



Roj: **STS 4309/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4309**

Id Cendoj: **28079149912018100040**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **22/11/2018**

Nº de Recurso: **67/2018**

Nº de Resolución: **974/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACION núm.: 67/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 974/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 22 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Luis Ocaña Escolar, en nombre y representación de D.^a Petra y D.^a Raimunda, contra la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en procedimiento de despido colectivo núm. 15/2017, seguido a su instancia frente a la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla de la Junta de Andalucía, la Agencia Pública de Educación y la mercantil Al Alba Granada Almería ESE, S.L.

Han sido partes recurridas la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla de la Junta de Andalucía, representada por el letrado de la Junta de Andalucía, y Al Alba Granada Almería ESE, S.L., representada por la letrada D. Antonia Algar Martos.



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 6 de julio de 2017, la representación letrada de D.^a Petra y D.^a Raimunda presentó demanda de despido colectivo, registrada bajo el núm. 15/2017, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando: "se dictase sentencia por la que se declare y califique el despido colectivo impugnado como NULO, y en consecuencia, se condene a la parte demandada a que readmita a los trabajadores afectados por dicho despido colectivo de forma inmediata en el puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, con abono de una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido operado hasta que se notifique la sentencia que se dicte".

SEGUNDO.- Subsanaos los defectos advertidos tras requerimiento efectuado, se admitió a trámite la demanda. Seguidamente, se celebró el acto del juicio. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2017 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en la que consta el siguiente fallo: "Con estimación de las excepciones de falta de legitimación pasiva de la JUNTA DE ANDALUCÍA (Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla) y la AGENCIA PÚBLICA DE EDUCACIÓN, falta de acción, inadecuación de procedimiento y falta de competencia objetiva de esta Sala, nos abstenemos de entrar a conocer del fondo del asunto planteado en la demanda presentada por el Letrado Don Luis Ocaña Escolar, en nombre y representación de D.^a Petra y D.^a Raimunda, frente a la JUNTA DE ANDALUCÍA (Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla), la AGENCIA PÚBLICA DE EDUCACIÓN y la mercantil AL-ALBA E.S.E. GRANADA ALMERÍA, S.L., en reclamación de despido colectivo, por corresponder el examen de la pretensión a los órganos de la jurisdicción de instancia tras el ejercicio de las correspondientes acciones individuales, acumuladas o no, de impugnación de las extinciones acordadas. No hay condena en costas".

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

" 1º) En virtud de documento administrativo de formalización de contrato, de fecha 10 de marzo de 2017 La demandada AL-ALBA E.S.E. GRANADA ALMERÍA, S.L. gestiona, por plazo de un año desde dicho documento, el Lote 1 del contrato público denominado "Servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Sevilla dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía" (Expediente 00175/ISE/2016/SE), cuyos pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas han sido aportados como documental y se dan por reproducidos.

2º) Para atender el cumplimiento de dicho contrato, la demandada AL-ALBA E.S.E. GRANADA ALMERÍA, S.L. había subrogado el 23 de febrero de 2017, procedentes de la empresa CELEMÍN FORMACIÓN, S.L., a los siguientes trabajadores con categoría profesional de auxiliares técnicos educativos (Grupo IV), y con las antigüedades y tipos de contratación que para cada uno de ellos se especifican, habiéndose modificado el tipo de contrato en algunos casos, según se indica:

Trabajador/a AntigüedadTipo de contrato

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5
- 6
- 7
- 8
- 9
- 10



11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

Doña Belen

Doña Petra

Doña Carina

Doña Raimunda

Doña Celia

Doña Consuelo

Doña Custodia

Doña Dulce

Doña Eloisa

Doña Enma

Doña Estela

Doña Felicidad

Doña Flora

Doña Gema

Doña Inés

Don Celestino

Doña Leocadia

Doña Loreto

Doña Margarita

Don Emilio



Doña Miriam
Doña Nicolasa
Doña Patricia
Doña Pura
Doña Rita
Doña Rosaura
Doña Serafina
Doña Tarsila
Doña Valentina
Doña Yolanda
Doña Marí Luz
26.11.2012
26.11.2012
12.09.2016
12.09.2015
10.09.2015
10.09.2015
03.10.2013
10.09.2014
12.09.2016
15.09.2016
26.11.2012
25.11.2014
12.09.2016
15.09.2015
10.09.2015
10.09.2014
26.11.2012
08.01.2015
20.10.2016
26.02.2013
16.01.2012
10.09.2015
10.09.2015
25.11.2014
10.09.2014
11.11.2016
01.09.2015
10.09.2015
10.09.2015
22.11.2012



