

Pte: Moralo Gallego, Sebastián

ECLI: ES:TS:2023:3812

ANTECEDENTES DE HECHO

Por FESIBAC-CGT se presentó demanda sobre impugnación de despido colectivo encubierto y vulneración de derechos sindicales, registrada con el núm. 958/2022, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaban suplicando se dictara sentencia por la que se declare: "I. Que son NULAS las decisiones extintivas llevadas a cabo por la empresa en los 90 días anteriores y los 90 posteriores a la última de las extinciones llevadas a cabo antes de presentar esta demanda, o a cualquiera de las extinciones llevadas a efecto, superando los umbrales previstos legalmente, y en el periodo legalmente analizable. Todo ello por no haberse llevado a cabo el procedimiento negociador que hubiera sido preceptivo, condenando a la empresa a readmitir en su puesto de trabajo a los trabajadores afectados, condenándola a estar y pasar por tal declaración. Y, subsidiariamente, se declaren dichas extinciones como no ajustadas a derecho, con las consecuencias derivadas de tal pronunciamiento II. Se declare la vulneración de los derechos de negociación colectiva y ejercicio de la actividad Sindical, al haber prescindido la empresa total y absolutamente de haber negociado la drástica reducción de plantilla ideada y llevada a efecto, y además haber ocultado alevosamente la información detallada de las bajas habidas en la empresa, y sus causas, para dificultar e imposibilitar que se impugnasen estas extinciones, que son comunicadas cuando han transcurrido ya dos meses y varios días de las últimas de las extinciones, sin facilitar periódicamente la información preceptiva a la RLT. Por ello, se solicita se condene a indemnizar a esta parte en la cuantía de 1.000 €, cuantía simbólica que no pretende un lucro de esta parte, sino un pronunciamiento que reconozca la existencia de conducta antisindical por parte de la demandada (ya condenada en varias ocasiones por conducta antisindical con trabajadores miembros de CGT)".

Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

Con fecha 25 de octubre de 2022 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que consta el siguiente fallo: "Debemos estimar y estimamos en parte la demanda interpuesta por FESIBAC-CGT y declarar la nulidad del despido colectivo llevado a efecto en el período comprendido entre el 2 de abril y el 1 de julio de 2022 por la empresa Wizink Gestión, S.L., a la que condenamos a estar y pasar por dicha declaración, al igual que a Wizink Bank, SAU. Declaramos el derecho de los 20 trabajadores relacionados en el hecho probado decimotercero de esta sentencia a ser reincorporados en sus puestos de trabajo en la empresa Wizink Gestión, SL, y a percibir los salarios no devengados desde la fecha de su cese hasta la de notificación de esta sentencia, debiendo reintegrar la indemnización recibida una vez sea firme esta resolución. Declaramos vulnerado el derecho de libertad sindical de FESIBAC-CGT, en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, por parte de las empresas codemandadas, a las que condenamos solidariamente a abonarle la cantidad de 1.000 euros. Y, debemos rechazar y rechazamos las excepciones de falta de legitimación activa y de falta de legitimación pasiva opuestas por la representación letrada de Wizink Bank, SAU".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1º. Wizink Bank, sociedad unipersonal (en adelante WB), es un banco en línea con una plantilla aproximada de 560 trabajadores. CGT tiene representación en el comité de empresa y cuenta con una sección sindical. Su centro de trabajo en Madrid se encuentra en la calle Ulises núm. 16.

2º. Wizink Gestión, S.L. (en adelante WG) es una compañía que presta servicios administrativos y de gestión a WB y otras sociedades del grupo, centrados fundamentalmente en operaciones de recobro. Su único socio es WB.

3º. El centro de trabajo afectado por la presente demanda es el de WG ubicado en la calle Ulises núm. 16 de Madrid. Su personal está representado por un comité de empresa formado por cinco miembros, de los que tres fueron elegidos por la candidatura de CGT, central que tiene constituida una sección sindical.

4º. El 15 de julio de 2021 la Directora de Relaciones Laborales de WG remitió un correo electrónico a los representantes de los trabajadores, en el que les informó que tras un análisis de las tareas de distintas áreas de WG, se había decidido que determinadas funciones pasasen a realizarse desde los servicios centrales de WB por motivos de negocio y operativos, al tratarse en general de tareas de soporte a las distintas unidades de negocio de las diferentes entidades del Grupo, e, incluso, a la gestión de la actividad externalizada en agencias. De este modo, se indicaba en dicho email, se ofrecerá a aquellos empleados que se encuentren en los equipos afectados (40 aproximadamente) la posibilidad de cambio de empleador por la vía del acuerdo, de manera que pasen a prestar servicios en WB, si así lo desean.

5º. El 26 de julio de 2021 la Directora de Relaciones Laborales de WG envió un correo electrónico a los representantes del personal adjuntando el listado de las 38 personas a las que se ofrecería el cambio de entidad con la indicación de los equipos en los que se encontraban encuadrados en esa fecha. Ese número coincide con el de trabajadores traspasados en los meses de junio y agosto de 2021 a WB, previa aceptación voluntaria de los mismos, que figura en el certificado emitido por el apoderado de la empresa, en el que asimismo se deja constancia de que el 1 de febrero de 2022 se produjo la transferencia de otros tres empleados a WG previa aceptación de los mismos. Certificado cuyo contenido resulta avalado por los documentos unidos a los folios 362 a 416.

6º. El 30 de julio de 2021 CGT remitió un informe a la Dirección en el que valoró negativamente la segregación de actividades y de la plantilla que las realizaba.

7º. El 5 de agosto de 2021 la Directora de Relaciones Laborales de WG remitió un correo electrónico a los representantes de los trabajadores, en el que les informó que se había iniciado un proceso para la transformación en sociedad limitada de WG que hasta entonces venía operando como Agrupación Económica, cambio que se materializaría en octubre de 2021, como efectivamente sucedió, y que traía causa de la integración en WB de Aplázame, SLU (que ostentaba el 5 % del capital de WG). Esa operación se inscribió en el Registro Mercantil el 4 de marzo de 2022.

8º. El 5 de agosto de 2021 CGT remitió un informe a la Dirección en el que valoró negativamente el cambio societario anunciado.

9º. El 21 de octubre de 2021 WG comunicó el despido a 8 trabajadores, reconociendo su improcedencia en los actos de conciliación celebrados en sede administrativa el 4 de noviembre de 2021. Previamente, el 24 de agosto de 2021 despidió a otro trabajador reconociendo la improcedencia de la medida en el acto de conciliación que tuvo lugar el 5 de octubre de 2021, y el 8 de abril de 2021 a 11 trabajadores, despidos cuya improcedencia igualmente reconoció.

10º. En los meses de noviembre de 2021 a marzo de 2022 causaron baja en WG 10 trabajadores por mutuo acuerdo con la empresa que les hizo efectiva una compensación por la extinción de la relación laboral.

11º. El 3 de diciembre de 2021 FESIBAC-CGT interpuso demanda en impugnación del supuesto despido colectivo llevado a cabo por WG, de la que conoció esta Sala que el 28 de abril de 2022 dictó sentencia en

la que apreció la excepción de caducidad de la acción. Frente a dicha resolución, la parte actora formalizó recurso de casación en el que alegó que el plazo debía contarse a partir del 3 de noviembre de 2021 y que las extinciones a computar eran las producidas en los 90 días anteriores y posteriores a ese día.

12º. A fecha 2 de abril de 2022, en el centro de trabajo de WG en Madrid prestaban servicios 93 empleados.

13º. En el período comprendido entre el 2 de abril y el 1 de julio de 2022 causaron baja en BG un total de 20 trabajadores por las causas y en las fechas que a continuación se especifican: A. Ocho trabajadores por despido. De ellos, siete - Araceli, Belén, Cosme, Carina, Casilda, Claudia y Delfina - fueron cesados con efectos de 21 de abril de 2022 y la improcedencia de los despidos fue reconocida por la empresa en los actos de conciliación administrativa celebrados el 27 de mayo de 2022. La otra afectada, Emilia, fue despedida el 1 de julio de 2022 con reconocimiento empresarial de improcedencia en la conciliación alcanzada el siguiente día 27. B. Siete trabajadores de mutuo acuerdo con la empresa. De ello, dos el 20 de abril de 2022 - Fermina y Hilario), dos el 1 de junio de 2022 - Hortensia y Juliana-, dos el 15 de junio de 2022 - Lucía y Luis- y uno, Patricia- el 1 de julio de 2022, respecto de los cuales cabe consignar lo siguiente: a) El 15 de marzo de 2022 la Sra. Fermina envió un correo electrónico a la empresa manifestando que: "según lo hablado en nuestra conversación, sobre la marcha de la empresa de forma incentivada por la situación comentada contigo. Esperando tu respuesta, de antemano muchas gracias" b) El 19 de abril de 2022 las Sras. Hortensia y Juliana remitieron sendos correos electrónicos a la empresa. El primero decía "en relación a lo que hemos hablado, y por petición te envío este email, para solicitar la baja de la empresa incentivada", y el segundo, "quería informarte de la posibilidad de salir de la empresa a través de la baja incentivada. Quedo a la espera de tu respuesta lo antes posible". c) El 25 de abril de 2022 la Sra. Lucía remitió un correo electrónico a la empresa del siguiente tenor literal: "nunca pensé que te escribiría, movida por las circunstancias personales que estoy atravesando. Te ahorro el resto de la introducción y lo que te pido, por favor, es poderme entrevistar contigo para que sepas de primera mano porque te envío este mail, aunque me figuro que ya imaginas.... ¡¡". d) El 31 de mayo de 2022 Las Sras. Hortensia y Juliana firmaron acuerdos poniendo fin a la relación laboral con WG de mutuo acuerdo, obrantes en autos a los folios 344 y 347 cuyo contenido se tiene por reproducido en su integridad al igual que el de los suscritos por las Sras. Lucía y Lucía el 15 de junio de 2022 (folios 348 a 351), el de los lubricados por los Sres. Hilario y Fermina (folios 328 a 331) y el signado por la Sra. Patricia el 30 de junio de 2022 (folios 352 y 353). C. Cinco trabajadores por incorporación a WB con efectos de 1 de mayo de 2022. Los Sres. D^a Milagrosa, D. Gerardo, D.^a Paloma, D.^a Rafaela y D.^a Rosa). Se tienen por reproducidos los acuerdos formalizados con WG, obrantes en autos a los folios 339 a 343".

1. En el recurso de casación formalizado por WiZink Bank, S.A. se consignan los siguientes motivos:

Único. Al amparo del artículo 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción del artículo 10 de la LEC, art. 51 del ET, arts. 6.4, 7 y 1203 del CC, así como la jurisprudencia interpretativa de tales preceptos.

2. En el recurso de casación formalizado por WiZink Gestión, S.L. se consignan los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del artículo 207 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se pretende la modificación del hecho probado decimotercero de la sentencia recurrida.

Segundo. Al amparo del artículo 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción de los arts. 49.1.a), 49.1.d) y 51 del ET, arts. 6.4, 7, 1203 y 1205 del CC, art. 2.2 de la LOLS, 28 de la CE y de la jurisprudencia que los ha interpretado.

3. Los recursos fueron impugnados por FESIBAC-CGT.

Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y admitidos los recursos de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de estimar improcedentes los dos recursos.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon concluidos los autos y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día 13 de septiembre de 2023, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La sentencia de la Sala Social del TSJ de Madrid de 25 de octubre de 2022, autos 958/2022, acoge la demanda interpuesta por el sindicato FESIBAC-CGT y declara la existencia de un despido colectivo tácito o de hecho, llevado a cabo por la empresa Wizink Gestión, S.L (en adelante, WG) en el periodo comprendido entre el 2 de abril y el 1 de julio de 2022, a la que condena a estar y pasar por esa declaración, al igual que a Wizink Bank, S.L (en adelante, WB).

Califica como nulo el despido de los 20 trabajadores afectados y declara vulnerado el derecho de libertad sindical del sindicato demandante en su vertiente del derecho a la negociación colectiva, condenando solidariamente a ambas empresas al pago de una indemnización de 1.000 euros, sin condenarlas en cambio a la readmisión de los trabajadores afectados, porque 15 de ellos han llegado a un acuerdo con WG para extinguir la relación laboral con el pago de una indemnización, y otros 5 continúan prestando servicios en WB sujetos a condiciones retributivas superiores a las que tenían en WG, declarando en este extremo el derecho de los mismos a ser reincorporados a sus puestos de trabajo.

2. Recurren en casación las dos empresas codemandadas.

El recurso de WB se articula en un único motivo al amparo del art. 207 e) LRJS, en el que denuncia infracción del art. 10 LEC; 51 ET; arts. 6.4, 7 y 1203 del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial que invoca, para sostener que debe ser absuelta de las pretensiones ejercitadas en su contra, porque no es la empleadora de los trabajadores afectados por este litigio cuya relación laboral con WG se ha extinguido durante el periodo de referencia, sin que pueda atribuírsele ninguna responsabilidad por el hecho de que una parte de los mismos hubiere aceptado la oferta de integrarse voluntariamente en su plantilla.

El recurso de WG se divide en dos diferentes motivos.

El primero interesa la revisión del hecho probado decimotercero para que la frase "con reconocimiento empresarial de improcedencia", relativa a la extinción de la relación laboral de la trabajadora Emilia, quede sustituida por la expresión "ratificándose WG en las causas del despido".

El motivo segundo denuncia infracción de los arts. 49. 1 a); 49.1 d) y 51 ET; 6.4, 7 y 1203 y 1205 del Código Civil; 2.2 LOLS; 28 CE y jurisprudencia que cita.

Alega que no se ha producido el despido colectivo de hecho apreciado en la sentencia recurrida, ni se ha vulnerado el derecho de libertad sindical en su vertiente del derecho a la negociación colectiva del sindicato demandante.

A tal efecto razona que, de todas las extinciones de contratos de trabajo que se han producido durante el periodo de referencia, tan solo deben computarse para los umbrales del art. 51 ET los siete despidos improcedentes del mes de abril de 2022 y el producido por causas objetivas en el mes de julio. Un total

de 8 extinciones de contratos que no alcanza el umbral de las 10 extinciones necesarias para calificar esa situación como de un despido colectivo de hecho o presunto.

Niega que deban contabilizarse los restantes ceses que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida, porque 7 de ellos se produjeron de mutuo acuerdo entre el trabajador y la empresa, y los otros 5 se corresponden con trabajadores que voluntariamente pasaron a prestar servicios en WB.

En definitiva, considera que todas estas últimas extinciones derivan de la libre voluntad del trabajador y no pueden tenerse en cuenta a los efectos de establecer los umbrales del despido colectivo, lo que exime de su tramitación.

3. El sindicato demandante solicita la desestimación de los dos recursos en los respectivos escritos de impugnación, y en ese mismo sentido informa el Ministerio Fiscal.

1. Para el mejor entendimiento del asunto y ofrecer ordenada respuesta a las alegaciones de las partes, es conveniente que anticipemos resumidamente los indiscutidos elementos de juicio que resultan relevantes para su resolución:

A) WB es un banco en línea con una plantilla aproximada de 560 trabajadores. WG una compañía que presta servicios administrativos y de gestión a WB y otras sociedades del grupo, centrados fundamentalmente en operaciones de recobro. Su único socio es WB, y su plantilla es inferior a 100 trabajadores.

B) El 15 de julio de 2021 la Directora de Relaciones Laborales de WG remitió un correo electrónico a los representantes de los trabajadores, en el que les informa que, tras un análisis de las tareas de distintas áreas de la empresa, se había decidido que determinadas funciones pasasen a realizarse desde los servicios centrales de WB por motivos de negocio y operativos, al tratarse en general de tareas de soporte a las distintas unidades de negocio de las diferentes entidades del Grupo, e, incluso, a la gestión de la actividad externalizada en agencias. De este modo, se indicaba en dicho email, se ofrecerá a aquellos empleados que se encuentren en los equipos afectados (40 aproximadamente) la posibilidad de cambio de empleador por la vía del acuerdo, de manera que pasen a prestar servicios en WB, si así lo desean.

C) Las incidencias derivadas del proceso iniciado con esa comunicación aparecen detalladamente reflejadas en los antecedentes de hecho, baste decir que el sindicato demandante ha reiterado en varias ocasiones su valoración negativa a ese cambio.

D) En el periodo comprendido entre abril y noviembre de 2021, se ha producido la extinción por distintas causas de numerosos contratos de trabajo en WG.

Con esa base se interpuso una demanda de impugnación de despido colectivo de hecho por parte del mismo sindicato ahora demandante en fecha 3/12/2021, referida a las extinciones contractuales producidas en los 90 días anteriores a 3/11/2021. Fue desestimada en sentencia de la Sala Social del TSJ de Madrid de 28 de abril de 2022, que aprecia la caducidad de la acción. Está pendiente de resolución el recurso de casación formulado contra la misma.

E) Como ya hemos avanzado, el presente litigio está referenciado a las extinciones contractuales comprendidas dentro del periodo de 90 días que transcurre desde el 2 de abril al 1 de julio de 2022.

F) A fecha 2 de abril de 2022, en el centro de trabajo de WG en Madrid prestaban servicios 93 empleados.

G) En el período comprendido entre el 2 de abril y el 1 de julio de 2022, causaron baja en WG un total de 20 trabajadores, en las siguientes circunstancias:

a) 8 por el despido producido el 21 de abril. De los cuales 7 fueron reconocidos como improcedentes por la empresa en el acuerdo alcanzado en conciliación administrativa; la octava es la afectada por la revisión de hechos probados que luego resolveremos.

b) 7 trabajadores extinguieron la relación laboral por mutuo acuerdo con la empresa.

c) 5 trabajadores se incorporaron a la plantilla de WB con efectos de 1 de mayo de 2022, respecto a los que en el octavo de los fundamentos de derecho se dice que en su nueva empresa tienen condiciones retributivas superiores a las percibidas en WG.

A todo lo anterior hemos de añadir una última consideración, especialmente trascendente en la resolución del asunto. No consta ningún dato que apunte a la eventual concurrencia de una posible situación de unidad empresarial entre WG y WB, que pudiese conducir a valorar la existencia de un grupo laboral de empresas.

1. Deberemos comenzar por conocer del recurso de WG, cuya resolución condiciona sin duda la respuesta que hayamos de dar al presentado por WB.

2. El primer motivo interesa la parcial modificación del hecho probado decimotercero, para incluir una matización que en realidad carece de mayor trascendencia en la resolución el asunto, pero que ciertamente se compadece mejor con la realidad de los datos de los que da cuenta el ordinal impugnado.

Como es de ver en la conciliación administrativa del despido objetivo de la trabajadora Emilia, la empresa no reconoce en ningún momento su improcedencia sino que se ratifica en las causas que dieron lugar al mismo.

En este único sentido debe acogerse esa pretensión, para despejar cualquier duda a la hora de valorar en su justo alcance los razonamientos de la sentencia recurrida sobre la actuación de la empresa recurrente cuestionados por la misma.

Por lo demás, la propia recurrente acepta de forma expresa que para determinar si se han superado los umbrales del art. 51 ET deben computarse los 8 despidos a los que alude en su primer apartado el ordinal impugnado, entre ellos, el de la mencionada trabajadora, lo que elimina cualquier controversia al respecto conforme a lo apuntado por el sindicato demandante en su escrito de impugnación.

1. El precepto legal del que deberemos partir para la resolución del segundo de los motivos del recurso es el art. 51 ET, que, en lo que ahora interesa, dispone lo siguiente: "1. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

...Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras 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), siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto."

Por su parte, el 1.1 de la Directiva 98/59 CE, establece que " A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5".

2. Es reiterada la doctrina de esta Sala IV que considera existente un despido colectivo de hecho cuando la empresa no ha seguido el procedimiento establecido en el precitado art. 51 ET, pero ha extinguido sin embargo la relación laboral de un número de trabajadores que superan los umbrales previstos en el mismo durante ese periodo de referencia de noventa días, y por motivos que obligan a computarlos a tal efecto por no ser inherentes a la persona del trabajador, si su número es del, al menos, cinco.

Como recuerda la STS 933/2021, de 23 de septiembre (rec. 92/2021), y las que en ella se citan, el despido colectivo de hecho "es, en realidad, un fenómeno de extinciones de contratos que, siendo realmente colectivas, se formula sin seguir las reglas de procedimiento establecidas por el artículo 51 ET". La STS 25 de noviembre de 2013, Rec. 52/2013, consideró la existencia de despido colectivo en un supuesto en el que se produjeron despidos disciplinarios y objetivos en número superior al umbral correspondiente y que luego fueron reconocidos como improcedentes mediante transacciones acordadas, señalando que "una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometiéndose al procedimiento legalmente previsto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo reglamentario", pero "puede también producirse al margen de este procedimiento - prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas- o incluso ocultando su carácter colectivo" y, en este caso, se trataría de un despido colectivo de hecho, que también podría calificarse en determinadas condiciones como un despido fraudulento o encubierto. A dicha conclusión se puede llegar cuando se obtiene el convencimiento de que los despidos disciplinarios y objetivos no son tales, ni las conciliaciones posteriores pueden presentarse como extinciones por mutuo acuerdo o dimisiones, al margen de la intervención del empleado, ni existen finalizaciones de contratos válidas, pues siguen siendo despidos, esto es, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario, que se producen por motivos no inherentes a la persona del trabajador; y que, al alcanzar los umbrales, se convierten en ceses que conforman un despido colectivo".

3. En el presente caso es claro que se han producido un total de 20 extinciones contractuales en la empresa durante el periodo de 90 días anterior a 1 de julio de 2022 al que se constriñe la demanda; que la plantilla era inferior a 100 trabajadores; y que no se ha seguido el procedimiento de despido colectivo previsto en el art. 51 ET.

Se trata por lo tanto de decidir si en ese periodo temporal se han extinguido un total de 10 o más contratos de trabajo por iniciativa de la empresa y causas no inherentes a la persona del trabajador, que debieren incluirse a estos efectos en aquel cálculo y determinen la existencia de un despido colectivo de hecho.

Ya hemos avanzado que la propia recurrente admite que deben computarse los 8 despidos producidos entre el 21 de abril y el 1 de julio de 2022, puesto que todas estas relaciones laborales quedaron definitivamente extinguidas a iniciativa y decisión unilateral del empresario y por causas no inherentes a la persona del trabajador, con independencia de que posteriormente se reconociera la improcedencia de los despidos y se alcanzara un acuerdo con los trabajadores en la conciliación previa a la vía judicial.

La controversia queda reducida a decidir si deben contabilizarse las 7 extinciones de la relación laboral por mutuo acuerdo que tuvieron lugar en ese mismo periodo, así como el cese en WG de los 5 trabajadores que voluntariamente deciden incorporarse a la plantilla de WB.

1. Para resolver esa cuestión debemos partir de la consolidada doctrina de esta Sala IV de la que se hacen eco las SSTs 810/2021, de 21 de julio (rcud. 2128/2018); y 345/2022, de 19 de abril (rcud. 1779/2019), que se acogen al criterio sentado en la STS de Pleno 711/2017, de 26 de septiembre (rec. 62/2017).

Como en esta última decimos, el art. 51.1 ET opta por la determinación numérica de los trabajadores despedidos para que pueda tratarse de un despido colectivo en función del número de afectados en un periodo de 90 días, criterio alternativo que también admite el art. 1.1 ii) de la Directiva 98/59 CE, tras lo que seguidamente apuntamos, que "ese específico número de días a lo largo de los que se examinarán las extinciones producidas sin haberse seguido los trámites propios del despido colectivo, no es un tiempo elástico o disponible para quien lleva a cabo ese cómputo, sino que es de necesaria observancia y no resulta admisible extenderlo, como reiteradamente pretende la parte actora, al amparo de la denominada cláusula anti fraude que contiene el último párrafo del número 1 del art. 51 ET.

Consideraciones a las que en las precitadas sentencias 810/2021 y 345/2022, añadimos "lo resuelto en la STJUE 11/11/2020, asunto C-300/19, obliga a matizar ese último aserto, en el que decíamos que el cómputo de los 90 días debe efectuarse desde la fecha del último de los despidos computables hacia atrás".

...debe mantenerse la doctrina que exige la necesidad de que tales periodos sean sucesivos, consecutivos, sin que pueda remontarse el cómputo a fechas tan alejadas en el tiempo a la fecha del despido individual que quedan fuera de cualquiera de los ciclos sucesivos de 90 días que se presenten sin solución de continuidad en periodos anteriores o posteriores al mismo, para respetar de esta forma la dicción literal del último párrafo del art. 51.1 ET en la que específicamente se dice "Cuando en periodos sucesivos de noventa días...", estableciendo el requisito de que sean sucesivos los periodos temporales que hayan de tenerse en cuenta para cuantificar el número de despidos que deben ser considerados.

La citada STS 345/2022, de 19 de abril (rcud. 1779/2019), concluye "esta es la solución que se corresponde con la indubitada dicción literal del último párrafo del art. 51.1 del ET y que mejor se adapta a su integradora interpretación con lo dispuesto en el primer párrafo de ese mismo precepto. Lo contrario llevaría a computar todos los despidos que por esas mismas causas del art. 52.c) ET pudieran producirse en la empresa a partir de la fecha del primero de ellos, sin ninguna clase de límite temporal, y sin respetar ese marco de periodos de 90 días que la normativa interna y la mencionada Directiva configuran como ciclo a tener en cuenta para realizar ese cómputo."

La aplicación de estos parámetros obliga a circunscribir estrictamente la existencia de un posible despido colectivo de hecho al periodo de los 90 días anteriores a 1 de julio de 2022 al que la propia demanda vincula su pretensión, por más que haya otro litigio pendiente respecto a las extinciones contractuales llevadas a cabo por la misma empresa en un diferente periodo de 90 días, que no es consecutivo con el que debe tenerse en cuenta a efectos del presente procedimiento.

2 . Sentado lo anterior, debemos traer igualmente a colación la doctrina de la STS Pleno 449/2023, de 22 de junio (rec. 223/2022), que se adentra en analizar si verdaderamente existe voluntariedad en la formal extinción de la relación laboral de mutuo acuerdo, en un supuesto en el que se produce la baja voluntaria de los trabajadores en la empresa saliente de una contrata para su ulterior incorporación a la empresa entrante, al objeto de determinar si deben contabilizarse tales extinciones en orden a la existencia de un posible despido colectivo tácito o de hecho.

A tal efecto razona "En STS IV de 23 de septiembre de 2021 (rec. 92/2021) reiteramos la doctrina elaborada en torno al despido colectivo de hecho -un fenómeno de extinciones de contratos que, siendo realmente colectivas, se formula sin seguir las reglas de procedimiento establecidas por el art. 51 ET -, afirmando su realidad cuando se obtiene el convencimiento de que los despidos disciplinarios y objetivos no son tales, "ni las conciliaciones posteriores pueden presentarse como extinciones por mutuo acuerdo o dimisiones, al margen de la intervención del empleado, ni existen finalizaciones de contratos válidas, pues siguen siendo despidos, esto es, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario, que se producen por motivos no inherentes a la persona del trabajador; y que, al alcanzar los umbrales, se convierten en ceses que conforman un despido colectivo."

Tras lo que seguidamente señala "En cualquier caso, el criterio acuñado por la Sala IV aboca al necesario cómputo de todas las extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador, lo que incluye también la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos en el momento habitual (TS 10 de marzo de 2020, rcud. 2760/17) . En las primeras integramos despidos disciplinarios cuya improcedencia fue reconocida por la empresa (abonando la pertinente indemnización), es decir, por motivos no inherentes a las personas de los trabajadores afectados, en tanto que evidenciaban un manifiesto despido de hecho, así como otras extinciones de contratos temporales, sobre las que las mercantiles nada acreditaron cuando el término o vencimiento era posterior. Por el contrario, no se sumarán las extinciones válidas de contratos temporales llegado el término (TS 16 de julio de 2020, rec. 4468/17) . Y, finalmente, calibramos un elevado número de extinciones por no superación del periodo de prueba, "toda vez que dicha vía de extinción contractual debe acomodarse obligatoriamente a las exigencias de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.1 ET , en relación con lo dispuesto en el art. 7.1 CC , subrayándose en el apartado segundo de este último precepto que, la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de manera que, todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso."

Continúa diciendo "En este relato de situaciones no inherentes a la persona de los trabajadores han de insertarse, por tanto, aquellos supuestos que tienen su origen último en la voluntad empresarial, es decir, a su iniciativa. En este sentido, la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, entiende por despidos colectivos los efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea el que elijan los Estados miembros (en la escala que desglosa su art. 1), y a efectos del cálculo del número de despidos "se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5."

Y finalmente concluye, en función a las específicas circunstancias de aquel caso, que "Cuando la empleadora entrante anuncia a varios trabajadores de la saliente que no va a proceder a su subrogación, pero les propone que será posible la contratación si formalizan las bajas laborales en la anterior empresa, y de esta manera lo lleva a efecto, resulta innegable que la iniciativa se residencia en la mercantil que diseña el panorama extintivo y condiciona la voluntad de quienes, prestando servicios para la saliente y debiendo ser subrogados por quien asume el servicio, se ven compelidos a presentar su baja a fin de ser contratados ex novo y poder continuar trabajando . No concurre ningún motivo inherente a la persona de los trabajadores para que acaezca el despido, sino bajas o ceses claramente constreñidos por la empresa

adjudicataria. Si ésta hubiera asumido no solo el servicio sino también a los trabajadores afectados se hubiera producido la continuidad en la prestación que sostiene y no una ruptura del vínculo seguida inmediatamente de una nueva y diferente contratación, conformada por sus propias circunstancias, entre las que figurará concernida su antigüedad.

El efecto perseguido con la exclusión en el cómputo de estas extinciones calificadas de bajas voluntarias se patentiza igualmente en la minoración del umbral fijado por el legislador para los trámites del despido colectivo, logrando soslayarlos.

La afectación real, sin embargo, supera los límites determinados por la norma que se trató de eludir, evidenciando una situación de fraude que quebranta las exigencias del art. 51 ET, en la interpretación que deriva de la Directiva 98/59, en relación con los arts. 6.4 y 7.2 del CC., y debe ser corregida."

1. Bajo esos mismos parámetros jurídicos debemos analizar la calificación jurídica que a tal efecto merecen en el caso de autos las 7 extinciones de la relación laboral por mutuo acuerdo, así como el cese de los 5 trabajadores que voluntariamente deciden incorporarse a la plantilla de WB, que tuvieron lugar en ese mismo periodo de referencia de 90 días, para decidir si deben calificarse como extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa de empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona de los trabajadores.

2. Comencemos por analizar desde esa perspectiva las 7 extinciones de la relación laboral por mutuo acuerdo, amparadas en la posibilidad que admite el art. 49.1 a) ET.

Una primera aproximación puramente formal a esa cuestión podría sostener que no deben contabilizarse, porque no traen causa de una decisión unilateral del empresario, sino que obedecen a la conjunta y común voluntad concertada de ambas partes, al recíproco y coincidente interés de unos y otros en extinguir el contrato de trabajo.

Pero esta respuesta no es totalmente satisfactoria y no puede aplicarse con carácter general, automático e incondicionado a todas las extinciones del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, cuando resulta que tienen precisamente lugar en el contexto, los aledaños o el entorno de otras extinciones contractuales en el periodo de referencia del despido colectivo y su número sea, al menos, de cinco.

Como acertadamente afirma la propia sentencia recurrida, la correcta valoración jurídica de esta clase de extinciones ha de ajustarse a las singulares circunstancias en las que han tenido lugar.

3. En el caso de autos, estas extinciones de mutuo acuerdo no se producen de manera aislada, individualizada y absolutamente al margen de otras resoluciones contractuales, sino dentro del mismo periodo de 90 días en el que la empresa ha procedido unilateralmente a despedir a otros trabajadores, en el marco de un proceso de reestructuración de la plantilla previamente anunciado e iniciado con aquella comunicación de 15 de julio de 2021 que ya hemos referenciado en el segundo de los fundamentos de derecho, mediante la que la empresa hace saber su intención de eliminar una parte del negocio, derivar algunas de sus funciones a los servicios centrales de WB y reducir en consecuencia su personal, ofreciendo a los trabajadores la posibilidad de extinguir sus contratos para incorporarse a esa otra empresa.

En aplicación de esa política de reducción de efectivos se produce el reiterado goteo de extinciones de la relación laboral iniciado en el año 2021, que da lugar al anterior proceso de despido colectivo que se encuentra pendiente de la resolución de recurso de casación ante esta Sala, y en ese mismo marco contextual tienen lugar estas 7 extinciones de contratos de trabajo.

Aunque tales extinciones puedan calificarse formalmente como un cese por mutuo acuerdo, no por ello deben quedar excluidas del cómputo, cuando el art. 51.1 ET obliga tener en cuenta todas las producidas en el periodo de referencia "...por iniciativa del empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores...".

La finalidad de este precepto y de la Directiva que transpone, es la de garantizar que las extinciones de contratos de trabajo que se producen en un determinado periodo de tiempo se sometan a un procedimiento específico de control, supervisión y negociación con los representantes de los trabajadores, cuando la pérdida de empleo supera el límite de esos umbrales que fija la propia normativa.

Esta es la razón por la que incluye en ese cómputo cualquier extinción contractual que tenga su origen en la iniciativa del empresario, cuando es de al menos cinco y no obedece a causas inherentes a la persona del trabajador, entre las que por lo tanto deben incluirse las que pudieren plasmarse en el mutuo acuerdo de las partes, pero que han surgido sin duda a iniciativa del empresario por enmarcarse en el contexto de una reducción global de plantilla en el que se ofrece a los trabajadores la voluntaria posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en determinadas condiciones.

Es cierto que en esta clase de extinciones converge la voluntad del trabajador y no hay razones para apreciar la concurrencia de posibles vicios del consentimiento, pero, no lo es menos, que surgen de la iniciativa del empresario que ha puesto en marcha diferentes mecanismos de reducción de plantilla, entre los que ofrece a los trabajadores la posibilidad de acogerse a la voluntaria extinción de la relación laboral.

Distinto sería en el supuesto de haberse producido de manera aislada, totalmente desvinculadas de cualquier contexto de reducción de plantilla, fuera del marco y al margen de esos periodos sucesivos de 90 días que hayan de tenerse en consideración para valorar la existencia de un posible despido colectivo, lo que no es el caso de autos.

4. Llegados a este punto, es claro que la suma de estas 7 extinciones de la relación laboral de mutuo acuerdo, más los 8 despidos conciliados por la empresa en ese mismo periodo de 90 días, superan en este caso los umbrales legales y es por sí solo suficiente para entender que efectivamente existe un despido colectivo de hecho, como bien concluye la sentencia recurrida, que conforme a los argumentos hasta ahora expuestos debe ser confirmada en ese particular.

Lo que hace innecesario que debamos adentrarnos en analizar la calificación jurídica que eventualmente pudieren merecer aquellos otros cinco ceses que se han producido durante ese mismo periodo, de los trabajadores que voluntariamente aceptaron la posibilidad de incorporarse a la plantilla de WB, y que, a diferencia de esas 7 extinciones de mutuo acuerdo, mantienen sus puestos de trabajo en esa otra empleadora.

1 . Queda por resolver el recurso de casación formulado por WB, que en su único motivo ya hemos dicho que solicita ser absuelta de la reclamación ejercitada en su contra.

Pretensión que ha de ser necesariamente atendida, toda vez que en ningún momento se plantea siquiera la posibilidad de que pudiese constituir un grupo laboral de empresas con la otra sociedad mercantil codemandada, ni aparece ningún otro elemento de juicio que permitiere considerar la realización por su parte de alguna clase de actuación torticera en fraude de ley respecto a las decisiones y actuaciones seguidas por WG que ya hemos enjuiciado.

No participa en la decisión de despedir a los 8 trabajadores a los que se las ha extinguido por ese motivo la relación laboral, ni tampoco en aquellas 7 extinciones de mutuo acuerdo, por lo que no interviene de

ninguna forma en los hechos que configuran la existencia del despido colectivo en los términos que hemos resuelto.

2. Bien es verdad que incorpora en su plantilla a determinados trabajadores provenientes de la otra empresa, y esta intervención le atribuye sin duda legitimación ad procesum para ser codemandada en el procedimiento de despido colectivo, pero eso no supone que haya de ser condenada a soportar las consecuencias jurídicas derivadas de la no adecuación a derecho de la actuación seguida por WG para eludir la tramitación del despido colectivo como ordena el art. 51 ET.

No es empleadora de los trabajadores cuyas relaciones laborales han quedado definitivamente extinguidas por parte de WG, por lo que ni tan siquiera estaba legitimada para abrir o participar en el periodo de consultas y negociar con la representación legal de los trabajadores, lo que impide que se le pueda exigir obligación alguna en tan sentido y no ha vulnerado en consecuencia el derecho a la libertad sindical del sindicato demandante, ni puede intervenir en la eventual readmisión de los despedidos.

Conforme a lo razonado y oído el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso formulado por WiZink Gestión, S.L y acoger el interpuesto por WinZink Bank, S.A, para revocar en parte la sentencia de instancia, en el único sentido de absolver a esta segunda empresa de las pretensiones ejercitadas en su contra, confirmando en todos sus demás términos la sentencia recurrida, y declarar su firmeza. Se condena a pagar las costas del recurso en importe de 1.500 euros a WiZink Gestión, S.L, además de a la pérdida del depósito constituido para recurrir. Sin costas respecto a WinZink Bank, S.A, con devolución a la misma del depósito. Y dese el destino legal a las consignaciones.

FALLO

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

1. Desestimar el de casación interpuestos por WiZink Gestión, S.L., contra la sentencia dictada el 25 de octubre de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en demanda de impugnación de despido colectivo encubierto y vulneración de derechos sindicales núm. 958/2022, seguida a instancia de la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades Financieras, Seguros, Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT) contra WinZink Bank, S.A. y WiZink Gestión, S.L.; siendo parte interesada el sindicato Comisiones Obreras.

2. Estimar el formulado por WiZink Bank,S.A. Sin costas para esta empresa y con devolución del depósito constituido para recurrir.

3. Casar y anular en parte la sentencia recurrida, en el único sentido de absolver a WiZink Bank, S.A. de las pretensiones ejercitadas en su contra, para confirmarla en sus demás extremos y declarar su firmeza.

4. Con imposición a WiZink Gestión, S.L de las costas del recurso en cuantía de 1.500 euros, y pérdida del depósito constituido por la misma para recurrir.

5. Dese el destino legal a la cantidad consignada.

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

Así se acuerda y firma.