**SENTENCIA DEL TS DE 09-01-2019.- EL TRIBUNAL AVALA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DESPIDO DE TRABAJADORES TEMPORALES FRENTE A LOS FIJOS**

- El Alto Tribunal desestima un recurso de CC.OO. contra las diferencias en la indemnización por despido de trabajadores fijos y temporales de una contrata de contact center para Liberbank

- Los empleados fijos fueron despedidos mediante un ERE con 20 días de indemnización mientras que los temporales solo recibieron una indemnización de 12 días por año trabajado tras ser despedidos individualmente

- La decisión no fue unánime: 7 votos a favor frente a 5 magistrados que han formulado su discrepancia

El Tribunal Supremo ha dictado una polémica sentencia, con 7 votos a favor y 5 magistrados que han formulado su discrepancia, por la que avala la discriminación en un Expediente de Regulación de Empleo (ERE) entre empleados fijos, que recibirán una indemnización de 20 días por año trabajado, y los temporales, que no fueron asumidos en el ERE y cobrarán por su despido 12 días por año trabajado.

La demanda fue impulsada por CC.OO. contra el banco Liberbank, la empresa de contact center Telecyl, la filial de formación y organización de la entidad financiera, Factoría de Transformación de Operaciones y Servicios, y la compañía de contact center Unisono Soluciones de Negocio. Una vez que Liberbank decidió en 2017 rescindir unilateralmente el contrato de servicio de banca telefónica que tenía con Telecyl esta empresa anunció a los 73 trabajadores indefinidos un procedimiento de despido colectivo por causas productivas y económicas y el despido individual de los 152 temporales.

Factoría de Transformación de Operaciones y Servicios y Unisono Soluciones de Negocio suscribieron un 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, por el que Unisono se subrogaba a los empleados fijos de Telecyl.

El sindicato presentó una demanda ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias pidiendo que se declare nulo el despido colectivo y exigiendo la readmisión de toda la plantilla en sus anteriores puestos de trabajo y al abono de salarios de tramitación, una demanda que fue desestimada y el sindicato la eleva al Supremo.

Pero en este caso, aunque el Alto Tribunal admite 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*"

También argumenta que

*"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (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".*

Además, el Supremo asume el criterio de la fiscalía por de manera que:

*"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 procedimiento de despido colectivo 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)"*

También se apoya en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, apuntando que la sentencia recurrida acoge a una doctrina que considera "acertada":

*"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".*

Sobre que no se hayan incluido a los trabajadores temporales en el ERE, el escrito del Tribunal Supremo recuerda que la doctrina del TJUE

*"ha sido revisada por la posterior de 5-6-2018 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".*

El Supremo tampoco ve irregularidades en la sucesión de empresas que asumen el contrato de servicios ni en la cesión de trabajadores de una subcontrata a otra.

**Voto particular**

El voto particular está formulado por la magistrada Lourdes Arastey y suscrito por otros cuatro magistrados. En el voto particular se señala que

"*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".*

Este punto además lo justifica en que, como en es este caso

*"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".*

En este sentido, el voto particular señala el artículo 4 de la Directiva y la Sentencia del TJUE de 14-9-2016, por el 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".*

Los magistrados para oponerse a la sentencia argumentan que:

*"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".*

Sobre la falta de acreditación de la concurrencia de la causa legal esgrimida por el empresario, los magistrados contrarios a la desestimación de la demanda argumentan 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".*