10.09.2013

Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Obra o servicio determinado a tiempo parcial (501), modificado a fijo discontinuo sin bonificación a tiempo parcial (389) el 01.06.2017 y a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a Fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Obra o servicio determinado a tiempo parcial (501), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial a tiempo parcial (389) el 01.06.2017 y a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 15.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a Fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Obra o servicio determinado a tiempo parcial (501), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial (389) el 01.06.2017 y a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial(300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Interinidad a tiempo parcial (510) por sustitución de Loreto (maternidad)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Interinidad a tiempo parcial (510) por sustitución de Doña Gema (de baja por riesgo durante embarazo)

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (389), modificado a fijo discontinuo a tiempo parcial (300) el 11.09.2017

Fijo discontinuo a tiempo parcial (300)

3º) Tras la asunción del referido servicio, la demandada AL-ALBA E.S.E. GRANADA ALMERÍA, S.L. contrató, para atender el referido servicio, a los siguientes trabajadores: 1.- Con fecha 23 de febrero de 2017 a Doña Delfina , mediante contrato indefinido fijo discontinuo (300) para prestar servicios como auxiliar técnico educativo (Grupo IV). 2.- Con fecha 23 de febrero de 2017 a Don Don Jose Antonio , mediante contrato indefinido fijo discontinuo (300) para prestar servicios como auxiliar técnico educativo (Grupo IV). 3.- Con fecha 23 de febrero de 2017 a Don Jose Antonio , mediante contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo parcial (501) para prestar servicios como auxiliar técnico educativo (Grupo IV) en la obra o servicio definida como "apoyo a los alumnos con necesidades educativas específicas en los centros docentes de la provincia de Sevilla Curso escolar 2016-2017", con duración hasta el 23 de junio de 2017, si bien fue transformado en fijo



discontinuo sin bonificación (modelo 239) en fecha 1 de junio de 2017, y en fijo discontinuo (modelo 300) el 11 de septiembre de 2017. 4.- Con fecha 23 de febrero de 2017 a Doña Jacinta , mediante contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo parcial (501) para prestar servicios como auxiliar técnico educativo (Grupo IV) en la obra o servicio definida como "apoyo a los alumnos con necesidades educativas específicas en los centros docentes de la provincia de Sevilla Curso escolar 2016-2017", con duración hasta el 23 de junio de 2017 en que fue dada de baja en Seguridad Social por causa de "baja fin contrato". 5.- Con fecha 23 de febrero de 2017 a Doña Marisa mediante contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo parcial (501) para prestar servicios como auxiliar técnico educativo (Grupo IV) en la obra o servicio definida como "apoyo a los alumnos con necesidades educativas específicas en los centros docentes de la provincia de Sevilla Curso escolar 2016-2017", con duración hasta el 23 de junio de 2017 en que fue dada de baja en Seguridad Social por causa de "baja fin contrato". 6.- Con fecha 23 de febrero de 2017 a Doña Otilia , mediante contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo parcial (501) para prestar servicios como auxiliar técnico educativo (Grupo IV) en la obra o servicio definida como "apoyo a los alumnos con necesidades educativas específicas en los centros docentes de la provincia de Sevilla Curso escolar 2016-2017", con duración hasta el 23 de junio de 2017 en que fue dada de baja en Seguridad Social por causa de "baja fin contrato". 7.- Con fechas 08 de mayo de 2017, 11 de mayo de 2017, 24 de mayo de 2017 y 7 de junio de 2017, a Doña Rosalia , mediante contrato temporal de interinidad a tiempo parcial (510) el último de ellos para sustituir a la trabajadora Doña Belen y prestar servicios como auxiliar técnico educativo (Grupo IV), con duración hasta el 23 de junio de 2017 en que fue dada de baja en Seguridad Social por causa de "baja fin contrato". 8.- Con fecha 22 de mayo de 2017 a Don Domingo , mediante contrato temporal de interinidad a tiempo parcial (510) para sustituir a la trabajadora Doña Felicidad y prestar servicios como auxiliar técnico educativo (Grupo IV), con duración hasta el 23 de junio de 2017 en que fue dada de baja en Seguridad Social por causa de "baja fin contrato". 9.- Con fecha 26 de mayo de 2017 a Doña Asunción , mediante contrato temporal de interinidad a tiempo parcial (510) para sustituir a la trabajadora Doña Leocadia y prestar servicios como auxiliar técnico educativo (Grupo IV), con duración hasta el 23 de junio de 2017 en que fue dada de baja en Seguridad Social por causa de "baja fin contrato". 10.- Con fecha 1 de junio de 2017 a Doña Asunción , mediante contrato temporal a tiempo parcial para obra o servicio determinado (501) para prestar servicios como auxiliar técnico educativo (Grupo IV), con duración hasta el 23 de junio de 2017 en que fue dada de baja en Seguridad Social por causa de "baja fin contrato". 11.- Con fecha 19 de junio de 2017 a Doña Mariana , mediante contrato temporal de interinidad a tiempo parcial (510) para sustituir a la trabajadora Doña Valentina y prestar servicios como auxiliar técnico educativo (Grupo IV), con duración hasta el 23 de junio de 2017 en que fue dada de baja en Seguridad Social por causa de "baja fin contrato". Fue de nuevo dada de alta y baja el 13 de septiembre de 2017 con código de contrato 410, y de nuevo de alta el 19 de septiembre de 2017 con código de contrato 501.

