

CASACION núm.: 151/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Milagros Calvo Ibarlucea

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 1044/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D.^a María Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D.^a María Lourdes Arastey Sahún

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a María Luz García Paredes

En Madrid, a 12 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Raúl Maíllo García en nombre y representación de la Confederación General del Trabajo (CGT) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 15 de marzo de 2017, en autos nº 48/2017

seguidos a instancias de Confederación General del Trabajo, contra la empresa Asociación de Contact Center Española, Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación Intersindical Galega, ELA-STV, Langile Abertzaleen Batzordeak y como parte al Ministerio Fiscal sobre impugnación de convenio.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido Asociación de Contact Center Española (ACE) y Unión General de Trabajadores (UGT) representados por el letrado D. Jesús David García Sanchez y D. Roberto Manzano del Pino respectivamente.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el letrado D. Raúl Maíllo García en nombre y representación de la Confederación General del Trabajo se presentó demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando que se declare la nulidad del artículo 14 del Convenio Colectivo para el Sector de Contact Center respecto del contrato eventual para campañas o servicios nuevos durante los seis primeros meses.

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

TERCERO.- Con fecha 15 de marzo de 2018 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO: "Con desestimación de la demanda interpuesta por CGT frente a ACE, CCOO, UGT, ELA, LAB Y CIG y el Ministerio Fiscal sobre impugnación de convenio colectivo absolvemos a los demandados de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda."

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación: "PRIMERO: El convenio colectivo de ámbito estatal del sector del Contact center (antes telemarketing) fue publicado en el BOE en fecha 27 de julio de 2012. El meritado Convenio fue denunciado por CGT ante la Dirección General de Empleo en fecha 29 de Octubre de 2014, conforme al artículo 6. CGT cuanta con dos representantes en la Comisión negociadora del nuevo Convenio. SEGUNDO.- El artículo 6 del Convenio dispone:" *"(...) La duración de este Convenio se extenderá hasta el 31 de diciembre del 2014, entendiéndose prorrogado tácitamente de año en año, salvo que el Convenio fuera denunciado por cualquiera de las partes legitimadas para negociarlo, de acuerdo con el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores. Denunciado el Convenio, y hasta que no se logre acuerdo expreso, a los efectos de lo previsto en los artículos 86.3 y 4 del ET se entenderá que se mantiene la vigencia de su contenido normativo"*.TERCERO.- El convenio colectivo, regula las modalidades de contratación, indefinida y temporales en su artículo 14. Dicho texto es el mismo que el que figuraba en anteriores Convenios del Sector que fueron objeto de publicación en el BOE de fecha 8-3-2002, 5-5-2005 y 20-2-2008. CUARTO.- Damos por reproducida la prueba documental obrante en el descriptor 22 consistente en 25 copias básicas de contratos eventuales por circunstancias de la producción celebrados por la empresa UNISONO SOLUCIONES de NEGOCIO, S.A para cubrir puestos de tele-operadores, en los que al expresarse la causa del contrato se consigna: *"Atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en:..."*, señalándose a continuación: - en 15 de los mismos *"Inicio de nueva obra según propuesta...para SANITAS SA de Seguros"*; - en 5 *"Lanzamiento de servicio para MAPFRE Familiar"*; - en otros 5 *"Inicio de nueva obra para Axa Aurora Vida de seguros y reaseguros"*. QUINTO.- Damos por reproducidas las Actas de Negociación del nuevo convenio sectorial obrantes en los descriptores 28 a 38, si bien destacamos de las mismas lo siguiente: 1.-En el Acta obrante al descriptor 30 fechada el día 1-10-2015 consta:*"CGT (...) señala que han detectado que la Inspección de Trabajo ha señalado que no se puede hacer la utilización que se hace de los contratos eventuales. Señala que, en su opinión, es contrario a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores y que los negociadores del anterior convenio se extralimitaron.La Patronal señala que el Estatuto de los Trabajadores permite que la negociación colectiva defina las causas que permiten la contratación a través de contratos temporales, por lo que no se puede interpretar que una posibilidad de contratación temporal definida en el convenio sea contraria a la legalidad. Igualmente, la Patronal manifiesta que, cuando hay nuevas campañas hay muchas incertidumbres porque no hay experiencia sobre las campañas y que ello requiere flexibilidad. Señala que la solución del artículo 17 no tiene nada que ver con lo que se está planteando, que, en este caso, no se está hablando de una reducción del volumen sino de la*

