para banca telefónica y centro de soporte de oficinas de Liberbank, identificándose en aquel contrato el objeto del citado servicio a través de los siguientes contenidos: a) *Servicios de soporte a cliente: a* tención bancaria al cliente 24 horas; Banca Online; asistencia y gestión de las llamadas efectuadas por los comercios que tienen contratado un TPV. Operativa de Tarjetas (Denuncias, tarjeta no operativa, operatorias con seguridad, traspaso de fondos Lextransport y Comercio Seguro; Phishing y Troyano; Credícomercio, incluyendo labores de BackOffice. Servicio llamadas desviadas de oficinas (atender las peticiones del cliente que llama a su oficina); Vivienda (utilizando las herramientas de la sección Inmobiliaria de Grupo Liberbank facilita para la venta, alquiler y mantenimiento de los bienes). Venta de entradas de espectáculos y recintos. B) *Servicios de atención al empleado (SÁE)* asistir a los empleados de las oficinas de Grupo Liberbank en la gestión de sus tareas diarias, y en su relación con los clientes; compresivo del SAE Operativo (resolución de consultas derivadas de las operativas habituales de las oficinas: gestión de cuentas de clientes, contratación de valores y fondos, transferencias, operaciones), y del SAE Help Desk (resolución de incidencias relacionadas con el funcionamiento de los equipos, aplicaciones, comunicaciones, etc.).

El servicio acabado de referir se lleva a cabo en la plataforma o centro de trabajo sito en la ciudad de Gijón, en la planta 2ª del Edificio de usos múltiples de la Fundación Laboral de la Construcción, sito en la Avda. de los Campones núm. 75, y se presta con mobiliario, equipos informáticos e instalaciones y sistemas de comunicaciones de titularidad de Unisono. La citada plataforma se constituyó en noviembre del año 2017 para asumir las tareas del citado servicio para Liberbank.

Al igual que respecto de los restantes HHPP, en su Fundamento de Derecho Primero la sentencia recurrida explica los medios a partir d elos que ha accedido a lo afirmado: "El contrato concertado el 11 de diciembre de 2017 entre FK2 y Unisono se encuentra reproducido al folio 1104 - DVD con la prueba aportada por Unisono a requerimiento de la parte demandante -, en tanto que el contrato de arrendamiento con la Fundación Laboral de la Construcción y la dotación de la plataforma se extrae de los folios 656 y ss.".

B) Rectificación pretendida.

La última adición interesada tiene que ver con la petición subsidiaria del recurso (en línea con la demanda originaria). Persigue incluir como hecho que Liberbank solo requiere a los eventuales contratistas que posean locales propios, corriendo de su cuenta todo lo demás (requerimientos técnicos, medios informáticos, programas, etc.). A tal efecto el recurso postula la adición del siguiente párrafo:

En el pliego técnico de condiciones para la prestación de servicios de Contact Center publicado por LIBERTBANK, el 6 de abril de 2017, no se exige a las empresas ofertantes disponer de medios técnicos para la ejecución de la contrata, sino solo de un local donde además se presten servicios para otro cliente".

Para fundamentar lo pedido se designa el pliego de condiciones (folios 468 a 483).

C) Consideraciones específicas.

Tampoco consideramos procedente esta ampliación de la crónica judicial. No parece trascendente el alcance de los requerimientos exigidos por Liberbank en el pliego técnico a los efectos pretendidos de acreditar la sucesión de empresas, habida cuenta de que se conoce lo que realmente ha sucedido. El HP Décimo noveno, en la parte no impugnada, expone que tras la firma del contrato mercantil el servicio se prestó en un edificio independiente y con el mobiliario, equipos informáticos e instalaciones y sistemas de comunicaciones titularidad de Unisono.

6. Recapitulación.

De cuanto antecede deriva que hemos de abordar el estudio del recurso de casación formalizado sobre la base de los hechos declarados probados por la STSJ Asturias 2/2018 , bien que con la posibilidad de basar la argumentación jurídica en datos tácitamente indicados en ellos.

TERCERO.- Incumplimiento del deber de negociación de buena fe (Primer subapartado del motivo 2º).

El artículo 207.e) LRJS permite la casación basada en "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". El recurso utiliza este cauce para articular hasta cuatro "causas" dentro de un mismo motivo, con profusión argumental y desarrollo, legítimo, de líneas argumentales a veces contradictorias. La primera va referida al deber de negociar de buena fe.

1. Formulación.

A) El recurso considera que la sentencia de instancia infringe el pasaje del artículo 51.2 ET cuando prescribe que "la consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad". Por su lado, el artículo 124.11 LRJS , al regular la modalidad procesal de despido colectivo, dispone que "la sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores ".

A la vista de ambos preceptos el recurso considera que el despido debe ser declarado nulo por no haber versado el periodo de consultas sobre la posibilidad de reducir o evitar los efectos del despido. Señala que el debate durante el periodo de consultas sólo se centró en la discriminación entre trabajadores fijos y temporales. También denuncia que las recolocaciones no se hubieran negociado con la RLT.

Añade que cabe presumir que hubo negociaciones ocultas por las que unos trabajadores fueron baja voluntaria durante el periodo de consultas para pasar a ser contratados por Unisono. Se refiere a quienes se dieron de baja voluntariamente o fueron recolocados en Unisono, que ya estaba haciendo el proceso de selección, o recolocados en Telecyl, por lo que también procede la nulidad del DC. Además, apunta que la oferta de incremento de indemnizaciones se vinculaba a la renuncia a ejercer acciones de cesión ilegal.

A estas líneas de razonamiento se suma una tercera, divergente de las anteriores, que implica alegar la falta de buena fe en la negociación por ocultación del verdadero empleador. Sostiene que se ocultó la existencia del empleador real, Liberbank, como se desprende de que Telecyl estaba dispuesta a ofrecer algo más que la

indemnización legal pero a condición de que se retiraran las demandas individuales que se habían interpuesto por cesión ilegal frente a Liberbank.

2 . **Doctrina pertinente de la Sala.**

La STS 27 mayo 2013 (rec. 78/2012 , *Aserpal*), seguida por otras muchas posteriores, aborda el examen de la buena fe explicando que " *la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: art. 1258 CC) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET ("ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe"); b) desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de "la consecución de un acuerdo" y que el periodo de consultas "deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento", está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negocial* ".

En STS 21 mayo 2014 (rec. 249/2013 , *Vaersa*) se explica que " *No puede hablarse de una postura inamovible de la empresa ... El hecho de que, al no alcanzarse un acuerdo, la decisión empresarial final se limitara a la indemnización legal de 20 días, sin otras mejoras, no puede afectar a la calificación de la actitud de la empresa durante el periodo de consultas. La inamovilidad contumaz como prueba de carencia de buena fe la apreciamos en el caso resuelto en la STS/4ª/Pleno de 20 marzo 2013 (rec 81/2012), pero porque allí se daba la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio. Precisamente, indicábamos que cabía negar que se hubiera desarrollado un verdadero periodo de consultas "y no tanto porque no se moviesen las posiciones empresariales en el curso de las tres reuniones, sino porque a lo anterior se une también el dato significativo de la referida desinformación de los representantes de los trabajadores y la constancia inicial y final inamovible de extinguir desde el principio y sin información relevante la totalidad de los contratos de trabajo"*.

El periodo de consultas es un verdadero proceso de negociación en donde se exige que exista una actuación tendente a procurar el acercamiento de posiciones. Hemos rechazado que la empresa haya satisfecho tal obligación cuando se ha limitado a exponer una posición inamovible, sin efectuar concesiones u ofrecer opciones (así, SSTS 20 marzo 2013, rec. 81/2012 y 28 enero 2014, rec. 46/2013).

Por el contrario, cuando se han mantenido reuniones que habilitaban para desarrollar de forma eficiente la negociación al constar propuestas concretas por parte de la empresa, no es posible afirmar que ésta hubiera impedido la negociación y, con ello, viciado el periodo de consultas (en esa línea, SSTS 15 abril 2014, rec. 136/2013 y 23 septiembre 2014, rec. 52/2014).

3. **Consideraciones específicas.**

Coincidimos con la sentencia recurrida cuando señala que la empresa mantuvo durante el periodo de consultas una actitud negociadora que aleja cualquier sospecha de mala fe. No creemos que la misma haya infringido la exigencia del artículo 51 ET , preceptos concordantes y nuestra doctrina. Revisemos, para justificar, esta valoración, las líneas argumentales desenvueltas por el recurso.

A) Respecto de la falta de negociación para reducir o evitar los efectos del despido.

Contrariamente a lo que se indica en el recurso, la mera lectura del HP Cuarto de la sentencia (no combatido en esta alzada) revela que, si bien la cuestión de la distinción entre temporales e indefinidos constituyó el núcleo de la negociación, difícilmente cabe apreciar defecto en la buena fe por parte de la empresa.