4º) Con fecha 23 de junio de 2017 la demandada AL-ALBA E.S.E. GRANADA ALMERÍA, S.L. ha remitido a todos los trabajadores que prestan servicios para el referido servicio la siguiente comunicación: "BUENOS DÍAS, OS COMUNICO QUE HOY DÍA 23 DE JUNIO SE PROCEDE A LA SUSPENSIÓN/EXTINCIÓN DEL CONTRATO. COMENTAROS QUE A PARTIR DEL 4 DE JULIO PODRÉIS IR PIDIENDO LAS CITAS AL SAE, PORQUE ES CUANDO ESTARÁN LOS CERTIFICADOS DE EMPRESA HABILITADOS. SIN MAS, ME GUSTARÍA DESEAROS UN FELIZ VERANO E INFORMAROS QUE ESTAMOS A VUESTRA DISPOSICIÓN PARA LO QUE HICIERA FALTA. MUCHAS GRACIAS A TODOS!!..NOS VEMOS EN SEPTIEMBRE!!".

5º) Con dicha fecha 23 de junio de 2017 la demandada ha cursado la baja en Seguridad Social por causa de "baja inactividad fijo discontinuo" de los trabajadores subrogados que se detallan en el hecho probado 2º (excepto las dos que se dirá) y a los posteriormente contratados Doña Delfina , Don Jose Antonio y Don Victoriano , siendo luego todos ellos dados nuevamente de alta en la Seguridad Social en fecha 11 de septiembre de 2017. En la misma fecha 23 de junio de 2017 fueron dadas de baja en la Seguridad Social las trabajadoras subrogadas Margarita y Rosaura , por "fin de contrato".

6º) Respecto de las trabajadoras subrogadas que estaban o pasaron a situación de baja con reserva de puesto, y de las trabajadoras subrogadas o contratadas ex novo que las sustituyeron, se constatan los siguientes movimientos en la TGSS: 1.- La trabajadora Doña Valentina no consta se haya reincorporado de su baja, habiendo sido dada de alta y baja de nuevo en Seguridad Social su sustituta la trabajadora Doña Mariana el 13 de septiembre de 2017 (con código de contrato 410) y nuevamente de alta el 19 de septiembre de 2017 con código de contrato 501, situación en la que permanecía en la fecha del juicio. 2.- La trabajadora Doña Leocadia se reincorporó siendo nuevamente dada de alta en Seguridad Social el 15 de septiembre de 2017. Su sustituta Doña Ángeles había sido dada de baja por fin de contrato el 23 de junio de 2017 como queda dicho. 3.- La trabajadora Doña Felicidad se reincorporó siendo nuevamente dada de alta en Seguridad Social el 15 de septiembre de 2017. Su sustituto Don Domingo había sido dado de baja por fin de contrato el 23 de junio de 2017 como queda dicho. 4.- La trabajadora Doña Belen se reincorporó siendo nuevamente dada de alta en Seguridad Social el 11 de septiembre de 2017. Su sustituta Doña Rosalia había sido dada de baja por fin



de contrato el 23 de junio de 2017 como queda dicho. 5.- La trabajadora Doña Loreto se reincorporó siendo nuevamente dada de alta en Seguridad Social el 11 de septiembre de 2017. Su sustituta Doña Margarita había sido dada de baja por fin de contrato el 23 de junio de 2017 como queda dicho, si bien fue nuevamente dada de alta del 11 de septiembre de 2017 al 4 de octubre de 2017. 6.- La trabajadora Doña Gema se reincorporó siendo nuevamente dada de alta en Seguridad Social el 15 de septiembre de 2017. Su sustituta Doña Rosaura había sido dada de baja por fin de contrato el 23 de junio de 2017 como queda dicho.