flexibilidad que se necesita para ajustar los parámetros iniciales que se han diseñado cuando aún no se sabía cómo se iba a funcionar.”. Al finalizar dicha reunión las partes se emplazaron para abordar en la siguiente la siguiente cuestión: “Nueva figura de contratación más flexible para campañas que arrancan con unas necesidades determinadas y que va luego ajustándose al ir avanzando los agentes en su curva de aprendizaje, obligando a redimensionar a la baja los efectivos asignados. (Parte social)”. 2.- En el acta obrante al descriptor 31, donde se recoge la reunión mantenida el día 19-10-2015 se recoge lo siguiente: “CGT manifiesta que el contrato eventual para campañas nuevas que no se ajustaba a la legalidad y que se ha pedido una propuesta por la parte patronal para solucionar el problema. Manifiesta que la única fórmula para ello es tener más personal propio, haciendo más indefinidos para que las empresas puedan disponer de ellos, de manera que se reduzcan esos tiempos. Señala que una solución sería que, como se necesita gente que saque adelante una campaña nueva -con la denominada “curva de aprendizaje”- se podría utilizar a trabajadores indefinidos con experiencia. Y, como otras posibilidades, señalan que aunque a CGT no le gusten se podrían utilizar, las que recoge la legalidad vigente, entre las cuales no está el contrato eventual por circunstancias de la producción. Para este caso específico, que CGT entiende que es muy poco habitual nada impide utilizar ETTs o cualquier fórmula que no contravenga la ley. La Patronal manifiesta que dará respuesta a esta propuesta para la próxima reunión.”. 3.- En la reunión mantenida el día 3-11-2015 cuyo acta obra al descriptor 32 consta que: “CGT manifiesta que tiene interés en aportar una sentencia adicional en relación con el contrato eventual por circunstancias de la producción, que no se puede pactar para determinadas cuestiones. A estos efectos aportan una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que se adjunta al acta. Consideran que esta cuestión se podría zanjar en el convenio. Señala que la contratación eventual se está disparando desde que se está hablando de estos temas en esta mesa.”. 4.- En la reunión del día 22-1-2016, documentada en el acta obrante al descriptor 34 consta que:” señala CGT, en relación con el artículo 14 del convenio, en el punto c), se ha dicho en esta mesa que el contrato de campañas y servicios nuevos es ilegal. CGT pregunta si la ACE se ha dado cuenta de que no tiene encaje legal o va a seguir diciendo que ya se verá en el nuevo convenio. Manifiesta que si no se va a hacer nada por parte de la ACE tendrá que tomar medidas e interponer el conflicto colectivo correspondiente.”. 5.- En la reunión mantenida el día 24-2-2016 CGT – acta obrante al descriptor 35- siguió denunciado la ilegalidad de la regulación del contrato eventual por circunstancias de la producción. 6.- En la reunión mantenida el día 15-3-2016- acta obrante al descriptor 36- a la vista de la STSJ de Andalucía con sede en Málaga las partes debatieron sobre la legalidad del art. 14 del convenio en cuanto a lo que se refiere a la posibilidad de contratar trabajadores eventuales para nuevas campañas. 7.- En la reunión mantenida el día 2-2-2017 CGT manifestó:” que, como esto está atascado, se va a avanzar como se ha venido avanzando: interpondrán una demanda sobre el artículo 14 del convenio contrato eventual de nueva actividad. Advierte que estaban esperando pero que, viendo que no se va a tratar ninguno de los temas importantes (que además no van a dar problemas de coste), tendrán que avanzar por esa vía, judicializando todo y que dicte el convenio colectivo del sector D. Ricardo Bodas.”. SEXTO.- Damos por reproducidos los certificados obrantes a los descriptores 39 a 43 emitidos