A lo largo del desarrollo de las consultas se avanzó en el reconocimiento por parte de Telecyl de una mejora en la indemnización, tanto de los fijos (21 días), como la que percibirían los temporales en la extinción de los contratos de trabajo por finalización de la contrata (15 días para los contratos anteriores a la reforma de 2010 y 12 días para el resto). Por tanto, se estaban planteando medidas a aplicar fuera del marco del colectivo de los afectados directamente por el DC, medidas globales que no se limitarían a las que se lograran para aquéllos. A la vista de lo acaecido, compartimos la valoración que asume la sentencia recurrida en su Quinto Fundamento:

"La lectura de las actas de las cuatro reuniones celebradas durante del periodo de consultas pone de manifiesto que la codemandada Telecyl S.A. mantuvo una actitud que en manera alguna cabe calificar de rígida o inflexible pues, dentro del marco de su obligación de negociar de buena fe, facilitó de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesarias, y así los significaron estos cuando en la reunión celebrada el día 23 de noviembre de 2017 manifestaron que consideraban que tanto el contenido de la memoria explicativa como la documentación entregada eran acordes con las exigencias

normativas, manteniendo en las sucesivas reuniones una postura negociadora en forma hábil y suficiente para entender cumplimentados los requisitos expuestos, al formular propuestas concretas sobre las cuestiones planteadas por los trabajadores, así a la petición de aquellos de que se aplicara una indemnización uniforme de 20 días por año de servicio para toda la plantilla -incluidos los trabajadores con contratos temporales- por parte de la empleadora se contestó que, pese a no hallarse afectados por el ERE, se valoraba la posibilidad de mejorar la indemnización por finalización del contrato hasta los 12 días por año a la par que estaba trabajando en el plan de recolocación externo para aquellos trabajadores que no fueran contratados por Unisono en virtud de lo previsto en el Art. 18 del convenio.

Dicha oferta fue mejorada en sucesivas reuniones hasta la definitiva de que se hace merito en el ordinal décimo cuarto. Por otra parte, también se aprecia una reducción del alcance del despido, al disminuir el número de trabajadores afectados por el despido colectivo al pasar de la cifra inicial de 73 trabajadores a los 64 definitivos, merced a la recolocación de 6 de trabajadores en el centro de trabajo del Entrego y todo ello sin que concurrieran causas distintas a las inicialmente consideradas".

B) Respecto de una negociación paralela y pluri individual.

El Informe del Ministerio Fiscal pone de relieve varios datos fácticos relevantes. Seis trabajadores fijos se dieron de baja voluntariamente (HP 15º) y suscribieron contratos de trabajo de duración indefinida con Unisono; cuatro durante el periodo de consultas (entre 23 de noviembre y 4 de diciembre de 2017) y dos con posterioridad (HP 17º). Unisono había pedido antes (18 de octubre de 2017), como nueva adjudicataria del servicio, el listado de los trabajadores que habían realizado el servicio de banca telefónica y les convocó a entrevista de trabajo (el 31 de octubre), trasladándoles luego ofertas de trabajo para integrarlos en su plantilla (HP 20º). A la vista de todo ello no es posible sostener que hubo una negociación paralela entre Telecyl y los trabajadores individuales porque las negociaciones fueron entre Unisono y los trabajadores de la contrata para cumplir con lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo aplicable, habiéndose limitado Telecyl a facilitar a Unisono la lista de los trabajadores afectados.

En cuanto a las seis personas "recolocadas" en Telecyl (HP 15º), la sentencia guarda silencio, probablemente porque es una causa de pedir la nulidad no alegada hasta ahora, como se deduce del FJ Segundo cuando recoge las pretensiones de la demandante. Pero a mayor abundamiento, dado que la finalidad de la negociación del PDC es reducir o evitar los efectos del despido, como el propio recurso expone, mal puede reprocharse a la empresa que instrumentara esa medida, aunque las deliberaciones finalizasen sin acuerdo.

En suma, la buena fe en la negociación no queda desvirtuada por el dato de que algunos trabajadores acabaran aceptando la oferta de Unisono (al amparo del art. 18 del Convenio colectivo de empresas de Contact Center) puesto que el acuerdo en cuestión no contaba con la intervención de Telecyl. No apreciamos una intención fraudulenta de eludir los efectos de las extinciones inicialmente anunciadas con la comunicación del inicio del periodo de consultas.

C) Respecto de una oferta de mala fe.

Es cierto que la oferta de Telecyl (mejorar la indemnización para los trabajadores temporales) estaba condicionada a la renuncia de acciones (sobre cesión ilegal). Pero es que la extinción del contrato temporal con indemnización mejorada por encima de la legal resulta incompatible con una eventual declaración de cesión ilegal. Ésta última arrastraría la calificación de los contratos como indefinidos, al desaparecer la causa de su temporalidad (la obra o servicio vinculada a la contrata).

El acuerdo no se alcanzó porque la parte social quería obtener una indemnización idéntica para todos los trabajadores (20 días), con independencia de su condición de indefinidos o temporales, sosteniendo que era discriminatoria la distinción; y mantuvo la existencia de cesión ilegal de toda la plantilla, entendiendo además que, en todo caso, había sucesión respecto de la nueva adjudicataria del servicio.

Estas cuestiones las analizaremos por separado y más adelante. Lo denunciado ahora es la defectuosa actuación de la empresa en el desarrollo del periodo de consultas, desde la óptica de la postura adoptada por ésta durante las negociaciones.

CUARTO.- Perímetro del despido colectivo (Segundo subapartado del motivo 2º).

1. Formulación.

El segundo apartado del motivo segundo denuncia la vulneración del art. 14 CE ("Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), en relación con el art. 15.1 (admite que la contratación laboral sea "por tiempo indefinido o por una duración determinada" y disciplina los casos en que "podrán celebrarse contratos de duración determinada") y 15.6 ET ("Los trabajadores con contratos

temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos"). También invoca la Directiva 1999/70 del Consejo, relativa al Acuerdo Marco de duración determinada y la STJUE de 14 septiembre 2016 (caso De Diego Porras). A su vez, dentro del motivo cabe identificar tres apartados.

A) Necesaria afectación a toda la plantilla.

Tal y como viene defendiendo, CCOO considera que el DC debía afectar a toda la plantilla adscrita a la contrata, ya fueran personas con contratos fijos o temporales, dado que la causa o fundamento para despedir es la misma: la pérdida de la contrata, no siendo el tipo de contrato un elemento que justifique por sí solo el distinto trato dispensado a la plantilla, pues los fijos han podido negociar durante el periodo de consultas y se les abona una indemnización de 20 días por año, mientras que a los temporales, sin posibilidad alguna de negociación, se les ha abonado lo que dispone la DT 8ª del ET, vulnerándose así la cláusula cuarta de la Directiva Europea 1999/70 y la STJUE de 14.9.2016 , pues todos realizan el mismo trabajo y la pérdida de la contrata es una causa objetiva para extinguir los contratos. Además sostiene que la STS de 13 julio 2017 , citada en la recurrida, contiene doctrina que avala esta causa de nulidad, al señalar que " *el despido colectivo sí debe incluir a los contratos indefinidos o a los temporales que no finalicen como consecuencia de la misma causa que la invocada en él* ", finalización que aquí no se produce pues el motivo es la pérdida de la contrata, no la realización de la obra o servicio objeto del contrato.

Al cabo, denuncia la diferencia de trato que, en orden a la indemnización, sufren los trabajadores temporales que, al no quedar incluidos en el despido colectivo, vieron extinguidos sus contratos con una indemnización distinta de la que se fija para los afectados por aquél.

B) Desnaturalización de los contratos temporales.

Sostiene el recurso que la mayoría de los trabajadores temporales tendrían que ser fijos, por lo que también por esta razón deberían haberse incluido en el DC. Al menos los trabajadores que antes estaban en la anterior adjudicataria (cuarenta; HP 3º) eran fijos de empresa al momento del despido, llevando trabajado unos 15 años, incumpliéndose el límite temporal de cuatro años, que establece el convenio colectivo (BOE 12 julio 2017), que mejora la regulación del ET.

C) Despido de la plantilla íntegra.

También sostiene que debe seguirse el PDC, según el art. 51 ET , cuando la extinción de los contratos afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa, lo que es el caso, al producirse el cierre total de un centro de trabajo, tanto sean fijos como temporales los trabajadores. Se invoca la doctrina de la STS 874/2017 de 14 noviembre .

2. Doctrina pertinente.

A) Sobre el abono de indemnizaciones diversas.

Suscita el recurso la cuestión de la igualdad de trato entre dos grupos de trabajadores, precisamente en función de su tipo de vinculación. Ello obliga a recordar los mandatos que para los Estados Miembros contiene la citada Directiva 1999/70, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, cuya cláusula 4 dispone: "Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas".