7º) A fecha 23 de junio de 2017 la empresa demandada AL-ALBA E.S.E. GRANADA ALMERÍA, S.L. mantenía en alta 285 trabajadores distribuidos en los siguientes centros de trabajo: -Adscritos al CCC NUM000 : cuarenta y cuatro (44) trabajadores) -Adscritos al CCC NUM001 : nueve (9) trabajadores. -Adscritos al CCC NUM002 : cinco (5) trabajadores. -Adscritos al CCC NUM003 : veintinueve (29) trabajadores. -Adscritos al CCC NUM004 : cuarenta y cinco (45) trabajadores. - Adscritos al CCC NUM005 : dos (2) trabajadores. -Adscritos al CCC NUM006 : dieciséis (16) trabajadores. -Adscritos al CCC NUM007 : ningún trabajador en alta. -Adscritos al CCC NUM008 : cincuenta y un (51) trabajadores. -Adscritos al CCC NUM009 : setenta y dos (72) trabajadores. -Adscritos al CCC NUM010 : ningún trabajador en alta. -Adscritos al CCC NUM011 : doce (12) trabajadores".

QUINTO.- En el recurso de casación formalizado por la representación procesal de las dos actoras se consignan los siguientes motivos:

Primer motivo.- Al amparo del artículo 207 e) de la LRJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables, invocando la pretendida lesión del artículo 4.2 de la LRJS en relación con los arts. 122 y 124 de la LRJS.

Segundo motivo.- Al amparo del artículo 207 a) de la LRJS, por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, ex art 207 a) LRJS.

Tercer motivo.- Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte ex artículo 207 c) LRJS, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo, en el Pleno de la Sala, el día 14 de noviembre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- El recurso de casación se formula contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía-Sevilla de 8 de noviembre de 2017, autos 15/2017, en la que desestima la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por los representantes legales de los trabajadores conforme al procedimiento del 124 LRJS.

Tras acoger las excepciones de falta de legitimación pasiva esgrimidas por las codemandadas Junta de Andalucía (Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla) y Agencia Pública de Educación, la sentencia recurrida desestima la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto, por entender que la situación jurídica objeto del litigio no constituye un despido colectivo que pudiese impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del singular procedimiento del art. 124 LRJS, apreciando por ese motivo falta de acción, inadecuación de procedimiento y falta de competencia objetiva de la Sala para conocer del asunto como órgano judicial de instancia.

2.- El recurso se articula en tres motivos diferentes al amparo del art. 107. e), a) y c) LRJS, en los que denuncia infracción de los arts.122. 2. B y 124 a) , b) y d) LRJS; 51 ET; y 24 CE, y sostiene que: 1º) La decisión de la empresa objeto del litigio constituye un despido colectivo, lo que obligaba a seguir el procedimiento previsto a tal efecto en el art. 51 ET cuya omisión supone la nulidad de la decisión adoptada; 2º) Por ese motivo debe tramitarse la acción ejercitada en la demanda conforme al procedimiento del art. 124 LRJS, lo que determina la competencia de la Sala de lo Social del TSJ que debería pronunciarse sobre el fondo del asunto para dilucidar si la actuación empresarial es conforme a derecho; 2º) Siendo estas las razones por las que la representación unitaria de los trabajadores está legitimada para interponer la demanda.

No cuestiona el recurso la decisión de la sentencia de instancia con la que se aprecia la falta de legitimación pasiva de las administraciones codemandadas, lo que tiene como consecuencia que haya de entenderse que el asunto se sigue exclusivamente frente a la empresa Al-Alba E.S.E. Granada Almería S.L.



SEGUNDO.1.- Deberemos resolver conjuntamente los tres motivos del recurso, puesto que la cuestión jurídica que realmente subyace en el caso de autos no es otra que la de determinar si la actuación de la empresa debe o no calificarse como un despido colectivo, de lo que dependerá la solución que haya de darse a cada una de las diferentes pretensiones, esto es, la adecuación del procedimiento del art. 124 LRJS, y en consecuencia, la competencia objetiva de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, la legitimación activa de los representantes legales de los trabajadores para ejercitar la acción de impugnación de esa medida, y la calificación que haya de hacerse de la misma, en tanto hubiere de ajustarse al procedimiento del art. 51 ET.