por las empresas SITEL, QUALITEL, TELEPEFORMANCE y UNISONO en los que expresan que el inicio de una nueva campaña en el sector de contact center requiere de un exceso de personal que se ajusta según se van desarrollando las mismas. SITEL expresa que: " se produce un gran volumen de tareas destinadas a la implantación de los procedimientos y el arranque de las tareas encomendadas por nuestro cliente. Que a tal fin, cada Servicio y Campaña se inicia con la creación de un equipo de seguimiento formado por Qualities, Formadores, y personal de Operaciones destinado a la elaboración de manuales operativos, estudio del servicio para la optimización de los procedimientos, análisis de las curvas de llamadas y formación y refuerzo de agentes que forman la plantilla. En los primeros meses y debido al desconocimiento del servicio encomendado y su posible evolución, se genera igualmente un gran volumen de trabajo basado en la elaboración de informes que se analizan con nuestros Clientes, preparación conjunta de estrategias alternativas, ajustes de plantilla, etc ... que a medida que se va consolidando el servicio, va disminuyendo debido a su automatización y la normalización de la actividad.". QUALITEL, por su parte, informa que:" se produce un incremento de la actividad significativo durante los primeros meses de cada nueva campaña en relación con el personal de operaciones. Esa necesidad va desapareciendo a lo largo que la campaña avanza y se estabilizan las distintas~ casuísticas que nos encontramos en los arranques. Este incremento de actividad se evidencia de forma clara en los siguientes aspectos: 1. En necesario realizar desarrollos de IT para las propias aplicaciones del cliente, o en otros casos desarrollar nuevas aplicaciones lo que conlleva tener que testear y formar continuamente a los nuevos empleados. 2. Del mismo modo resulta necesario la elaboración de manuales, argumentarios e impartición de formaciones a los agentes en el desarrollo de esta nueva campaña. 3. Al tratarse de un servicio nuevo la curva de aprendizaje es mayor, por lo que se requiere en el arranque más personal que cubra el bajo rendimiento que se produce en los primeros meses por la falta de conocimiento del servicio. 4. Cuando iniciamos un nuevo servicio o campaña, ante la falta de conocimiento del comportamiento de la curva de llamadas por no contar con ningún histórico, debemos incorporar a más personal para poder cumplir con los niveles de servicio requeridos por nuestros clientes.". TELEPERFORMANCE ESPAÑA SAU señala los siguientes motivos que justifican desde el punto de vista de productivo acudir a personal temporal durante los primeros seis meses de inicio de una campaña: "- Necesidad de automatización de procesos que requiere de un número de trabajadores para su desarrollo que, posteriormente, dejan de ser necesarios.- Existencia de una curva de aprendizaje por parte de los agentes al comienzo de la campaña que obliga a reforzar el servicios con un mayor volumen de personal, pudiéndose asumir el trabajo, con el paso del tiempo con menos agentes.- Desconocimiento, en el arranque, del volumen total de trabajo a desarrollar así como su organización, lo que obliga a ir adaptando el número de empleados a medida que se van analizando estos aspectos." UNISONO por su parte certifica que: "en los meses iniciales de nuevos servicios se genera un incremento de actividad y sobredimensionamiento de plantilla por los siguientes motivos: Se produce un periodo inicial de incremento de actividad, hasta que se estabiliza el servicio, ya que en los primeros meses se genera un periodo de aprendizaje que aumenta los tiempos de llamada, en recepción y emisión, así como los tiempos de gestión. Una vez estabilizado el servicio, estos tiempos se reducen, produciendo

sobredimensionamiento de la plantilla. Los nuevos servicios, vienen acompañados, habitualmente de campañas publicitarias, comunicación a clientes, u otras formas de difusión de su existencia que producen un incremento de actividad en los primeros meses, por el incremento de llamadas, hasta que el servicio se estabiliza. Hay incertidumbre respecto del tráfico de llamadas, al no existir precedentes.”. SÉPTIMO.- La STSJ de Andalucía con sede en Málaga de 15 -10- 2015- rec. 1234/2015- consideró fraudulenta la contratación eventual de la trabajadora Doña María Noelia Martín Rizha por la empresa Extel Contact Center S.A.U, al consignarse en el contrato como causa de la acumulación de tareas o exceso de pedidos “la creación del nuevo departamento de atención sur de telefónica móviles España.” – descriptor 17 por reproducido-. Dicha cláusula fue considerada fraudulenta en la STSJ de Andalucía con sede en Málaga de 14-4-2016- descriptor 18- sobre la base de la siguiente argumentación: “el aumento de la actividad de la empresa demandada no aparece como algo excepcional y circunscrito a un período determinado de tiempo sino como algo estable y con vocación de futuro como consecuencia del incremento de actividad que va a comportar para la demandada la nueva línea de negocio (creación de un nuevo departamento de atención sur de Telefónica Móviles España) lleva a concluir que el contrato de carácter eventual de la actora no respondió a la necesidad de atender un aumento excepcional de la actividad de la empresa demandada motivado por las circunstancias de la producción, sino a un aumento de carácter permanente por el desarrollo del nuevo departamento de trabajo. Y si lo relevante en este tipo de contratación, que es siempre la concurrencia de una circunstancia transitoria o pasajera de la producción o del servicio prestado, no ha quedado demostrada, se ha de considerar fraudulenta la contratación de la demandante. En definitiva se ha de entender injustificado el recurso a la contratación temporal de la actora ya que el incremento de actividad experimentado por la empresa demandada obedece al lanzamiento de un nuevo departamento de trabajo por parte de ésta, sin que conste la temporalidad de dicho lanzamiento o el estado de la nueva línea de producción en el momento de la extinción del contrato temporal concertado con la demandante.” "Se han cumplido las previsiones legales".

QUINTO.- Por la parte recurrente, se interpuso recurso de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, amparado en lo dispuesto en el artículo 207 e), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, y en concreto los artículos 15.1.B), 17, 82, 85 y 87 del Estatuto de los Trabajadores y la sentencia del Tribunal supremo de 17 de diciembre de 2001.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y evacuado el trámite de impugnación, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia del recurso. E instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de

octubre de 2018. Dadas las características del asunto a tratar, se suspendió, señalándose de nuevo para el Pleno del día 14 de noviembre de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el letrado D. Raúl Maíllo García en nombre y representación de la Confederación General del Trabajo se interpuso demanda de impugnación de Convenio Colectivo Estatal del Sector de Contact Center frente a la empresa Asociación de Contact Center Española, Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación Intersindical Galega, ELA-STV, Langile Abertzaleen Batzordeak y como parte al Ministerio Fiscal instando en el suplico la declaración de nulidad del artículo 14 del citado convenio, respecto del contrato eventual para campañas o servicios nuevos durante los seis primeros meses.

La pretensión fue desestimada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y frente a lo resuelto interpone recurso de casación la Confederación General del Trabajo (CGT).

SEGUNDO.- La cuestión que se suscita en la reclamación que da origen a las presentes actuaciones consiste en la alegación por la parte demandante de la ausencia de sustantividad que justifique una contratación temporal en la fórmula contractual regulada en el artículo 14.c) del Convenio colectivo impugnado tratándose de la actividad permanente de la empresa, atender llamadas telefónicas, cuando la temporalidad se justifica tan solo por el mero hecho de que el contrato se celebra para los seis primeros meses de una campaña.

El recurso se formalizó al amparo del artículo 207-e) de la Ley de la Jurisdicción Social y consta de un solo motivo en el que alega la infracción de los artículos 15.1.B), 17, 82, 85 y 87 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina jurisprudencial con cita de la STS de 17-12-2001.

El precepto cuya declaración de ilegalidad es objeto de la demanda (artículo 14 c) presenta el tenor literal siguiente:

«c) Contrato eventual por circunstancias de la producción. También para el personal de operaciones podrá utilizarse este contrato con las siguientes limitaciones máximas para su instrumentación continuada: • Sustitución de personal de vacaciones: seis meses. • Campañas o servicios nuevos en la empresa: seis primeros meses. • Restantes supuestos: cuatro meses continuados de trabajo efectivo.

El personal contratado con esta modalidad no podrá superar el nivel del 50% del personal fijo que presta sus servicios como personal de operaciones.»