El Tribunal de Justicia de la Unión ha señalado que, en efecto, la concesión de una indemnización por parte del empresario debido a la extinción de un contrato de trabajo está incluida en el concepto de "condiciones de trabajo", en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco. Acogiendo pronunciamientos anteriores, lo indica, precisamente, en la STJUE de 14 septiembre 2016 (C-596/14 , *De Diego Porras I*), que el recurso invoca; y lo ha reiterado en dos SSTJUE de 5 junio 2018 (C-574/16, Grupo Norte Facility; C-677/16 , Montero Mateos) así como en la de 21 noviembre 2018 (C-619/17 , De Diego Porras II).

B) Desnaturalización de los contratos.

Por lo que afecta al contrato de duración determinada acogido a la modalidad de obra o servicio, hemos puesto de relieve que se caracteriza por la concurrencia de los diversos requisitos. La STS 457/2018 de 27 abril 2018 (rec. 3926/2015 -) los resume así: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato,

con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas.

Por otra parte, la jurisprudencia ha venido aceptando la licitud de la vinculación del contrato para obra o servicio a la duración de las contratas. Es decir, la celebración del contrato para obra o servicio cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata, aunque su celebración no esté expresamente prevista en el convenio colectivo, pero siempre que no medie fraude interpositorio. Aunque en tales casos es claro que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, existe, no obstante, una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, y ésa resulta una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste. Al respecto puede verse el recordatorio realizado en las SSTS 656/2017 de 20 julio (rec. 3442/2015), 874/2017 de 14 noviembre 2017 (rec. 2954/2015), 756/2017 de 4 octubre (rec. 176/2016), 166/2018 de 20 febrero (4193/2015) y 403/2018 de 17 abril (rec. 11/2016).

También hemos precisado que el contrato para obra o servicio puede apoyarse en causa válida mientras subsista la necesidad temporal de empleados, porque la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de éste continúa, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, porque por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface (STS 20 marzo 2015, rec. 699/2014 -).

Tal doctrina ha sido recientemente matizada en las SSTS 786/2018, 873/2018 y 874/2018 y dictadas por el Pleno de esta Sala con fecha 19 julio 2018 (rcud. 823/2017, 824/2017 y 972/2017), al señalar que, si es cierto que la causa de temporalidad puede pervivir pese a la modificación, prórroga o nueva adjudicación de la contrata a la misma empresa, ello no empece la exigibilidad y el mantenimiento de todos los elementos básicos que naturalizan este tipo de contrato de duración determinada. Eso implica que, en todo caso, deban de concurrir esas notas definitorias de la modalidad contractual que antes hemos expuesto. De ahí que hayamos incidido en la necesidad de "reflexionar sobre los supuestos en que (...) la autonomía e identidad de la contrata, justificativa de la contratación, se desdibuja al convertirse en una actividad que, por sus características de reiteración a través de sucesivas ampliaciones renegociaciones, evidencia que la empresa necesariamente ha incorporado ya a su habitual quehacer, pese a lo cual ha mantenido el mismo contrato de obra o servicio".

C) Control de la validez de los contratos temporales en un despido colectivo.

La STS 1108/2016 de 22 diciembre (rec. 10/2016 ; *Monitores de la Junta de Andalucía*) descarta que las extinciones de aparentes contratos temporales puedan examinarse en el marco de un procedimiento de DC:

No cabe duda de que el despido colectivo puede producirse al margen de que la empresa utilice el procedimiento del *art. 51 ET* (despido colectivo irregular) o que, incluso, se oculte su carácter colectivo (despido colectivo de hecho); y, tanto en un caso como en el otro, la decisión empresarial puede ser impugnada por la vía del *art. 124 LRJS* (*STS/4ª/Pleno de 25 noviembre 2013 -rec. 52/2013 - y 21 julio 2015 -rec. 370/2014 -*); más en el presente caso la demanda se construye sobre unas afirmaciones no meramente fácticas -las que se refieren a la existencia de la comunicación empresarial de cese de un determinado número de trabajadores-, sino sobre una calificación jurídica -el fraude de ley en la contratación y la inexistencia de justificación de la terminación de los contratos- que necesariamente individualiza la situación de los trabajadores haciendo necesarios unos pronunciamientos previos que no pueden ser incluidos en el objeto del proceso regulado en el precitado *art. 124 LRJS* .

D) Reducción de la contrata.

En nuestras SSTS 10 junio 2008 (rec. 1204/2007), 8 noviembre 2010 (rec. 4173/2009), 16 julio 2014 (rec. 1777/2013), 17 septiembre 2014 (rec. 2069/2013), 22 septiembre 2014 (rec. 2689/2013) y 874/2017 de 14 noviembre (rec. 2954/2015), 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 .

E) Tipicidad extintiva prioritaria.

En diversas ocasiones nos hemos enfrentado con la necesidad de determinar en qué apartado legal se subsume determinado acontecimiento que aboca a la terminación del contrato de trabajo. La STS 8 julio 2014 (rec. 2693/2013), con cita de otras anteriores, aborda el caso de una empresa con problemas organizativos y condición resolutoria que los contempla, razonando así:

"Si un contrato de trabajo (fijo, temporal, indefinido no fijo) ve cercenada su continuidad porque la empresa pone en juego causas de tipo organizativo, técnico o productivo, tanto razones de estricta Dogmática contractual (el papel que el *artículo 49.1.b ET* puede desempeñar) cuanto el tenor de las actuales normas (*DA 20ª ET* ; preceptos concordantes del RD 1483/2012) y nuestra más reciente doctrina (*STS 24 junio 2014*) conducen a la misma conclusión. La decisión patronal de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, operando para ello sobre la correspondiente RPT, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo".

En esa misma dirección, la STS 17 septiembre 2014 (rec. 2069/2013) argumenta que "si el contrato para obra o servicio posee como causa natural de terminación la realización de la obra o servicio (*art. 49.1.c ET*), sería erróneo pensar que por vía del art. 49.1.b cabe introducir nuevos motivos extintivos, vinculados a la minoración (o terminación parcial, si se prefiere) de la contrata. En suma: si puede entenderse realizada la obra o servicio objeto del contrato, estaremos ante la terminación *natural* del contrato temporal, mientras que en caso contrario podrá haber motivo para acudir al ajuste de actividad por otras vías (modificativas, suspensivas), incluyendo las extintivas del despido objetivo (o colectivo) pero no desplazando el juego de éstas últimas a través de condiciones resolutorias que, si se hubieran pactado, colisionarían con la arquitectura del *artículo 49 ET* y los derechos del trabajador".

F) Terminación de la contrata y despido de toda la plantilla.

Especial interés posee para nuestro caso el recordatorio de la doctrina sentada en la STS 562/2017 de 28 junio (rec. 45/2017 ; *Grupo Norte y Banco CEISS*), pues examina el DC en una empresa de Contact Center que tenía adjudicada una contrata de banca telefónica. La empresa auxiliar pierde la contrata y promueve un DC en el que incluye a las personas que viene prestando sus servicios mediante contratos indefinidos, pero no a quienes están vinculados mediante contratos para obra o servicio cuyo objeto es, precisamente, la contrata. La sentencia considera ajustada a Derecho la conducta empresarial (incluyendo en el DC solo a quienes la empresa tiene como vinculados mediante un contrato de duración indefinida):

"Por otra parte, es igualmente acorde con la doctrina de *esta Sala -sentencia entre otras de 22/12/2016 (recurso 10/2016)* - que las extinciones debidas a la expiración del tiempo convenido o a la realización de la obra o servicio objeto del contrato no se computan a los efectos de los parámetros de delimitación del despido colectivo, norma coherente con la Directiva 98/59 que excluye del cómputo los contratos celebrados por una duración o para una tarea determinada salvo si esos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de sus contratos.

Por todo ello, y en su consecuencia, a los efectos de impugnación del despido colectivo, no puede sostenerse la existencia de una discriminación entre los trabajadores incluidos y los trabajadores excluidos en este despido colectivo, porque los incluidos son los que, a juicio de la empresa, habían adquirido la condición de fijos, y los excluidos los contratados única y exclusivamente para un servicio determinado. En definitiva, y sin perjuicio del derecho de cada uno de los trabajadores afectados por el presente despido colectivo, a reformular -en su caso- las alegaciones vertidas en este recurso, en el despido individual, procede su rechazo en este procedimiento".

Aunque no sobre banca telefónica, pero sí sobre la actividad de contact center, la STS 624/2017 de 20 julio (rec. 25/2017 , Indra y Vodafone) también examina un supuesto en que la empresa extingue todos los contratos, trayendo al DC solo aquellos con duración indefinida. Esta sentencia (invocada tanto por la ahora recurrida cuanto por el recurso y los escritos procesales posteriores) desestima el recurso de la CGT contra Indra y Vodafone contra la de instancia, que declaró justificado el DC promovido por la empresa auxiliar (Indra) al haber rescindido unilateralmente la principal (Vodafone) los contratos de prestación de servicios de atención telefónica a clientes y servicios de activación técnica y back office. Previamente, ya había notificado Indra a la RLT su decisión de extinguir 42 contratos de obra con base en el art. 17 del Convenio sectorial y poco después notificó por iguales razones la extinción de 72 contratos más, de modo que el DC afectó a 400 trabajadores fijos (incluyendo los temporales cuyos contratos se habían reclasificado como indefinidos en la negociación habida en el período de consultas). Recordemos sus pasajes principales:

"A este respecto hemos de recordar que cuando la nulidad del DC se base en la supuesta ilegalidad de los contratos aparentemente temporales y que la empresa ha extinguido al amparo del *artículo 49.1.c) no resulta adecuado el cauce impugnatorio del artículo 124 LRJS* (la modalidad procesal de despido colectivo, como ahora se hace). En tal sentido, *STS 1108/2016 de 22 diciembre* (*Monitores Junta Andalucía*).

Como advierte la sentencia recurrida, cuestión distinta es, que esos contratos se hayan podido celebrar en fraude de ley, en cuyo caso su extinción será improcedente, o que no concurran las exigencias del *art. 17 del Convenio de Contact Center* para proceder a su extinción, lo que motivará también la improcedencia de dichas extinciones en los procedimientos correspondientes, pero ambas circunstancias deberán probarse en las impugnaciones pertinentes y no en un período de consultas de un despido colectivo, en cuyo perímetro no se incluyeron por la empresa.

[...]

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.

Como expone el Informe del Ministerio Fiscal, si la extinción de los contratos temporales resulta posible por aplicación del *art. 17 del Convenio Colectivo* , carece de justificación legal la pretensión de que sean sumados a las extinciones de contratos motivados, no por la reducción de la contrata o por su extinción, sino por la revocación unilateral de la contratista de otros distintos contratos firmados con INDRA antes de su vencimiento.

La recurrente parte de la premisa, que no está confirmada con carácter previo, de que los contratos temporales y su extinción son fraudulentos, pero tales cuestiones deben ser despejadas, como dice la sentencia, en la impugnación judicial de dichas extinciones.

[...]

Ello no obstante, recordemos que si existen contratos de trabajo temporales y concurre su causa específica de terminación (en el caso, anudada a la duración de la obra o servicio) no estamos ante un despido objetivo o colectivo. Basta con leer al afecto los *artículos 51.1 ET* y *1.5 de la Directiva 98/59/CE* .

Con arreglo a nuestra norma nacional, en efecto, para el cómputo del número de extinciones de contratos se tendrán en cuenta cualesquiera producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador *distintos de los previstos en el artículo 49.1.c*), precepto referido a la terminación del contrato por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. El DC sí debe incluir a los contratos indefinidos o a los temporales que no finalicen como consecuencia de la misma causa que la invocada en él".

G) Cuestiones nuevas.

Con carácter previo y ante algunas de las alegaciones que se efectúan por el recurrente, debemos recordar la doctrina de esta Sala sobre las llamadas "cuestiones nuevas" en el ámbito de la casación. La STS 422/2017 de 12 mayo (DC *Santa Bárbara*) ha compendiado la doctrina sobre el particular.

Salvo en temas de orden público, apreciables de oficio, impera como criterio general la inadmisibilidad de "cuestiones nuevas" en todo recurso. No pueden plantearse válidamente cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas tienen que ser necesariamente rechazadas en ese recurso.

Esta regla tiene su base, fundamento y justificación en el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso judicial español. Se recuerda que el epígrafe VI de la LEC precisa que "la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias con la vista puesta, ... en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso"; y el art. 216 de este mismo cuerpo legal , que se intitula "principio de justicia rogada", dispone que "los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales".

Más en concreto ha de excluirse toda cuestión novedosa en el recurso de casación -bien sea ordinario o para la unificación de doctrina-, que ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de Derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su

carácter extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería -asimismo- los principios de audiencia bilateral y congruencia

Si por el principio de justicia rogada el Juez o Tribunal sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas. Por tanto, fuera de esos momentos iniciales no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por primera vez en vía de recurso.

3. Consideraciones específicas.

A) Sobre la distinta indemnización.

Tiene razón la recurrente cuando apunta que los trabajadores temporales no pueden recibir un trato distinto al de los indefinidos en materia de indemnización por la extinción de sus contratos cuando la situación en que se hallan es perfectamente comparable. Las sentencias del TJUE ya citadas exponen que la comparativa exige que, obviamente, se trate de trabajadores en circunstancias idénticas y, que por tanto también se sitúen en supuestos extintivos iguales. Si bien la STJUE 14 septiembre 2016 (De Diego Porras I) pareció entender que la extinción por terminación del contrato temporal era equiparable a la extinción por causas objetivas, en las posteriores ha precisado que "el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, ya que el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año trabajado en la empresa en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo". Por tanto, el TJUE ha justificado que la cuantía de la indemnización pudiera ser distinta según cuál fuera la causa de la terminación de la relación laboral; estando amparada la diferencia en atención a ese distinto elemento definidor del motivo de la extinción.

El despido por causa organizativa o económica y el final de un contrato temporal por la causa que la justifica son magnitudes desenvueltas en un "contexto sensiblemente diferente"; en el segundo caso opera un "término" conocido desde la celebración del contrato, y en el primero hay "advenimiento de circunstancias", por utilizar las expresiones de la jurisprudencia del TJUE.

B) Sobre la distinta causa extintiva.

El recurso presupone que una misma causa (productiva y económica) es la que aboca a la extinción de los contratos de toda la plantilla adscrita a la contrata.

Sin embargo, como expone el Informe del Ministerio Fiscal, la terminación de las relaciones laborales de las personas adscritas a la contrata se diferencia en atención a la naturaleza fija o temporal de sus contratos de trabajo. Mientras que la empresa pone en marcha el PDC para extinguir los contratos de trabajo de los indefinidos, procede a la terminación de los contratos temporales del resto -al parecer, todos ellos por obra o servicio- acudiendo a la concurrencia de causa válida de terminación, por fin de la obra (terminación de la contrata).

Es evidente que un mismo hecho (terminación de la contrata) provoca la extinción de los contratos fijos y de los temporales. Pero ello no equivale a que el supuesto extintivo sea el mismo desde la perspectiva jurídica. El artículo 49.1 ET contiene un listado en el que aparecen tipos que solo son válidos para determinadas modalidades contractuales, como sucede con la "realización de la obra o servicio objeto del contrato" del apartado c), mientras que otros como el despido colectivo o las causas objetivas legalmente procedentes poseen espectro universal. Dicho de otro modo: 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.

Como otras veces hemos puesto de relieve, la arquitectura del artículo 49.1 ET implica que los acontecimientos de la realidad han de subsumirse en el apartado legal en que poseen un encaje más pertinente. La sentencia recurrida acoge una doctrina que consideramos acertada: 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.

C) Sobre el perímetro del despido colectivo.

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. Las SSTS 562/2017 de 28 junio (rec. 45/2017) y 624/2017 de 20 julio (rec. 25/2017) han resuelto casos similares al presente entendiendo 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.

Tampoco puede servir de fundamento a la pretensión de que el DC sea declarado nulo por la no inclusión de los trabajadores temporales la STJUE de 14 septiembre 2016 que el recurso invoca; entre otras razones porque su doctrina ha sido revisada por la posterior de 5 junio 2018 en el sentido de que la normativa española que establece distinta indemnización al terminar el contrato temporal por la conclusión de su objeto y la que fija para la extinción de un contrato fijo por la existencia de causas objetivas sobrevenidas, no es contraria a la cláusula cuarta de la Directiva 1997/70.

Además, la STJUE de 13 de mayo de 2015 (C-392/13 , *Rabal Cañas*) advierte que, a efectos del DC, no han de tenerse en cuenta las extinciones de contratos de trabajo temporales cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha prevista o cuando el contrato llega a su fin.

Ello sitúa a los trabajadores temporales fuera del marco del despido colectivo y elimina su tacha de nulidad por no haberse incluido en el mismo.

D) Sobre la validez de los contratos temporales en cuestión.

El diseño de la modalidad procesal de DC ha sido interpretado por nuestra doctrina como incompatible con el análisis pormenorizado sobre la validez de las contrataciones temporales finalizadas por la empresa.

Adicionalmente, la sentencia recurrida señala que "la parte actora no identificó a lo largo del debate desarrollado en el acto de la vista un solo caso de un trabajador en el que no se hubiera respetado aquella regla (de inclusión en el DC por ser indefinido) y los dos supuestos identificados por la Inspección de Trabajo resultaron incluidos en la relación definitiva de afectados tal y como se informa en el décimo quinto de los ordinales". Como concluye el Informe del Ministerio Fiscal, la recurrente no acreditó en la instancia que fuera excluido del PDC algún trabajador temporal que tuviera que ser calificado de trabajador fijo, según dice la sentencia, y tampoco lo ha hecho en el recurso con la ampliación fáctica correspondiente a través de la vía prevista en el art. 207 d) LRJS .

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 .

E) Sobre el cierre del centro de trabajo.

Es una cuestión nueva la pretensión de que se declare la nulidad del DC por producirse el cierre total de un centro de trabajo y que por ese cierre el DC deba incluir a todos los trabajadores sean fijos o temporales.

Aunque así no fuera, la doctrina contenida en nuestra STS 874/2017 de 14 noviembre (rec. 2954/2015) no contiene doctrina que aboque a rectificar el fallo de instancia puesto que versa sobre un despido individual y surge "al hilo de una cláusula incorporada a contrato de trabajo temporal en la que se contempla su terminación por reducción del volumen de trabajo de la empresa cliente", supuesto diverso del presente. Adicionalmente, la argumentación acerca del perímetro subjetivo que deba abarcar el DC es trasladable a esta cuestión.

Lo que pide la norma del artículo 51.1 ET ("Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas"), en todo caso, es que se tramite un DC y eso ha sucedido; cosa distinta es que la terminación de los contratos temporales integre el supuesto de referencia o que los mismos deban de incluirse en el mismo, porque el precepto advierte que contempla terminaciones contractuales "por las mismas causas". Dicho queda que no cabe identificar un despido objetivo o colectivo con una terminación de contrato temporal.

QUINTO.- Cesión ilegal (Tercer subapartado del motivo 2º).

La tercera "causa" que el segundo motivo del recurso desarrolla considera que la sentencia recurrida se aparta de los criterios jurisprudenciales sobre interpretación del artículo 43.1 ET ("La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan") y combate los razonamientos albergados en el Fundamento Séptimo de la sentencia.

Por su lado, el artículo 43.2 ET dispone que "En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una

actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

1. Formulación.

Sostiene el recurso que existió cesión de trabajadores y que, por tanto, no cabe despedir a la plantilla por la pérdida de la contrata, debiendo declararse nulo el DC. Sus núcleos argumentales son los siguientes:

A) Aunque Telecyl cuenta con entidad real, lo relevante es determinar si puso en juego su estructura empresarial, sin que la existencia de un "cuadro de mando" (STS 8 marzo 2011, rec. 791/2010) baste para desestimar la cesión ilegal, pues este cuadro de mando se insertaba en el cuadro de mando de Liberbank primero y FK2 después.

B) Liberbank era la titular de los medios materiales empleados en la prestación de servicios, sin los cuales era imposible realizar las labores encomendadas, habiendo recibido los trabajadores de Telecyl formación a cargo de Liberbank en materia de blanqueo de capitales, valores, espía troyano, facturación electrónica, SAE; cita en su apoyo la STS 16 junio 2003 (rec. 3054/2001).

C) Los trabajadores de Telecyl estaban integrados en la estructura organizativa de Liberbank para lo que contaban con una numeración como Oficina de la propia entidad, debiendo entender que existe confusión de plantillas cuando se da un desempeño coordinado e íntimamente relacionado entre los trabajadores de la principal y la contratista. Además se fijó en el contrato que el precio del servicio se hacía conforme a un baremo operario/hora (HP 2º) por lo que se está poniendo la mano de obra sin incurrir en riesgo empresarial alguno, (STS 16 junio 2003, rec. 3054/2001).

2. Doctrina pertinente.

A) Para analizar el acierto o desacierto de la decisión de la sentencia recurrida debemos partir, necesariamente, del sustrato fáctico del presente litigio, tal y como ha quedado definitivamente declarado probado. Hemos puesto de relieve numerosas veces que la determinación de la existencia o no de cesión de trabajadores, prohibida por el art. 43 ET , obliga necesariamente a ceñirse al caso concreto.

El elemento decisivo para discernir si estamos ante un supuesto de cesión ilegal o de descentralización productiva (ex art. 42 ET) se halla en la concurrencia o no de una situación de mero suministro de mano de obra sin que la empresa cedente ponga en juego estructura u organización empresarial alguna, de suerte que se limite a ofrecer una mera apariencia de empleadora (así, por ejemplo, STS 26 octubre 2016, rec. 2913/2014).

B) Lo que persigue el art. 43 ET es que "la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones o la disminución de las garantías y que quien efectivamente es empresario asuma las obligaciones que le corresponden" (SSTS 4 marzo 2008, rec. 1310/2007 ; 17 octubre 2010, rec. 1673/2010 ; 4 marzo 2011, rec. 3463/2010 ; 11 julio 2012, rec. 1591/2011 ; 12 julio 2017 -rec. 278/2016 -).

C) La STS 918/2016 de 2 noviembre (rec. 2779/2914), resolviendo supuesto de una contrata para facilitar información tributaria a los contribuyentes, realiza un balance de nuestra doctrina en los siguientes términos:

Ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas licitas de descentralización productiva, la práctica judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial.

[...] De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

El ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la 14 de septiembre de 2001- un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores .

Desde la doctrina científica se ha destacado que tanto en el fenómeno de la interposición como el de la intermediación puede producirse una cesión de fuerza de trabajo que permite obtener un lucro de una mano de obra sin que la actividad laboral se integre en el ciclo productivo del empresario que obtiene el beneficio y, quizá por ello, el ordenamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha establecido ciertas garantías y precauciones respecto a la cesión que actualmente contempla el ET, lo que probablemente haya provocado un cierto vacío en relación a las denominadas "cesiones indirectas" que parecen caracterizar a la subcontratación.

En este sentido, el *art. 43.2 ET* describe cuatro conductas sancionables o, mejor, con consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad; o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario.

3. Consideraciones específicas.

A) En el presente caso no apreciamos que concurran los requisitos que el artículo 43.1 ET y nuestra doctrina configuran como constitutivos de la cesión ilegal. 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.

B) La sentencia recurrida cita diversa doctrina de esta Sala para descartar que Telecyl se haya limitado a una simple puesta a disposición de mano de obra a Liberbank o FK2, concluyendo en términos que asumimos:

"En suma, descartado el hecho de que en ningún momento se puso en duda la realidad empresarial de Telecyl S.A., cuyo volumen de negocio en el año 2016 se cifraba en 33,7 millones de euros, que contaba con una plantilla global de 1.150 empleados y con unos departamentos centrales en Valladolid, dos de cuyas plataformas operan en Asturias bajo la dirección de una Responsable de operaciones de la zona norte, la Sra. Concepción , a juicio de este Tribunal la empresa ejerció efectivamente las funciones inherentes a la posición jurídica y material de empresario en el contexto de la prestación del servicio de contact center, estableciendo un cuadro de mandos específico, responsabilizándose de llevar a cabo el encargo efectuado por Liberbank con el personal adscrito al centro de trabajo de la c/ San Francisco 15, asumiendo el riesgo y la obligación de rendir cuentas sobre los resultados alcanzados y la calidad de las campañas desarrolladas a cambio de una contraprestación económica del servicio ligada a los resultados obtenidos."

C) Nos encontramos ante un supuesto de externalización de los servicios que se detallan en los ordinales segundo y séptimo de los hechos probados, que se efectuaba según las circunstancias siguientes:

Se desarrollaba en unas instalaciones ocupadas exclusivamente por el personal de Telecyl (HP 4º), con equipos y materiales que en parte pertenecían a la citada empresa y, en parte, a la entidad bancaria cliente (HP 5º).

Telecyl pagaba un canon mensual de 3.972 € por la utilización de las plantas 3ª, 4ª y 7ª a Liberbank haciéndose cargo del IBI Y corriendo por su cuenta los gastos de seguro, luz, calefacción y demás suministros (HP 4º).

En dicho centro prestaban servicios todos los trabajadores de Telecyl, existiendo una dependencia en la que lo hacían tres trabajadores de Liberbank (posteriormente de su filial FK2), que llevaban a cabo funciones

de supervisión y control del funcionamiento del servicio, dación de indicaciones informativas y formativas a teleoporadores, y estudio y seguimiento de los planes y objetivos marcados (HP 6º).

Por parte del Banco se dieron instrucciones e indicaciones diversas al cuadro de mandos de la contratista, y asimismo se llevó a cabo la formación de los trabajadores en materia de blanqueo de capitales, valores, espía troyano, facturación electrónica, etc. (HPP 8º).

La organización del calendario, turnos y horarios lo llevaba a cabo Telecyl, la cual también gestionaba las cuestiones sobre la puntualidad, ausencias, bajas, excedencias ausencias y sustituciones de personal. Es dicha empresa la que abonaba las nóminas y elaboraba los planes de formación, ejerciendo las facultades disciplinaras, y desplegando las políticas de prevención de riesgos laborales y las obligaciones en relación con la salud de los trabajadores (HP 9º).

El centro de trabajo afectado en este litigio contaba con comité de empresa, llegándose a convocar una huelga, fruto de la cual se constituyó un grupo de trabajo paritario para negociar en su seno determinados problemas laborales (HP 10º).

D) En suma, consideramos que la recurrente, de forma legítima pero errada, asume una valoración de los hechos probados diversa de la objetiva y bien fundamentada de la sentencia.