2.- Para lo que hemos de atenernos a los siguientes hechos:

a) La empresa demandada gestiona el servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros públicos de la provincia de Sevilla dependientes de la Consejería de la Junta de Andalucía.

b) La inmensa mayoría de los trabajadores adscritos a esa actividad son trabajadores fijos discontinuos, algunos interinos y otros contratados temporales por obra o servicio determinado.

c) En fecha 23 de junio de 2017 la empresa remite a todos sus trabajadores la comunicación que ya hemos transcrito en los antecedentes de hecho, en la que les indica que en esa fecha se procede a la "suspensión/extinción" del contrato y que a partir de 4 de julio pueden pasar por las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo, porque es cuando estarán los certificados de empresa. Acaba la carta deseándoles feliz verano y con la expresión "Nos vemos en septiembre".

d) Frente a esta comunicación que reciben todos los trabajadores, interpone la representación unitaria la demanda de impugnación de despido colectivo ante la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, por la vía del art. 124 LRJS.

e) En la fecha de aquella comunicación la empresa cursa la baja en seguridad social por causa de "baja inactividad fijo discontinuo" de los trabajadores contratados bajo esa modalidad, siendo todos ellos dados nuevamente de alta el 11 de septiembre de 2017. La baja de otros trabajadores es por "fin de contrato", y en el caso de trabajadores que tenían el contrato suspendido y estaban sustituidos por interinos, algunos de ellos se reincorporaron y fueron dados de alta a mediados de septiembre, y en otros casos sus sustitutos.

TERCERO. 1.- La tesis de los recurrentes descansa en considerar que con aquella notificación la empresa ha procedido a la extinción de más de 30 contratos de trabajo, superando de esta forma los umbrales del art. 51 ET.

2.- Planteamiento que no puede ser acogido, pues como bien razona la sentencia de instancia, la actuación de la empleadora no supone la extinción de los contratos de trabajo fijo discontinuos, sino, simplemente, su suspensión por finalización del curso escolar para su posterior reanudación en septiembre al comienzo del siguiente.

Es verdad que la comunicación que la empresa remite a la finalización del curso 2016-2017 a todos sus trabajadores es confusa y poco precisa, al emplear la expresión "suspensión/extinción" del contrato y utilizar exactamente la misma dicción literal para los trabajadores fijos discontinuos que para los temporales, sin tener en cuenta la diferente modalidad contractual de cada uno de ellos, pero eso no supone en modo alguno que estuviere extinguiendo de esta forma la relación laboral de los fijos discontinuos.

Antes al contrario, aquella comunicación de 23 de junio acaba con la frase "nos vemos en septiembre"; y lo que es mucho más importante, la baja en seguridad social de los fijos discontinuos se cursa bajo el epígrafe "baja inactividad fijo discontinuo", y todos ellos vuelven a ser dados nuevamente de alta a mediados de septiembre cuando empieza el curso escolar y continúan prestando servicios para la empresa.

Podrá cuestionarse la verdadera naturaleza jurídica de tales contratos de trabajo, pero es evidente que la empresa no ha extinguido la relación laboral con los trabajadores a los que atribuye la condición de fijos discontinuos, que no pueden por lo tanto computarse a efectos de calcular los umbrales que determinan la aplicación del despido colectivo del art. 51 ET.

La extraña redacción de la notificación de la empresa, no es óbice para afirmar que su posterior actuación evidencia que la decisión en litigio no comporta la extinción de los contratos de trabajo fijos discontinuos, sino, simplemente, la voluntad de poner fin de esta forma a la actividad de ese curso escolar para volver a llamar a esos trabajadores a la reanudación del siguiente.

CUARTO.1.- Lo hasta ahora razonado sería suficiente para desestimar el recurso, pero en la medida en que con esa misma decisión ha procedido la empresa a extinguir diversos contratos temporales para obra o servicio determinado, y la sentencia recurrida se ha acogido en este extremo al criterio aplicado por esta Sala IV en la



sentencia a la que seguidamente haremos referencia, se hace necesario que abordemos igualmente esa otra cuestión para resolver adecuadamente todas las pretensiones de la demanda.