La sentencia considera adecuado el uso que las partes negociadoras han hecho de las habilitaciones que confiere el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, que se habrían concretado en la designación del período máximo de seis meses, la determinación del porcentaje entre trabajadores fijos y los contratados con arreglo a la fórmula negociada y la definición de la actividad "campañas o servicios nuevos en la empresa", que resultaría subsumible en la noción de "circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos".

Es este último extremo el que la parte recurrente rechaza por considerar que en definitiva el Real Decreto Legislativo 2/2015 establece que "(...)Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa", no siendo en forma alguna una actividad lo que se identifica, sino una mera nueva contratación dentro del conjunto del volumen de contratación de la empresa, y que supondrá o no una circunstancia de la producción en función del volumen de trabajo contratado, el resto de volumen de la actividad de la empresa y demás elementos, pero no constituyendo actividad como tal que se pueda configurar bajo tal modalidad.»

Acerca de si se está devolviendo a la vida jurídica una figura contractual que fue eliminada por el legislador en 1997 señala la sentencia que esa interpretación es, en efecto, una de las posibles pero que también lo es otra, la de que al inicio de cada campaña, con ser la habitual de la empresa, aún cuando no exista incertidumbre acerca del éxito de la nueva actividad, sino

que al comienzo y por mor de la denominada curva de aprendizaje produzca una mayor necesidad de mano de obra que en su posterior desarrollo.

La interpretación de la cláusula hecha por la sentencia no responde a una cuestión subjetiva carente de apoyo sino que resulta de una base obtenida a través de una comprobación a la que alude el cuarto de los fundamentos de Derecho, refiriendo como de la lectura de las actas de la negociación del nuevo convenio se evidencia que los representantes de quien hoy accionan reconocen que toda campaña tiene una inicial curva de aprendizaje, en la que existe una mayor necesidad de mano de obra que en el posterior desarrollo de la misma.

La decisión adoptada se funda en una interpretación de los términos del convenio que conduce a declarar la validez del precepto controvertido una vez rechazada su identificación con una modalidad de contratación expulsada de nuestro ordenamiento en 1997.

La sentencia no mantiene la legalidad del apartado c) del artículo 14 del Convenio declarando que nos hallamos ante un contrato de lanzamiento de nueva actividad y que por esa razón se acomode al catálogo de contratos temporales causales contenido en el artículo 15-1 b) del Estatuto de los Trabajadores sino que, rechazando esa asimilación, llega a la conclusión de que los términos empleados traducen una realidad distinta de la que representa la desaparecida modalidad contractual. La sentencia extrae su conclusión de los datos obtenidos en las actas de negociación las cuales le permiten incardinar la causa del contrato en las necesidades creadas por cada campaña, que a su vez no penden de la mayor o menor aceptación del producto sino de su desenvolvimiento inicial, conocido por experiencia, a cargo de los propios trabajadores.

La parte recurrente ha combatido la cláusula y la sentencia negando que la base de su impugnación del convenio sea la de asimilar el artículo 14.c a la desaparecida fórmula del contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad. A lo largo de su argumentación hace referencia a los certificados

emitidos por la patronal para terminar afirmando que no cabe preestablecer que cualquier campaña o servicio nuevo conlleve, per se, y como presunción iuris et de iure, la naturaleza que le atribuye del convenio.

Niega que esté acreditado que nos hallemos ante una acumulación de tareas o exceso de pedidos sino que las empresas al no conocer el volumen de trabajo que van a necesitar, o conocer como realizar dichas tareas, parten de la presunción de un mayor volumen de tareas que podría producirse si se acredita. Considera que los nuevos servicios o campañas podrían llevar al incremento de trabajo no en todo caso, que es lo que parece permitir el artículo, sino solo cuando haya tal acumulación de tareas y exceso de pedidos y habrá que estar al caso concreto, y de producirse utilizar las habilitaciones del artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y al no hacerlo así, se produce la vulneración estatutaria. Se parte, afirma el recurrente de una acumulación de tareas o exceso de pedidos, y si la cuestión radica en que «Si se desconoce el comportamiento del mercado, de los clientes, etc...por qué va a existir per sé un aumento o acumulación de tareas, podría ser que estemos ante una menor tarea de lo que se piensa, y es lo que conlleva la ilegalidad de dicho apartado impugnado, pues efectivamente, supondría la incertidumbre relativa al éxito de una nueva campaña concertada o nuevo servicio que obvia la sentencia que se recurre, sino la efectiva acumulación de tareas que el inicio de toda campaña requiere, y lo que la sentencia de instancia sostiene de "(•••) prueba de ello es que el propio artículo 14 del Convenio que se impugna señala, como regla general, que el contrato temporal propio para la ejecución de una campaña es el contrato para obra o servicio determinado", en realidad, lo que acredita es el supuesto fundamental de fraude de ley, se genera aplicar una supuesta norma para eludir la utilización de otra, que conllevaría que ante la incertidumbre que señalan las propias empresas, no están amparadas a acudir a' contratos eventuales por circunstancias de la producción.»

En definitiva la tesis actora consiste en que una fórmula contractual como cualquiera de las que perviven en el vigente artículo 15.1 b) del Estatuto de los Trabajadores sólo puede actuar sobre una situación cierta desde el principio, porque cualquier clase de incertidumbre acerca de la necesidad del contrato supondría su desnaturalización.

El artículo 15.1 b) del Estatuto de los Trabajadores autoriza la utilización de la fórmula cuando las circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran aun tratándose de la actividad normal de la

empresa, la modalidad admite un plazo máximo de seis meses de duración y lo que el Estatuto de los Trabajadores autoriza a los Convenios es a aumentar la duración máxima. No cabe plantear cuestión acerca de que la actividad forma parte de la normal de la empresa. En cuanto a la formulación, no cabe deducir que la del contrato obedece a un resultado incierto sino que se parte de la necesidad inicial conocida, no aventurada, de una mayor necesidad de trabajadores hasta la consolidación de la práctica en la ejecución.

Sin prescindir de la valoración positiva que merece la interpretación a cargo de la Audiencia Nacional existe otra razón a considerar. La mención que el artículo 14.c hace de un período de seis meses, los primeros de la nueva campaña, no deben ser referencia tan solo de la duración del contrato, podría ser inferior. Los seis primeros meses, son ante todo una limitación en la utilización de la fórmula contractual seleccionada y esa deberá ser la pauta interpretativa que resultara del presente conflicto y su resolución. La contratación en forma eventual es lícita en la doble condición de nueva campaña y en sus seis primeros meses, concurriendo la necesaria acumulación de tareas en dicha fase del proceso de avance de la campaña.

En definitiva el modo en que deberá establecerse el contraste entre la posición de la parte actora, adversa a la formulación convencional por entender que no basta la nueva campaña para que ello justifique el uso de la modalidad eventual y la redacción del precepto es que en ésta el acento habilitante se sitúa en un período determinado, seis primeros meses, único en el que cabe utilizar la fórmula eventual, por nueva que sea la campaña, condicionando así no solo la duración del contrato sino el ámbito o circunstancias de validez del mismo.

Las razones expuestas, si bien en parte difieren de las de la sentencia, no por oposición sino por adición a las que en ella figuran determinan la desestimación del recurso de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, debiendo sufragar cada parte las costas causadas a su instancia, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS .

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 el letrado D. Raúl Maíllo García en nombre y representación de la Confederación General del Trabajo (CGT) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 15 de marzo de 2017, en autos nº 48/2017, debiendo sufragar cada parte las costas causadas a su instancia, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS .

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

Así se acuerda y firma.

Jesús Gullón Rodríguez, presidente

Fernando Salinas Molina

María Milagros Calvo Ibarlucea

María Luisa Segoviano Astaburuaga

José Manuel López García de la Serrana

Rosa María Virolés Piñol

María Lourdes Arastey Sahún

Miguel Ángel Luelmo Millán

Antonio V. Sempere Navarro

Ángel Blasco Pellicer

Sebastián Moralo Gallego

María Luz García Paredes

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. Sr. D. ÁNGEL BLASCO PELLICER al que se adhieren los EXCMOS SRS. D. FERNANDO SALINAS MOLINA Y D. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO Y LAS EXCMAS. SRAS. D^a LOURDES ARASTEY SAHÚN Y D^a MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación 151/2017 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con el mayor respeto y consideración a la posición mayoritaria de la Sala expresada en la sentencia de la que discrepo, expreso mi opinión en este Voto Particular en el que fundamento mi disparidad de criterio con arreglo a las siguientes consideraciones:

PRIMERA.- La demanda origen del presente procedimiento de Impugnación de Convenios solicita que se declare la nulidad del artículo 14 del Convenio Colectivo de Contact Center respecto del contrato eventual para campañas o servicios nuevos durante los seis primeros meses. Tal como manifiesta la sentencia, en lo que estoy de acuerdo, “el precepto cuya declaración de nulidad se solicita (artículo 14 c) presenta el tenor literal siguiente: «**c) Contrato eventual por circunstancias de la producción. También para el personal de operaciones podrá utilizarse este contrato con las siguientes limitaciones máximas para su instrumentación continuada: • Sustitución de personal de vacaciones: seis meses. • Campañas o servicios nuevos en la empresa: seis primeros meses. • Restantes supuestos: cuatro meses continuados de trabajo efectivo. El personal contratado con esta modalidad no podrá superar el nivel del 50% del personal fijo que presta sus servicios como personal de operaciones.**»”.

La fundamentación de la impugnación del convenio está referida a que, según el parecer de la demandante, el convenio –en la redacción expuesta- se ha excedido en las facultades que le otorga el artículo 15. 1 b) último párrafo del Estatuto de los Trabajadores. Tal precepto permite a la negociación colectiva, por un lado, determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales; y, por otro, fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa.

El convenio colectivo en cuestión, respecto de la primera de las posibilidades (determinar las actividades en las que puedan celebrarse contratos eventuales), establece que se podrá utilizar el contrato eventual por circunstancias de la producción con las siguientes limitaciones máximas para su instrumentación continuada:

Sustitución de personal en vacaciones: seis meses

Campañas o servicios nuevos en la empresa: seis primeros meses

Restantes supuestos: cuatro meses continuados de trabajo efectivo.

Con ello el convenio no solo está haciendo uso de la posibilidad prevista en el último párrafo del artículo 15.1 b) ET, sino que, también, de la prevista en el primer párrafo del mencionado precepto que permite a la negociación colectiva sectorial modificar la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se pueden realizar en atención al carácter estacional de la actividad.

SEGUNDO.- A mi parecer, el convenio se ha excedido en las facultades que la norma legal le otorga en orden a “determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales”. Es sabido que no estamos en presencia de una delegación en blanco de la ley al convenio (STS de 26 de octubre de 1999, Rec. 818/1998) por lo que la concreción convencional está sujeta al oportuno control judicial que permita comprobar la adecuación de lo previsto en el convenio a las posibilidades que la ley confiere. Así la habilitación legislativa tiene por objeto que el convenio determine “actividades” en las que puedan utilizarse este tipo de contratos, pero la habilitación no alcanza a administrar las exigencias que configuran el objeto del contrato: circunstancias extraordinarias de la producción, exceso de pedidos o circunstancias del mercado que justifiquen una contratación temporal de mano de obra.

Dicho de otra forma, cumpliéndose cualquiera de los expresados requisitos que afecten a la producción, el convenio podrá determinar en qué actividades de la empresa pueden efectuarse este tipo de contratos. La finalidad, al contrario de lo que parece deducirse de la sentencia mayoritaria, no es incrementar las posibilidades de aplicación de la contratación temporal; lo que se busca es, precisamente, limitarlas permitiendo al convenio impedir mediante la delimitación de actividades susceptibles de albergar contratos temporales que la existencia de una de las circunstancias previstas en la ley pueda justificar la contratación eventual en cualquier sector de la empresa, sino únicamente en aquéllas actividades que el convenio identifique como expresamente afectadas por la circunstancia productiva excepcional prevista en la ley.

Desde esta perspectiva resulta obvio que la determinación de actividades que efectúa el precepto en cuestión es contraria a la esencia y finalidad de la norma delegante y, además, permite la realización de contratos temporales eventuales, aunque no se den los requisitos causales del artículo 15.1.b) ET.

En efecto, la norma convencional, tras identificar como “actividad” a los efectos del reiterado precepto estatutario “las campañas o servicios nuevos en la empresa”, añade que los contratos eventuales podrán celebrarse en los seis primeros meses. Aunque no se sabe muy bien cuál es el concepto de campaña o de servicio nuevo que utiliza el convenio, dos consideraciones parecen evidentes: la primera es que, si todas las campañas o servicios nuevos requieren de contratación de personal eventual, la necesidad no es temporal sino permanente -que se repite en fechas ciertas o inciertas-, lo que implica que el contrato eventual que permite el convenio está ocupando el espacio que corresponde a un contrato indefinido a tiempo parcial o a un contrato indefinido fijo discontinuo, según la actividad se repita en fechas ciertas o inciertas, respectivamente.

La segunda consideración deriva del propio hecho de que cada campaña o servicio nuevo permita la contratación temporal, pues ello está resucitando, lisa y llanamente, el derogado contrato de lanzamiento de nueva actividad. Al respecto, aunque referido al contrato de obra o servicio, pero aplicable igualmente al contrato eventual, ya dijimos en nuestra STS de 23 de septiembre de 2002 (Rec. 222/2002), tras señalar que “La cuestión controvertida es decidir si la apertura de nuevo centro de trabajo, o una nueva línea en el ya existente, es hecho por sí mismo suficiente para que el trabajo que con tal acontecimiento se crea pueda ser servido con contratos por obra o servicio determinado y si tal utilización puede ampararse en las previsiones de un convenio colectivo que así lo autoriza de manera expresa”, que la doctrina científica y jurisprudencial han señalado que la válida celebración de UNA modalidad contractual temporal, exige la concurrencia de un elemento material – expresada en su objeto definido por la ley - y un elemento temporal –duración limitada de los trabajos- y, por tanto, “ninguna de esas circunstancias concurre en los puestos de trabajo que se crean con motivo de la apertura de un nuevo centro de trabajo o una nueva línea... Ni los trabajos tienen autonomía y sustantividad propia y no son distintos de los habituales de la empresa, ni tienen una vocación de temporalidad. Buena prueba de ello es que en el apartado d) del art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, se incluyó un apartado que permitía el contrato temporal por “lanzamiento de una nueva actividad”, entidad contractual diferente del contrato que hoy nos ocupa y que desapareció a raíz de la promulgación del Real Decreto Ley 8/1997”. Esta idea según la que el convenio está implementando una especie de contrato de lanzamiento de nueva actividad, mediante campañas o servicios nuevos, se deduce de la interpretación que, acertadamente, se expresa en los fundamentos de la sentencia mayoritaria según la que el plazo de los seis meses se refiere al período, a contar desde el inicio de la campaña o del servicio nuevo, en el cual se puede celebrar el contrato eventual que diseña el convenio.

TERCERO.- Igualmente, la norma convencional añade que se podrá utilizar el contrato eventual por circunstancias de la producción “en los restantes supuestos: cuatro meses continuados de trabajo efectivo”. Con ello el convenio no sólo no identifica la actividad que puede soportar este tipo de contrato, sino que amplía las actividades señaladas anteriormente (campañas o servicios nuevos en la empresa) a todas las restantes actividades que existan en la empresa. Nuevamente el convenio desconoce lo que la ley pretende y la habilitación que le otorga ya que, por un lado, no identifica actividad alguna, sino que las comprende todas; y, por otro, a cambio, parece reducir la duración del contrato a un máximo de cuatro meses de trabajo efectivo. Limitación que es difícilmente comprensible y asumible como legal pues, por un lado, resulta indeterminada al referirse a un término indeterminado cual son “cuatro meses de trabajo efectivo”; y, por otro, produce una ampliación del objeto del contrato de suerte que, al final, el contrato eventual sería posible en todas las actividades de la empresa no especificadas anteriormente.

En consecuencia, entiendo que la redacción del convenio contraviene directamente el artículo 15.1b) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que el recurso debió ser estimado y, con él, la demanda, declarando la ilegalidad del artículo 14.c) del Convenio Colectivo de Contact Center.

En ese sentido emito este voto particular.

Madrid, 12 de diciembre de 2018