Telecyl puso en juego su estructura empresarial ejerciendo verdaderas facultades de dirección, dado que tenía una responsable del servicio, cuatro supervisores, trece coordinadores, dos administrativos y un técnico de sistemas, aunque Liberbank primero y FK2 después adscribieran a tres (Liberbank) y uno (FK2) de sus empleados en funciones de supervisión y control del funcionamiento del servicio, indicaciones informativas y formativas a teleoperadores y estudio y seguimiento de los planes y objetivos marcados, manteniendo para ello reuniones semanales con el cuadro de mandos de Telecyl, para lo cual ocupaban un despacho aparte en el mismo edificio, siendo el cuadro de mandos de Telecyl el que organizaba los calendarios, los turnos y los horarios de trabajo y el cubrir las necesidades de personal que pudieran surgir, ejerciendo el control y supervisión del personal, tanto en orden al debido desempeño de su trabajo como respecto a la puntualidad y asistencia al trabajo, bajas, excedencias, permisos, horas sindicales, vacaciones, etc., elaborando planes de formación, para lo que cuenta con varios formadores y ejerciendo las facultades sancionadoras y disciplinarias, ocupándose de la prevención de riesgos laborales y de los reconocimientos médicos de sus trabajadores.

E) Como pone de relieve el Informe de la Fiscalía, no es óbice a lo dicho el que Liberbank fuera la titular de los sistemas y equipos informáticos utilizados en la prestación del servicio, ni que hubiera dado a los operadores de Telecyl formación específica en varias materias. El sistema de banca a distancia ya había sido creado por CAJASTUR en el año 2004 y había sido objeto de una previa externalización (HP 7º), por lo que la puesta a disposición de Telecyl de dicho material no es un dato decisivo y excluyente de la puesta en juego de una realidad empresarial; y que la contrata también había asumido el SAE (Servicio de Atención al Empleado) de CAJASTUR (HP 2º), lo que justifica el acceso a los sistemas informáticos de la entidad financiera.

Además, para poder realizar la prestación de servicios concertada, los trabajadores de Telecyl tenían que tener acceso necesariamente a las aplicaciones informáticas en las que se encuentran los datos de los clientes, pero se registra todos sus accesos como personal externo siendo lógico que Liberbank, como entidad bancaria, diera a los trabajadores de Telecyl formación específica en materia de blanqueo de capitales, valores, facturación electrónica de sus clientes, y SAE, dado que este último servicio ya estaba creado con anterioridad a la contratación de Telecyl.

F) Desde luego, la externalización o contratación de servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa cedente no es jurídicamente anómala o ilegal sino que integra el supuesto de hecho de la subcontratación. Desde luego, no cabe sostener que existía una confusión de plantillas por externalizar una parte de la propia actividad que tiene además características propias. Como la propia sentencia recurrida evidencia, en el concreto caso de las entidades de crédito es un fenómeno expresamente previsto en la normativa bancaria (art. 22 del RD 84/2015, de 13 de febrero , dictado en desarrollo de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito). Tampoco el hecho de cambiar el precio del servicio para fijarlo conforme a un baremo operario/hora significa que Telecyl no incurriera en riesgo empresarial alguno.

G) La doctrina de las sentencias que cita la recurrente de esa Sala no son aplicables al partir de supuestos fácticos completamente diferentes.

En la STS 8 marzo 2011 (rec. 791/2010) la empresa comitente, dedicada al empaquetado y comercialización de ajos contrató con la empleadora de los trabajadores demandantes el servicio de envasado de piñas y trenzas de ajos y su corte teniendo únicamente una persona coordinadora, prestándose los servicios en los

locales de la principal y utilizando la maquinaria de ésta por determinado precio. La sentencia razona que no existe constancia alguna de que la empresa cedente ejerza el poder de dirección y el poder disciplinario pues solo existe una "persona coordinadora", careciendo de su propia organización productiva.

La STS 16 junio 2003 (rec. 3054/2001) confirma la sentencia del TSJ que apreció cesión ilegal de trabajadores porque la empresa contratada del servicio de marketing telefónico, AIRTEL, facilitó el local adecuado para la ubicación del personal de la contratista (DTG) proporcionándole también el equipo informático y telefónico, (sin que conste precio alguno por la utilización del local y medios de trabajo), y además porque se seguía un control del trabajo mediante monitorizaciones en el que se otorgaban puntuaciones por parte de AIRTEL y por parte de DTG, y AIRTEL les facilitaba los manuales y la información necesaria para la ejecución del servicio, que opera en la práctica como instrucciones de trabajo, siendo solo un dato significativo, pero solo un dato más, que la forma de retribución de la contrata consiste en unas tarifas por unidad de tiempo según sea trabajo diurno, nocturno o festivos.

H) Desestimamos, en suma, este motivo y mantenemos, por ello, el pronunciamiento de instancia absolutorio de la empresa principal y su filial, codemandadas.

SEXTO.- Sucesión de empresa (Cuarto subapartado del motivo 2º).

Por último, la parte recurrente denuncia la infracción del art. 44 ET para insistir en la pretensión de que se declare que hubo una sucesión de empresa al asumir la contrata Unisono.

Antes de dar respuesta específica a este punto del recurso, hemos de poner de relieve que en el mismo no se combate en momento alguno la existencia de la causa del DC. Eso comporta que: 1º) De prosperar la alegación de una efectiva sucesión empresarial no habría habido finalización del servicio y, por ende, desaparecería la justificación de la causa del DC llevado a cabo por Telecyl. 2º) El fracaso del razonamiento sobre aplicación del artículo 44 comporta que no sea necesario, ni posible dado que nos encontramos en el ámbito de un recurso extraordinario, examinar la realidad o proporcionalidad de la causa alegada por la empresa para proceder al DC.

1. **Formulación.**

La cuarta "causa" que el segundo motivo del recurso desarrolla postula la infracción del artículo 44 ET , cuyo apartado 1 establece la regla general de la subrogación y su efectos cuando media una transmisión empresarial ("El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente"), mientras que el apartado 2 identifica el concepto en cuestión ("existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria").

Con invocación de jurisprudencia comunitaria, considera que un conjunto de trabajadores puede constituir una entidad económica y que la doctrina del caso Temco (STJUE 24 enero 2002) implica que cuando el nuevo empleador asume una parte sustancial de la plantilla se produce la subrogación; subraya que los medios materiales puestos en juego para la ejecución de la contrata son casi en su totalidad de la empresa principal.

Recordemos algunos hechos sobre los que se asienta la controversia litigiosa en este punto. 1) La nueva adjudicataria del servicio desarrolla la actividad en que la contrata consiste en la ciudad de Gijón, en un inmueble cuya adaptación supuso un desembolso de 200.000 €, con mobiliario, equipos informáticos, instalaciones y sistemas de comunicaciones de su titularidad (HP 19º). 2) Unisono efectuó oferta de trabajo a la plantilla de la empresa saliente en los términos que se recogen en el HP 20º, con fecha de incorporación el 21 de diciembre de 2017; 3) Al menos el 90% de los trabajadores de la contratista entrante proceden de la saliente (Fundamento de Derecho Noveno, con valor de hecho probado), si bien no consta cual es el número de trabajadores de la plantilla de la empresa entrante y, por consiguiente, a cuantos trabajadores de la saliente se contrató por ésta.

2. Doctrina pertinente.

A) Esta Sala viene entendiendo que el proceso de DC solo puede tener por objeto las cuatro causas de impugnación que enumera el art. 124.2 LRJS (Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita; Que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal ; Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; Que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas). La naturaleza

especial y urgente de esta modalidad procesal impide plantear otras cuestiones, como la posible sucesión de empresa producida tras tomarse y notificarse la decisión extintiva, máxime si no ha mediado un contrato mercantil entre cedente y cesionario en ese sentido. Así lo corrobora igualmente el art. 26.1 LRJS que prohíbe la acumulación a las acciones de despido de cualesquiera otras ("no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvención, las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo"), con las excepciones que se indican en él.

B) No obstante, sí hemos aceptado el análisis de la cuestión de la existencia de sucesión empresarial en los supuestos de utilización de las previsiones del art. 51 ET para evitar la aplicación del art. 44, o sea para evitar las consecuencias laborales de una transmisión, en clara incursión en el supuesto fraudulento contemplado en el art. 6.4 del Código Civil , que debe llevar como consecuencia la nulidad del acto llevado a cabo como dispone el indicado precepto, y ha de ser entendido aplicable al caso (STS 18 febrero 2014, rec. 108/2013 ; *Sodeoil y Campsared*). Pero se trata de supuesto diverso al presente, dado que no ha existido aquí negocio jurídico alguno entre las supuestas cedente y cesionaria.

C) La STS 687/2016 de 20 julio (rec. 303/2014 ; *Mercasevilla*) advierte, de manera categórica, que "el objeto del proceso especial de impugnación de los despidos colectivos regulado por el *art. 124 LRJS* queda limitado a los cuatro supuestos previstos en su apartado 2, sin que la LRJS permita que se le acumule ninguna otra acción (*art. 26 LRJS*) por su carácter especial y urgente (*art. 124.6 LRJS*).

D) La STS 615/2017 de 12 julio (rec. 20/2017 ; *Elsamex y UTE de Arona*) reitera la imposibilidad de acumular las dos acciones y añade lo siguiente:

"Se dirá que sí se ha admitido la acumulación de acciones contra varios en supuestos de cesión ilegal de mano de obra o de levantamiento del velo en grupos de empresa. Pero el supuesto es distinto porque en esos casos la acumulación venía fundada en hechos producidos con anterioridad al despido, mientras que ahora se demanda con base en hechos posteriores al despido. En aquellos casos se demandaba a quien se consideraba que tenía la condición de empresario real por hechos anteriores y aquí al supuesto sucesor con base en hechos posteriores. En el primer caso cabía la acumulación con base en el art. 25-3 de la LJS, al existir un nexo de conexión entre las causas de pedir, nexo existente, según la norma, "cuando las acciones se funden en los mimos hechos", pero ese nexo del inciso final del citado art. 25-3 no se da en este caso, porque la supuesta sucesión se funda en hechos posteriores, esto es en la demora de más de un año del Ayuntamiento en tramitar el expediente administrativo para adjudicar la nueva contrata de mantenimiento".

E) Por su lado, la STS 879/2018 de 2 octubre (rec. 155/2017 ; *Balear de Datos y Procesos, S.A.U. y Ayuntamiento de Calviá*) reitera la doctrina de referencia, explicando nuevamente lo siguiente:

"Nos encontramos ante un hecho posterior al despido colectivo impugnado que ha sido realizado por personas distintas de la antigua empleadora que habrían pasado a ser empleadores por hechos posteriores al despido. Ello hace inviable el estudio de la sucesión de empresa que se alega, máxime cuando el día del juicio esa subrogación había operado para la gran mayoría de los afectados (H.P. Decimocuarto), lo que, realmente, dejaba reducida la acción a una reclamación de daños y perjuicios por los salarios dejados de percibir, a lo que se unen las adjudicaciones de obras que en el ínterin hizo el Ayuntamiento a otras empresas (H.P. Undécimo) y otras cuestiones que escapan al objeto de un procedimiento sumario y urgente como el que nos ocupa".

F) En todo caso, recordemos que habrá sucesión cuando el nuevo empresario adquiere los elementos significativos del activo material o inmaterial o la parte esencial en número y competencias de los trabajadores adscritos a la actividad; de suerte que hay que analizar, en cada caso y de forma global, las circunstancias concurrentes, para determinar cuál es el núcleo que define la "entidad económica" sobre la que se produce el cambio de titularidad. De ahí que haya de examinarse el tipo de empresa o actividad, la transmisión o no de elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales, la asunción o no de la mayoría de la plantilla, la transmisión o no de la clientela, el grado de analogía de las actividades antes y después de la transmisión (STJCE de 7 marzo 1996, Asunto Merks y Neuhuys, C-171/94).

Al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión ha señalado que "han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Estos elementos deben apreciarse en el marco de una evaluación de conjunto de las circunstancias del caso y, por lo tanto, no pueden apreciarse aisladamente" (STJUE de 19 octubre 2017, Securitas, C-200/16).

G) De manera específica, la STS 27 enero 2015 (rec. 15/2014) declara la inexistencia de sucesión de empresas en un cambio de adjudicataria del servicio de "contact center" por considerar que la nueva empresa aportaba elementos materiales relevantes para el desarrollo del servicio (ponía a disposición sus propias instalaciones, sus medios técnicos y su "know how"). Sostuvimos entonces que "lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos, ya que, la importancia de los factores que intervienen en la producción no se mide en términos cuantitativos, sino cualitativos, esto es atendiendo a la necesidad de los mismos para el funcionamiento de la actividad, necesidad que en este caso es evidente porque sin las inversiones hechas por la nueva contratista y demás medios materiales puestos por ella los trabajadores que contrató de la antigua no habrían podido prestar el servicio que requería la actividad por falta de instalaciones y demás medios materiales".

3. Consideraciones específicas.

A) 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.

B) Aunque lo anterior basta para desestimar el motivo, la sentencia recurrida razona que no puede apreciarse la existencia de sucesión porque la nueva contratista del servicio ha puesto en juego una importante aportación de medios materiales, no asumiendo los que utilizaba la saliente, lo que nos aleja de un supuesto de sucesión empresarial por asunción de la plantilla.

C) Además, la doctrina sobre transmisión de empresa recién recordada implica que la mera sucesión de contratistas no implica de modo automático la existencia de una sucesión empresarial, pues también en este caso debe examinarse la concurrencia de las condiciones indicadas, esto es, si ha habido una asunción de activos patrimoniales necesarios por parte de la entrante o, si por tratarse de una actividad en la cual el elemento definidor de la entidad económica es la mano de obra, se ha producido la asunción de la plantilla de la saliente.

De lo que se trata, pues, es de que, no solo la actividad sea la misma, sino que, además, se haya producido esa transmisión de elementos significativos, lo que exige analizar cuáles son en cada caso concreto los elementos que resultan esenciales o relevantes para la actividad que la entidad realiza. De ahí que en la citada STS 27 enero 2015 (rec. 15/2014) ponderáramos la relevancia de los medios materiales por encima de la circunstancia de la contratación del personal de la empresa saliente, llevada a cabo en virtud de la cláusula del Convenio colectivo que antes hemos transcrito, que era allí también aplicable.

En el presente caso, 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. No podemos pues traer a este caso la solución que hemos aceptado en la STS 873/2018 de 27 septiembre (rcud. 2747/2016) porque en aquel caso sí se trataba de una actividad sobre la que no cabía duda de la aplicabilidad de la doctrina sobre la sucesión de plantillas y, por ello, se entendió aplicable el art. 44 ET , aun cuando la subrogación se produjera por imperativo del convenio colectivo.

D) En definitiva, por estas dos razones debemos desestimar también este concreto motivo del recurso.

SÉPTIMO.- Resolución.

Los razonamientos precedentes conllevan, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación interpuesto por el sindicato Comisiones Obreras contra la sentencia dictada en instancia por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias.

Por otro lado, pese a lo anterior, no cabe la imposición de costas a la parte vencida en este recurso de casación puesto que así lo prescribe el artículo 235 LRJS .

F A L L O

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

:

1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por el sindicato CCOO de Asturias, representado y asistido por la letrada Dª. Nuria Fernández Martínez.

2) Declarar 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 Telecyl SA, Unisono Soluciones de Negocio, Liberbank y Factoría de Transformación y Operaciones y Servicios FK2, en procedimiento de despido colectivo.

3) No imponer las costas a la parte vencida en este recurso.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez 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 Dª Maria Luz Garcia Paredes

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. Dª Maria Lourdes Arastey Sahun A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACION Nº 108/2018, al que se adhieren el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina y las Magistradas Excmas. Sras. Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Dª Rosa Maria Viroles Piñol y Dª Maria Luz Garcia Paredes.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación a número 108/2018 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC .

Con la mayor consideración y respeto discrepo de los razonamientos y el fallo de la mayoría de la Sala a dicha solución y entiendo que, en todo caso, el recurso debió ser estimado en parte.

La postura que sostengo se fundamenta en mi discrepancia con de la solución alcanzada por la Sala en atención a las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- 1. Comparto plenamente los razonamientos de la sentencia de la mayoría sobre los motivos del recurso destinados a la revisión de los hechos probados, coincidentes con la propuesta que, como Ponente, hice al Pleno de la Sala.

2. Igualmente coincido con la decisión alcanzada en relación con las pretensiones de la parte recurrente relativas al defectuoso desarrollo del periodo de consultas, la existencia de cesión ilegal, y la denuncia de concurrencia de una sucesión empresarial, cuyo rechazo se incluía también en aquella propuesta sometida a la deliberación.

3. Mi discrepancia se ciñe, como he apuntado, a la calificación del despido colectivo habida cuenta de la exclusión del mismo de los trabajadores que prestaban servicios en virtud de contratos para obra o servicio la entidad bancaria codemandada.

SEGUNDO.- 1. Mi planteamiento al Pleno de la Sala implicaba 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.

Por consiguiente, este Voto Particular pretende poner de relieve mi postura respecto de la respuesta dada al segundo apartado del motivo segundo del recurso, en el que la parte recurrente denuncia la vulneración del art. 14 de la Constitución (CE), en relación con el art. 15.1 y 6 del Estatuto de los Trabajadores (ET), así como la Directiva 1999/70, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, con invocación asimismo de la STJUE de 14 diciembre 2016, Asunto De Diego Porras, C-596/14 . Se sostiene, en esencia, que el despido colectivo debía de afectar a toda la plantilla de la empresa adscrita a la contrata cuya finalización se erige como causa de aquél. Se plantea así la diferencia de trato que, en orden a la indemnización, sufren los trabajadores temporales que, al no quedar incluidos en

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

el despido colectivo, vieron extinguidos sus contratos con una indemnización distinta de la que se fija para los afectados por aquél. De hecho, la falta de acuerdo en el periodo de consultas obedeció a esta cuestión, y, dada la negativa a la inclusión por parte de la empresa, cabe presumir que las extinciones de los contratos temporales acabaron indemnizándose con arreglo al parámetro legalmente establecido de 12 días por año trabajado, no alcanzando en todo caso los 20 días dispuestos para los despidos por causas objetivas.

2. Es evidente que ello nos obliga a recordar que, en atención precisamente a la pérdida de la contrata, la empresa adujo causas productivas y económicas, siendo la consecuencia que la empresa extraía de tal circunstancia, la del necesario cierre del centro en cuestión. Sin embargo, la liquidación de las relaciones laborales de los trabajadores de la plantilla adscritos a dicho centro se diferenció en atención a la naturaleza fija o temporal de los contratos de trabajo, de suerte que, mientras que la empresa puso en marcha el trámite del despido colectivo para extinguir los contratos de trabajo de los indefinidos, procedió a la terminación de los contratos temporales del resto -al parecer, todos ellos por obra o servicio- acudiendo a la concurrencia de causa válida de terminación, por fin de la obra (terminación de la contrata); lo cual situó a los trabajadores temporales fuera del marco del despido colectivo.

3. Precisamente, del art. 4 de la Directiva y de las STJUE de 14 septiembre 2016, De Diego Porras, C-596/14 (que el recurso invoca); 5 junio 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16 , y Montero Mateos, C-677/16 ; así como en la de 21 noviembre 2018, De Diego Porras II, C-619/17 (par. 59) se extrae con claridad que, en efecto, los trabajadores temporales no pueden recibir un trato distinto al de los indefinidos en materia de indemnización por la extinción de sus contratos cuando la situación en que se hallan es perfectamente comparable. Como señala la sentencia de la mayoría, el Tribunal de la Unión declara que la comparativa exige que, obviamente, se trate de trabajadores en circunstancias idénticas y, que por tanto también se sitúen en supuestos extintivos iguales, de suerte que se justifica que la cuantía de la indemnización pudiera ser distinta cuando la causa de la terminación de la relación laboral es distinta.

No cabe duda de que nuestra doctrina jurisprudencial ha venido admitiendo la licitud de la celebración de un contrato temporal cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata. Y dicha doctrina se complementa ahora con los matices que introducíamos en las STS/4ª/Pleno de 19 julio 2018 (rcud. 823/2017, 824/2017 y 972/2017), que también recoge el texto de la sentencia de la mayoría.

Ahora bien, en el presente caso, con independencia de cuales sean las circunstancias concretas y específicas de los trabajadores temporales integrantes de la plantilla -y sin que aquí se plantee siquiera que los mismos no fueran ajustados a derecho en términos de duración temporal, como sí sucedía en la STS/4ª de 8 julio 2012 (rcud. 2341/2011) y en el caso de la STS/4ª/Pleno de 13 julio 2017 (rec. 25/2017)-, nos encontramos con que la empresa ha acudido a la extinción de sus contratos amparando la decisión en la consideración de que la terminación de la contrata suponía, a su vez, la finalización de la obra o servicio. Sin embargo, esa misma justificación la lleva- vía despido colectivo debido al número de afectados- a extinguir también los contratos de trabajo de los trabajadores indefinidos que, igualmente, prestaban servicios adscritos a la contrata. Se produce así la identidad tanto en el motivo de los respectivos ceses, como en la causa última de su contratación puesto que los dos colectivos desarrollaban el contenido de su prestación de servicios en virtud de la misma contrata en cuestión y la vida de sus respectivas relaciones laborales llega a su fin por la misma razón, siendo la propia empresa la que entiende que la pérdida de la contrata constituye una causa objetiva de extinción.

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. No estamos aquí ante un supuesto de pérdida de contrata, pero pervivencia de la actividad del centro, en cuyo caso podría pensarse en una posible terminación de la obra que, lógicamente, no afectaría a los trabajadores indefinidos. Por el contrario, nos encontramos ante la concurrencia de una causa productiva y económica que lleva a la empresa a cerrar el centro de trabajo, causa que afecta de modo idéntico y simultáneo a toda la plantilla.

Hemos afirmado 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. Pero, si se trata de contrataciones temporales en que la obra o el servicio concertados no han finalizado, no cabe excluir del cómputo a tales trabajadores a los efectos 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 (así lo recordábamos en la STS/4ª de 3 julio 2012 -rcud. 1657/2011 -). Por tanto, la extinción de los contratos temporales queda al margen del despido colectivo, salvo si éste tiene lugar antes de la finalización o el cumplimiento de dichos contratos (STS/4ª/Pleno de 22 diciembre 2016 -

rec. 10/2016 -). Y 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.

4. Por consiguiente, no existía razón objetiva para excluir a los trabajadores con contrato de duración determinada del ámbito del despido colectivo y, por ende, de la decisión extintiva final adoptada por la empresa. 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. Sostuve por ello que, concurriendo éstas, el fenómeno afecta a todas las relaciones laborales sin distinción de su duración.

5. Propuse por ello que quedaría por determinar cuál debe ser la consecuencia de dicha equiparación. Y señalé que, con arreglo al art. 124.11 LRJS , sólo la falta de acreditación de la concurrencia de la causa legal esgrimida por el empresario motiva que el despido se declare no ajustado a Derecho.

Pues bien, en este caso no se discute que la causa alegada concurriera, lo que sitúa el debate en la necesidad de examinar si la empresa cumplió con lo previsto en el art. 51.2 y 7 ET .

El apartado 2 del art. 51 ET exige el cumplimiento de unos requisitos formales para poder entender válidamente iniciado el periodo de consultas que, necesariamente, debe abrirse con la representación de los trabajadores. Este precepto -desarrollado en los arts. 4 y 5 del RD 1483/2012, de 29 de octubre - dispone que el escrito comunicando la apertura del periodo de consultas debe consignar, entre otros extremos, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido; el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año y los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

Respecto de la incidencia de un cumplimiento empresarial de esta obligación la doctrina de esta Sala ha matizado que las insuficiencias documentales han de evaluarse con un criterio finalista y atendiendo al conjunto de la documentación aportada (STS/4ª/Pleno de 25 septiembre 2018 -rec. 43/2018 -). Así, "no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art.124 LRJS , sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada" (STS/4ª/Pleno de 27 mayo 2013 -rec. 78/2012 -; y 26 marzo , 21 mayo , 25 junio y 17 julio 2014 - rec.158/2013 , 182/2013 , 273/2013 y 32/2014 , respectivamente-, entre otras).

Pues bien, en el presente caso, es evidente que el periodo de consultas que se abre a iniciativa de la empresa excluía desde el inicio a una parte considerable de la plantilla de trabajadores que, no obstante, estaban afectados por la misma causa de extinción que servía para poner en marcha el trámite del despido colectivo. De este modo se produce la peculiar circunstancia de que, siendo la propia empresa la que señala que la pérdida de la contrata supone para ella una causa eficaz para llevar a cabo la extinción colectiva, utiliza esa misma causa para poner fin a la contratación de un colectivo de trabajadores fuera del indicado trámite de negociación, haciendo evidente que ni la comunicación, ni la documentación aportada va a ajustarse al ámbito del efecto real que la causa en cuestión produce sobre la vida de los contratos de trabajo de la plantilla, limitando así la negociación a los detalles de una parte de los afectados por lo que no es sino el cese total de todos los trabajadores adscritos al centro de trabajo.

6. A mi entender todo ello conduce a la aplicación del último párrafo del mencionado art. 124.11 LRJS , con la consiguiente declaración del derecho de todos los trabajadores afectados por el cese de la actividad en el centro de trabajo en cuestión a la reincorporación a su puesto de trabajo, en los términos establecidos en el art. 123.2 y 3 LRJS .

TERCERO.- 1. En suma, el recurso debió ser estimado en en el sentido de declarar la nulidad del despido, pero sin extender la responsabilidad por el mismo a las codemandadas distintas de la empleadora.

2. Por ello debimos casar y anular la sentencia recurrida y, estimando en parte la demanda, declarar la nulidad del despido colectivo llevado a cabo por la empresa TELELCYL, S.A., a la que debería haberse condenado a reincorporar a todos los trabajadores afectados, con abono de los salarios dejados de percibir y, sin perjuicio de la obligación de los trabajadores que hubieran visto extinguido su contrato de trabajo de reintegrar la indemnización abonada por tal concepto, absolviéndose a las restantes partes demandadas de los pedimentos que contra ellas se dirigían.

En Madrid a 9 de enero de 2019