2.- En la STS 22/12/2016, rec. 10/2016, del Pleno de esta Sala, hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre la calificación que merece la actuación de la empresa que en un periodo de 90 días extingue un determinado número de contratos de trabajo temporales, que cuantitativamente considerados y en el caso de ser indefinidos, constituiría un despido colectivo por superar los umbrales del art. 51 ET.

Doctrina que resulta de aplicación al caso de autos, en tanto que la demanda computa igualmente la resolución de tales contratos temporales y viene con ello a sostener que la relación laboral de esos trabajadores debe considerarse indefinida porque los contratos temporales extinguidos se encuentran celebrados en fraude de ley.

Al igual que en aquella sentencia dijimos, parte la demanda de "una premisa que no está confirmada con carácter previo, cual es la de que, efectivamente, los contratos temporales de los trabajadores afectados por los ceses habrían de calificarse de fraudulentos y que, al no tener naturaleza de relaciones laborales de duración determinada, las extinciones habrían de considerarse despidos improcedentes. A ello anuda además la parte actora la conclusión de que la presumible improcedencia en masa provoca en este caso la superación de los umbrales previstos en el art. 51.1 ET y, en consecuencia, sitúa el sustrato fáctico sobre el que asienta su pretensión en el marco del despido colectivo y, por tanto, en el ámbito procesal del art. 124 LRJS".

Tras lo que ponemos de relieve 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. Pues, ciertamente, 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 discutidos, 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). Está claro que entre los contratos temporales excluidos del cómputo no pueden comprenderse los que tan sólo ostenten esa temporalidad con carácter formal -en el contrato- y que, por fraudulentos, han de considerarse determinantes de relación laboral indefinida (STS/4ª de 8 julio 2012, rcud. 2341/2011). Así, de darse alguna de aquellas circunstancias -que el contrato aparentemente temporal carezca de causa de temporalidad que lo justifique, o que el cese se produzca con anterioridad a que sobrevenga la causa válida de terminación-, no habría duda de que estaríamos ante una extinción unilateralmente acordada por el empresario carente de justificación a la que, además, habría que anudar la posibilidad de que engrosara el parámetro numérico delimitador del despido colectivo y, en consecuencia, las extinciones contractuales llevadas a cabo por el empresario sin seguir los trámites del artículo 51 ET, cuando éstos resultaban ineludibles por aplicación del referido precepto, deberían ser calificadas como nulas con las consecuencias inherentes a tal declaración (STS/4ª de 17 mayo 2016, rcud. 3037/2014)".

A lo que añadimos 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-), mas 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.

Para determinar si se sobrepasa el umbral numérico del art. 51.1 ET y comprobar si, efectivamente, se había alcanzado aquél, el órgano judicial no podría entrar a examinar si los contratos de trabajo afectados eran o no fraudulentos, pues es ésta una cuestión previa de la que habría de depender que estuviéramos o no ante un despido colectivo irregular o de hecho".

3.- De lo que se desprende que son los propios trabajadores individualmente afectados los que podrán impugnar su cese ante el Juzgado de lo Social a través del cauce de los arts. 103 a 113 y 120 a 123 LRJS, porque en estas circunstancias no cabe la acción de despido colectivo del art. 124 LRJS, cuando es necesario descender a las particulares y singulares circunstancias de cada uno de los contratos temporales rescindidos por la empresa para establecer si son contrarios a derecho y debieren en consecuencia considerarse como extinciones computables a los efectos del art. 51 ET.



Y si no cabe la acción del art. 124 LRJS, no se da tampoco la competencia que el art. 7. a) párrafo segundo atribuye a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer en única instancia de los procesos de despido colectivo del art. 124 de dicha norma adjetiva, lo que a su vez supone que los representantes unitarios de los trabajadores carecen de acción y legitimación activa para interponer la demanda colectiva bajo esos presupuestos.

QUINTO. De acuerdo con todo lo razonado y conforme al Ministerio Fiscal, el recurso debe ser desestimado para confirmar en sus términos la sentencia recurrida y declarar su firmeza. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Petra y D.^a Raimunda, en calidad de representantes legales de los trabajadores de la empresa demandada, contra la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en procedimiento de despido colectivo núm. 15/2017, seguido a su instancia frente a la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla de la Junta de Andalucía, la Agencia Pública de Educación y la mercantil Al Alba Granada Almería ESE, S.L, para confirmar en sus términos la sentencia recurrida y declarar su firmeza. Sin costas.

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

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego