

SUMARIO:

Despido colectivo en empresa contratista. Rescisión de la contrata de telemarketing por la empresa principal (AIRBNB). Consecuencias de la rescisión al estar vinculada con la crisis sanitaria derivada de la COVID-19. Prohibición de despedir. Aplicabilidad del artículo 2 del RD Ley 9/2020 (obligación de afrontar la situación mediante un ERTE) a la empresa contratista. A la vista de la literalidad del artículo 22 del RD Ley 8/2020, que dispone que la legislación de urgencia será aplicable a supuestos que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia de la COVID-19, no es aplicable al caso el artículo 2 del citado RD Ley 9/2020, por responder el supuesto de hecho aquí debatido a una causa indirecta o mediata. Entiende el Tribunal que la norma establece con total claridad su ámbito de regulación únicamente circunscrito a los supuestos originados en pérdidas de actividad por causa directa de la COVID-19. La causa aquí debatida, originadora del despido colectivo, es, por tanto, la resolución del contrato de prestación de servicios mercantiles a la empresa principal, fundado en causas objetivas organizativas o productivas. Aun cuando la causa mediata sea la COVID-19, lo cierto es que la causa directa es la resolución del contrato mercantil. No procede la aplicación del artículo 2 del RD Ley 9/2020 a los trabajadores adscritos a la contrata. Procede el análisis de las causas a la luz del artículo 51 del TRET. **Voto particular.** Al estar la extinción del contrato mercantil entre el empresario principal y el contratista (empleador) relacionada con la COVID-19, entiende el magistrado disidente que ello determinaba la aplicación de las medidas de flexibilidad temporal (ERTE), por ser de aplicación el artículo 23 del RD Ley 8/2020 –que exige meramente una cierta relación con la COVID-19-, en lugar del artículo 22 del mismo texto legal –que exige que la causa directa de la extinción sea la COVID-19-. En modo alguno puede entenderse que la medida extraordinaria que se establece para proteger el empleo (prohibición del despido o restricción en su justificación causal) se condicione a que previamente se hayan hecho uso de las medidas de flexibilidad interna, al estar pensada para un momento de crisis coyuntural, según se entendió en el momento de su adopción por el legislador. Procedía implementar las medidas de flexibilidad interna establecidas en el artículo 23 del RD Ley 8/2020, resultando de plena aplicación el artículo 2 del RD Ley 9/2020. Durante la situación excepcional de emergencia, en las situaciones contempladas en los artículos 22 y 23 del RD Ley 8/2020, las medidas de flexibilidad interna se refuerzan, agilizan y favorecen al máximo, pero no se imponen como única y obligada medida para afrontar la repercusión en el empleo de la crisis sanitaria. Las facultades extintivas se mantienen explícitamente vigentes, si bien se advierte que en aquellas situaciones vinculadas al COVID-19 que podían justificar la aplicación de las excepcionales medidas de flexibilidad interna, si se opta –ello no obstante- por utilizar la facultad extintiva, la misma se entenderá injustificada. Se trata, en definitiva, de una restricción en la justificación de la causalidad.

PRECEPTOS:

RD Ley 2/2015 (TRET), arts. 51.2 y 52 c).

RD Ley 8/2020 (Medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19), arts. 22 y 23.

RD Ley 9/2020 (Medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19), art. 2.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 124.11.

PONENTES:

Don Félix V. Azón Vilas

Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALUNYA SALA SOCIAL

DEMANDA Nº 50/20

ILMO. SR. AMADOR GARCIA ROS ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS ILMO. SR. JOAN AGUSTI MARAGALL

En Barcelona a 11 de diciembre de 2020

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 66/2020

En el proceso de despido colectivo con nº 50/2020, en que figura como demandante la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) y como demandada CPM INTERNATIONAL TELEBUSINESS SLU (CPM), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) y COMISSIONS OBRERES DE CATALUNYA (CCOO) ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Félix V. AZON VILAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero

En fecha 14/07/20 tuvo entrada en esta Sala demanda sobre despido colectivo en la que figura como parte actora la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (en adelante, CGT) y como demandada CPM INTERNATIONAL TELEBUSINESS SLU (en adelante, CPM) y como codemandadas UNION GENERAL DE TRABAJADORES (en adelante, UGT) y COMISSIONS OBRERES DE CATALUNYA (en adelante, CCOO). En el suplico de la demanda se solicitaba que se declarase nula la decisión extintiva impugnada o, subsidiariamente, no ajustada a derecho.

Segundo

Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio el día 28/10/20, en los términos que se reflejan en la grabación del mismo. El letrado Sr. Miguel Ángel Garrido Palacios asistió a la demandante CGT, la letrada Sra. Naiara Rodríguez Escudero de Busturia asistió a la demandada CPM y el letrado Sr. Ferrán Rosell Güeto asistió a la UGT.

La parte demandante, CGT, ratificó la demanda, postulando la declaración de nulidad del despido colectivo impugnado o, subsidiariamente, la declaración de no ser ajustada a derecho. La demandada se opuso, postulando se declarase plenamente ajustado a derecho, mientras que UGT postuló se declarada la decisión no ajustada a derecho. CCOO no compareció al acto del juicio.

Practicadas las pruebas propuestas, se acordó -de conformidad a lo previsto en el art. 87.6 LRJS Legislación citada LRJS art. 87.6 y con la expresa conformidad de todas las partes- conferir un plazo de cuatro días a las partes para el examen y valoración de la prueba aportada el mismo día por la demandada, emitiendo en plazo todas las partes sus escritos de conclusiones y quedando los autos vistos para sentencia.

Tercero.

Como resultado de la prueba practicada, han resultado conformes o acreditados los siguientes hechos.

HECHOS DECLARADOS PROBADOS (HDP)

1.- La demandada, CPM INTERNATIONAL TELEBUSINESS, S.L.U. (en adelante, CPM) está especializada en la prestación de servicios de Contact Center y otros servicios de experiencia del cliente y ventas omni-canal. Su socio único es DAS EUROPE LIMITED (una sociedad holding registrada en Reino Unido) y está integrada en el Grupo británico CPM Group, grupo multinacional dentro de DAS EUROPE LIMITED (informe pericial técnico, doc. 8 demandada).

El domicilio social, y el fiscal, de la Sociedad, así como sus principales instalaciones, están radicados en Barcelona ciudad donde -en el momento del despido- contaba con 4 centros de trabajo y 1.950 empleados/as, en su inmensa mayoría teleoperadores que, en la medida en que CPM presta servicios para campañas multilingües, dominan como mínimo dos idiomas (nivel nativo en un idioma y un nivel muy fluido en inglés).

2.- Hasta mayo de 2020 el principal cliente de CPM era Airbnb, empresa que ofrece una plataforma de software dedicada a la oferta de alojamientos a particulares y turísticos mediante la cual los anfitriones pueden publicitar y contratar el arriendo de sus propiedades con sus huéspedes. La demandada prestaba servicios de Contact-Center para comunicaciones entrantes y salientes, para dar soporte anfitriones, huéspedes, y otros usuarios de la plataforma Airbnb por vía telefónica, e-mail, chat, y otros medios.

3.- La relación contractual entre CPM y Airbnb se inició en octubre de 2012. A este primer contrato, le sucedió otro de fecha 1 de septiembre de 2014, que fue sucesivamente renovado el 1 de septiembre de 2015, el 31 de agosto de 2017 y el 30 de noviembre de 2017. En fecha 1 de febrero de 2018, CPM y Airbnb suscribieron el último contrato (17 y 17 bis demandada, que se da por íntegramente reproducido), por una duración de tres años (hasta el 31 de enero de 2021), en cuya cláusula 20.3.(b) se facultaba a Airbnb a extinguir el Contrato en cualquier momento y sin mediar motivo alguno, debiendo preavisar a CPM con noventa (90) días antes de la fecha de efectos de la extinción y abonar el pago de las tarifas de resolución correspondientes, si las hubiera, establecidas en el Anexo C (Metodología de Tarifas y Tarifas).

4.- El 10 de abril de 2020, CPM recibió notificación escrita de Airbnb (Documentos nº 10 y 10 bis) comunicando la extinción del Contrato al amparo de lo dispuesto en la referida cláusula 20.3 (b) y dando un preaviso de noventa (90) días.. Bajo el título "Comunicación de resolución del Contrato Marco de Servicios", el tenor literal fue el siguiente: "Hacemos referencia al Contrato Marco de Servicios (CMS) suscrito entre Airbnb Ireland UC y CPM INTERNATIONAL TELEBUSSINES el día 1.2.18 para la prestación de servicios de contact center. De conformidad con la cláusula 20.3.b del CMS, por la presente les notificamos mediante preaviso escrito de 90 días la resolución del CMS".

5.- Airbnb canceló, con efectos de 30 de abril de 2020, el acceso a sus sistemas digitales a la plantilla de CPM, por lo que a partir del 1 de mayo ningún empleado de CPM pudo realizar trabajo alguno en la campaña Airbnb. Además, ejerció su derecho contractual (cláusula 3.1 del Anexo A-3) a reducir el personal adscrito al Contrato durante el periodo de preaviso a razón de un 25% mensual acumulativo.

6.- En la misma fecha, 30-4-20, CPM requirió por escrito a Airbnb a fin de que le facilitara los datos del proveedor de servicios que sustituiría a CPM, total o parcialmente, en la prestación de los servicios contratados (docs. nº 11 y 11 bis demandada). En fecha 12-5-20 la demandada reiteró dicho requerimiento, informando que según el art. 18 Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. del Convenio colectivo estatal del sector de contact-center, "los empleados tienen derecho a participar en el proceso de selección y a ser contratados por el nuevo proveedor de servicios." No consta respuesta a tales requerimientos ni ulterior gestión de la demandada al respecto.

7.- En fecha 8-5-20 la demandada comunicó la apertura del período de consultas a los representantes legales de los trabajadores en orden a proceder a un despido colectivo, conformándose la - comisión negociadora en representación de los trabajadores mediante 7 integrantes de CGT, 3 de UGT y 3 de CCOO, designados nominalmente por cada sección sindical entre los integrantes del comité de empresa. Según se recoge en dicha acta de constitución, "Las partes se reconocen como interlocutores legítimos con capacidad suficiente para negociar las medidas que convengan en -relación con este despido colectivo. La Comisión Negociadora queda constituida como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus 'decisiones" (docs. nº 5.2 a 5.6 empresa). Ello, no obstante, en la primera reunión del período de consultas y según se recoge en el apartado 7º del acta de la misma "Los miembros de CGT de la comisión negociadora manifiesta posteriormente que, estando conformes con la composición de la comisión negociadora, tal y como se indica en el punto anterior, actuarán igualmente en el presente periodo de consultas como sección sindical" (doc. 73 demandada).

8.- El período de consultas se desarrolló en los términos que se recogen en las actas de las 10 reuniones celebradas mediante aplicación telemática, a través de la cual la empresa aportó la documentación requerida. En tres de dichas reuniones intervino la Inspección de Trabajo, que emitió el correspondiente informe, que - en sus conclusiones- manifestó no haber apreciado ningún déficit en la obligación de aportación documental a cargo de la empresa ni vulneración de la buena fe negociadora (docs. nº 73 a 82 y nº 103 demandada, que se dan por íntegramente reproducidos).

9.- El sindicato demandante CGT se opuso durante todo el período de consultas a negociar las condiciones del despido colectivo por entender que la causa última del mismo era el estado de alarma por causa del COVID-19 y las restricciones de todo tipo derivadas de la crisis sanitaria, y que -por consiguiente- la empresa venía obligada a afrontar la situación mediante un ERTE. Frente a esta posición, la demandada CPM, mantuvo en todo momento que la situación generada por la rescisión del contrato por parte de Air-bnb no era coyuntural, sino definitiva, por lo que no existía otra alternativa que el despido colectivo (doc. 75 demandada). UGT y CCOO, compartiendo la posición de CGT respecto a la obligación de CPM de implementar un ERTE y no un despido colectivo, sí se avinieron -a partir de la séptima reunión- a negociar las condiciones del despido colectivo en la fase final del período de consultas, efectuando propuestas indemnizatorias alternativas a las sucesivamente ofertadas por CPM. La parte social instó en diversas ocasiones a CPM para la identificación de la empresa sucesora en la contrata rescindida para posibilitar el cumplimiento de la previsión de contratación preferente establecida en el art. 18 del Convenio Colectivo de Contact-Center (docs. nº 73 a 82 demandada, que se dan por íntegramente reproducidos).

10.- Al inicio de la última sesión del período de consultas, celebrada en fecha 5-6-20, CGT comunicó la sustitución de uno de los representantes en la comisión negociadora por discrepar de la posición de dicho sindicato, a quien instaron a fin que abandonara la reunión telemática, cosa que hizo poco después, no sin antes manifestar su oposición a tal sustitución. CCOO y UGT se opusieron también a dicha sustitución, entendiendo que dicho representante había sido ya designado como miembro de comisión y CGT no podía revocarle de tal condición. CCOO, manifestada su discrepancia, afirmó respetar la decisión de la CGT. UGT dejó constancia en acta que consideraba inválida la sustitución. La empresa manifestó que no le correspondía resolver tal cuestión, e instó a la parte social para proseguir la negociación (doc. 82 demandada).

11.- A continuación, CPM informó, en respuesta al reiterado requerimiento al respecto por parte de la CGT en reuniones anteriores, que Airbnb le pagaría 6,4 millones de euros, de los cuales, 5,4 millones se destinarían al abono de salarios y cotizaciones del período de preaviso y el millón sobrante al abono del alquiler del edificio de Pallars (doc. nº 31 actora).

La empresa expuso su oferta final de acuerdo, consistente en una Indemnización de 33 días por año de servicio, sin topes, con un complemento de 250 euros para aquellos trabajadores con menos de un año de antigüedad en la empresa; una bolsa de empleo hasta el 31 de mayo de 2021, el abono del plus de productividad reclamado y la financiación del convenio especial para los trabajadores/as afectados mayores de 55 años).

Tanto CCOO como UGT eran partidarios de aceptar dicha oferta, y propusieron someter la misma a consulta de los trabajadores/as. La CGT se opuso a dicha consulta salvo que, como alternativa al despido indemnizado en las condiciones ofertadas, se ofertase la posibilidad de un ERTE. Al no alcanzarse acuerdo sobre los términos de la consulta, la oferta empresarial se sometió a votación de la RLT, siendo rechazada por 7 votos en contra (CGT) y 6 favor (UGT y CCOO), concluyendo el período de consultas sin acuerdo (doc. nº 82 demandada, acta de la reunión, que se da por íntegramente reproducida).

12.- En los días inmediatamente posteriores a la finalización del período de consultas, cuatro de los siete representantes de CGT que participaron en el período de consultas comunicaron a la dirección de la empresa que cesaban como representantes de dicho sindicato, ya fuera en el Comité de Empresa o como delegados sindicales (docs. nº 94-100 demandada).

13.- En fecha 12-6-20 se produjo la comunicación de la decisión final de despido colectivo a la representación legal de los trabajadores (en adelante, RLT; doc. nº 32 demandada, que se da por íntegramente reproducido), con invocación de causas objetivas organizativas y productivas derivadas de la rescisión del contrato de prestación de servicios por parte de Airbnb, remitiéndose -para su explicación- al informe técnico y al informe jurídico aportados al inicio del período de consultas. Los afectados fueron 924, de los cuales 908 personal adscrito a la contrata y 16 personal de "estructura" (de soporte a dicha contrata o que se considera "sobrante" por la pérdida de la misma).

14.- El informe técnico al que se remite dicha comunicación de despido (doc. 8 demandada, que se da por íntegramente reproducido), de fecha 7-5-20, en su apartado 2º refiere el encargo de CPM en los siguientes términos: "La Dirección de la Sociedad ha solicitado nuestra colaboración profesional para la preparación de un informe técnico donde se analicen las causas que han llevado a la Dirección de CPM a plantear la necesidad de acometer un plan de reorganización que contempla la ejecución de un procedimiento de Despido Colectivo."

En el apartado 5.1.2, "Evolución de la actividad de la Sociedad", refiere que "Las ventas de la Sociedad han seguido una tendencia creciente en los últimos ejercicios, pasando de 45, 1 millones de euros en 2018 a 71,1 millones de euros en 2019 (+58%). Ello no obstante, la cifra de ventas proyectada para el ejercicio 2020 es de 55,9 millones de euros, lo que supone una disminución del 21% respecto a 2019. Adicionalmente, para 2021 la Dirección prevé una disminución adicional del 28%, alcanzando los 40,4 millones de euros de ventas. Lo anterior supone una reducción en ventas del 43% de 2019 a 2021.

A nivel de clientes, los principales 5 han supuesto aproximadamente el 90% de las ventas de la Sociedad en 2019, siendo Airbnb el número uno en cuanto a facturación representando más de un 43% del total de facturación de la Sociedad.

En cuanto a los tres principales clientes después de Airbnb, la Dirección de la Sociedad no prevé que sean capaces de generar nuevo negocio suficiente durante 2020 como para poder absorber empleados de Airbnb:

El Cliente 1 recibe servicios de soporte y ventas para atender a los clientes que compran sus productos.

Actualmente éste está experimentando una reducción significativa de sus ventas en el canal retail que están afectando a su modelo de negocio, por lo que la Dirección no espera crecimiento relevante adicional durante el resto del ejercicio 2020. De manera extraordinaria, se prevé un pico en los servicios en noviembre de 2020 para hacer frente a una campaña especial de ventas. Por lo tanto, el crecimiento del 65% en el primer trimestre de 2020 no es un buen indicador de la tendencia que la Dirección espera para el ejercicio completo.

El Cliente 2, redujo sus necesidades de teleoperadores de 120 en septiembre de 2019 hasta menos de 30 en la actualidad debido a complicaciones a nivel de modelo de negocio, tal y como muestran las cifras del primer trimestre de 2020 (-38% respecto a 2019). El contrato con dicho cliente vence en agosto 2020 y todavía no se tiene visibilidad sobre su posible renovación.

El Cliente 3, ligado al sector hotelero, ha experimentado una reducción en volúmenes de llamadas durante los últimos 12 meses debido a la evolución de su modelo de negocio. La Dirección no espera que dichos volúmenes se recuperen durante el ejercicio 2020.

El Cliente 6 ha cancelado todas sus campañas de marketing que normalmente tienen lugar entre marzo y julio, resultando en una reducción del número de llamadas salientes para la Sociedad. De acuerdo con las últimas estimaciones, la Sociedad no espera que las ventas vayan a recuperarse en el resto de 2020.

En el apartado 7.1. se explican "los factores que ponen de manifiesto la necesidad de llevar a cabo un plan de reorganización", en los siguientes términos:

"La pérdida del contrato con Airbnb, cliente que supone un 43%-44% de las ventas totales de la Sociedad (ver apartado anterior 6.2) y que ocupa al 100% a 993 (988 de la línea de negocio Airbnb y 5 de servicios compartidos) empleados (ver apartado anterior 6.2), comporta por un lado una pérdida de actividad muy significativa para la Sociedad, lo que se traduce en 31,4 millones de euros de facturación anual (cifras de 2019) y por otro lado la consiguiente falta de ocupación para al menos 993 empleados.

La Sociedad cuenta con una cartera de oportunidades que suman un total de 2,1 millones de euros anuales, que se traducen en 44 empleados a asignar, con un valor potencial de ingresos para 2020 de 1,4 millones de euros, debido a que las oportunidades en cuestión, en caso de materializarse, lo harían durante el ejercicio.

No obstante, es importante señalar que dentro de dicha cartera de oportunidades

Tan solo hay 1 millón de euros en ingresos potenciales para 2020 de oportunidades ya ganadas (1,3 millones de euros en base anual) que requerirían de 30 empleados. No obstante, de dichos 30 puestos, 18 serán absorbidos por el personal existente de las líneas de negocio y 5 ya se han reclutado, por lo que quedarían 7 potenciales puestos disponibles.

Existen 220 miles de euros en ingresos potenciales para 2020 de oportunidades con alta probabilidad de éxito (240 miles de euros en base anual) que requerirían de 5 empleados. No obstante, de dichos 5 puestos, 2 serán absorbidos por el personal existente de las líneas de negocio y los 3 restantes corresponden a puestos ya cubiertos que se están tratando de renovar con el cliente.

El resto, corresponde a oportunidades con probabilidad media o baja de acabar materializándose en contratos formales para la Sociedad.

En base a lo anterior, resulta poco probable que la Sociedad sea capaz de materializar contratos nuevos con clientes a corto plazo que ocupen el vacío dejado por el contrato de Airbnb. Por otro lado, en cuanto a los contratos existentes con otros clientes, actualmente no es posible reasignar a personal del contrato de Airbnb dado que cada línea de negocio cuenta con una estructura de personal ya adecuada a su nivel de actividad.

En el apartado 8° se explica el "plan de reorganización" en los siguientes términos: Las medidas de reestructuración consisten en lo siguiente:

A nivel organizativo:

- Eliminación de la totalidad de los 988 puestos de trabajo asignados a la línea de negocio Airbnb.
- Eliminación de 4 puestos de trabajo de servicios compartidos cuya dedicación es 100% a Airbnb.
- Eliminación de otros 13 puestos de trabajo de servicios compartidos, que prestan servicios para toda la organización, pero que debido a la reducción que se va a producir en el nivel de ingresos y por lo tanto en la carga de trabajo, no serán necesarios.

Otras medidas:

- Reducción de los cuatro centros de trabajo a uno solo, en cuanto ello sea posible de conformidad con los términos y condiciones de los contratos de arrendamiento, con la consiguiente reducción de los costes de arrendamiento y gastos de mantenimiento de los edificios.

- Política de contención en todos aquellos gastos no esenciales, tales como atenciones a clientes, gastos de viaje y bonus al personal.

Y ya en el apartado 9° se alcanzan las siguientes "conclusiones ":

"... la conclusión principal del mismo es que, a nuestro juicio, existen causas objetivas de carácter productivo y organizativo que justifican la adopción de un Plan de Reestructuración para ajustar la estructura organizativa a la nueva realidad del negocio actual de la Sociedad que llevaría acarreado la necesidad de iniciar un procedimiento de Despido Colectivo (extinción de 1.005 puestos de trabajo) bajo las siguientes premisas y fundamentos:

Airbnb es el principal cliente de la Sociedad, representando 44% del total de ventas de la Sociedad en 2019 con 31,4 millones de euros (43% en el primer trimestre 2020 con 8,2 millones de euros).

Existen 988 empleados de línea de negocio y 5 empleados de Servicios compartidos asignados exclusivamente a la cuenta de Airbnb a fecha actual, en total 993 empleados, suponiendo un 51% de la plantilla actual.

Con fecha 10 de abril de 2020, Airbnb comunicó a CPM su decisión de resolver el contrato de prestación de servicios, Master Services Agreement (MSA) de fecha 1 de febrero de 2018, con un preaviso de 90 días, y sin proceder indemnización alguna de acuerdo con lo estipulado en el contrato. Adicionalmente, a día de hoy, los

trabajadores asignados a Airbnb ya no pueden acceder a los sistemas de Airbnb dado que Airbnb cortó el pasado 30 de abril el acceso a sus sistemas. Desde entonces estos trabajadores están realizando labores de formación.

En base a la información proporcionada, la Sociedad estima improbable el poder materializar en el corto plazo nuevos contratos con clientes que ocupen el vacío dejado por el contrato de Airbnb.

Como consecuencia de lo anterior, la Sociedad se ha visto obligada a plantear un plan de reorganización de personal que afecta a 992 puestos de trabajo asignados al contrato de Airbnb (988 de la propia línea de negocio y 4 de servicios compartidos) y a 13 puestos indirectos de personal de servicios compartidos que prestan servicios a toda la organización de la Sociedad pero que debido a la . reducción que se va a producir a nivel de ingresos y por lo tanto en carga de trabajo, se estima no serán necesarios.

15.- El "Informe Jurídico", al que también se remite la comunicación de despido colectivo (doc. 9 demandada, que se da por íntegramente reproducido), sobre la base del "informe técnico" parcialmente reproducido en el hecho anterior, efectúa razonamientos jurídicos orientados a la justificación de la medida extintiva.

16.- En las semanas previas a la comunicación de rescisión contractual en fecha 10.4.20, Airbnb había manifestado su satisfacción a CPM por su "capacidad de implementar, de manera rápida y profesional, un sistema de trabajo desde casa" (doc. 70 demandada) .

17.- La crisis sanitaria causada por el COVID-19, la declaración del estado de alarma y las medidas de restricción en la movilidad y en el alojamiento turístico comportaron para Airbnb, ya desde los primeros meses del año 2020, la cancelación de gran parte de las reservas ya concertadas y la paralización de nuevas reservas, provocándole una difícil situación. En palabras de uno de los cofundadores de la empresa, "perdimos casi todo en cuestión de 4 semanas" (docs. nº 34- 36 actor).

18.- En los meses inmediatamente posteriores al despido, CPM ha incorporado a un total de 67 empleados afectados por el mismo, mediante nueva contratación, y, además, ha suscrito 244 contratos indefinidos y 92 contratos temporales (aportados en pentdrive, al folio 267 y declaración testifical propuesta por la demandada).

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.

Valoración de la prueba.

La declaración de hechos probados se ha establecido en base a la sustancial conformidad de las partes respecto a la mayoría de ellos, así como de las pruebas practicadas que, en su caso, se especifican al final de cada uno ellos, en cumplimiento del art.97.2 LRJS Legislación citada LRJS art. 97.2.

No es de señalar ningún hecho respecto del cual haya aflorado discrepancia entre las partes que justifique mayor explicación en los criterios de valoración aplicados, sin perjuicio de la valoración de la prueba pericial técnica aportada por la demandada que se expondrá más adelante.

Segundo.

Pretensiones de las partes y sus fundamentos.

El sindicato demandante CGT postula, como pretensión principal, la declaración de nulidad del despido colectivo impugnado en base al art. 6.4 de Legislación citada CE art. 6.4, al apreciar fraude de ley en la actuación de la demandada, razonando que -ante la rescisión unilateral del contrato de prestación de servicios por parte de Airbnb (por causa que vincula al COVID-19 y al estado de alarma)- optó por el despido colectivo de los casi 1.000 empleados adscritos a dicho servicio, ignorando la prohibición de despido por causa de fuerza mayor o causas ETOP relacionadas con el COVID-19 establecida en el art. 2 del RDL 9/2020, en relación a las medidas previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/20, que posibilitaban haber afrontado dicha situación mediante las excepcionales medidas de flexibilidad interna como los ERTE reguladas en dichas normas. Como segunda causa que fundamenta la postulación de nulidad del despido, invoca la mala fe negociada de la demandada, al haber retenido hasta la última reunión del período de consultas la información relativa a la indemnización percibida de Airbnb por la rescisión de la contrata. Finalmente, y como pretensión subsidiaria, postula se declare no ajustado a derecho el despido impugnado, por no justificarse la concurrencia de las causas organizativa y productiva invocadas, por no haber dado cumplimiento al art. 18 del Convenio Colectivo de Contact-Center a efectos de la recolocación del personal afectado en la plantilla de la empresa sucesora en la prestación de servicios y, en todo caso, por la manifiesta falta de proporcionalidad del despido.

La demandada se ha opuesto a tal pretensión alegando que la rescisión del contrato de prestación de servicios por parte de Airbnb no guarda relación con la crisis sanitaria derivada del COVID-19, y que -en todo caso- tal relación no se trasladaría a CPM como empresa proveedora de servicios, y, por ello, la única causa del despido colectivo no es otra que la rescisión de la contrata, añadiendo que el RDL 8/2020 no impuso de manera imperativa los mecanismos de suspensión de contratos, ni el RDL 9/2020 dispuso la sanción de nulidad para las empresas que no los implementaran . Para el caso que se alcanzara la conclusión que la decisión resolutoria de Airbnb sí estaba

relacionada con el COVID-19, ha alegado, con carácter subsidiario, que dicha vinculación o nexo causal no se transmite a CPM como empresa dedicada al telemarketing y no al sector turístico y, por consiguiente, no determinaría la aplicación del art. 2 del RDL 9/2020. Considera que la situación generada por la rescisión de la contrata es estructural y no coyuntural y constituye causa organizativa y productiva suficiente para validar la procedencia del despido colectivo, como medida proporcional y ajustada a derecho, según reiterado criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, sin que obste a tal conclusión las contrataciones realizadas después del despido colectivo, fruto de un incremento de actividad inesperado. En la contestación a la demanda, en el acto del juicio, la demandada hizo especial reproche al sindicato demandante por su decisión de sustituir a un representante de la comisión negociadora que, junto a los sindicatos CCOO y UGT, se había manifestado favorable a la última oferta empresarial y cuyo voto favorable hubiera posibilitado alcanzar un acuerdo.

La codemandada UGT, al contestar a la demanda, si bien se adhirió inicialmente a la pretensión de nulidad del despido postulada por la CGT por incumplimiento del art. 2 del RDL 9/2020 (al contestar a la demanda), en conclusiones ha centrado como única pretensión que el despido sea declarado no ajustado a derecho, haciendo especial hincapié en el hecho de que el despido colectivo -y la actuación de la demandada- ha frustrado la expectativa de mantenimiento del empleo no sólo ante una posible recuperación del mercado, sino en orden al mecanismo de recolocación establecido en el art. 18 del convenio colectivo, ante la probable sucesión en la prestación de servicios por parte de otra empresa, que en mayo no se habría producido -por causa de la paralización de toda la actividad turística y la innecesidad de los servicios- pero que sí puede haber acontecido o acontecer con la recuperación del mercado.

Centrado en estos términos el debate, procede -en primer lugar y por ser la cuestión central para la resolución de ambas pretensiones- resolver si resulta aplicable a la situación analizada el art. 2 del RDL 9/2020, en relación a los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, y -en tal caso- qué consecuencias de derivarían de su aplicación en orden a la calificación del despido.

Tercero.

El art. 2 del RDL 9/2020, en relación a los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, y su aplicación al caso en debate.

1.- El tenor literal del artículo 2 del RDL 9/2020 es el siguiente:

Artículo 2. Medidas extraordinarias para la protección del empleo.

La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, a los que se remite dicho precepto, disponen lo siguiente:

Artículo 22. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor.

1. Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Legislación citada TRLET art. 47 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores., aprobado por el Real Decreto Legislativo 21/2015, de 23 de octubre.

La primera cuestión a plantear en el presente caso (y que ha producido un interesante debate entre los Magistrados que suscribimos la sentencia, como se verá en el voto particular discrepante adjunto a ella, que ha provocado el cambio de ponente) es si resulta aplicable al supuesto debatido la normativa, especial y de emergencia, que ha entrado en vigor con motivo de la pandemia de la COVID-19, en concreto el RDL 9/2020; el debate es muy importante porque en función de la conclusión alcanzada, la calificación de la decisión extintiva podrá tener cualquiera de las tres posibilidades previstas en la legislación: ajustada a derecho, no ajustada a derecho o nula (art. 124.11 LRJS Legislación citada LRJS art. 124.11).

Pues bien, a la vista de la literalidad del artículo 22 del RDL 8/2020, pensamos que no es aplicable el artículo 2 del RDL 9/2020 y por tanto hemos de acudir a la legislación ordinaria. En efecto, el citado artículo 22 establece que la legislación de urgencia será aplicable a aquellos supuestos que "tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19" (subrayado nuestro): ello, a nuestro modo de ver, implica que dicha normativa no es aplicable en los supuestos en que la COVID-19 no se configure como la causa directa o, dicho en

otras palabras, se configure como una causa indirecta o mediata. Ciertamente la decisión legislativa podría haber sido otra (cuya validez constitucional no debemos ni plantearnos, al ser una mera especulación) pero lo cierto es que la norma en vigor establece con total claridad su incidencia, su ámbito de regulación, únicamente para los supuestos de necesidad de adopción de acuerdos de flexibilidad, sea interna (artículos 22 y 23 RDL 8/2020) o externa (artículo 2 RDL 9/2020), originados por pérdida de actividad por causa directa de la COVID-19. Y es evidente que la literalidad de la expresión permite pocas dudas interpretativas, tal como nos impone el artículo 3 del Código Civil Legislación citada CC art. 3. Lo que implica que el paso siguiente a analizar es si, en el caso planteado en la demanda origen del proceso, nos encontramos con un supuesto de pérdida de actividad por causa directa de la COVID-19 o, por el contrario, no existe tal relación directa: en el primer caso, deberán ser aplicadas las previsiones del RDL 9/2020 y concordante, y en el segundo, será aplicable la legislación general y ordinaria para situaciones de pérdida de actividad .

La conclusión que alcanzamos, a la vista de los hechos declarados probados, es que la causa que sustenta la decisión de despido colectivo no tiene por causa directa la pérdida de actividad por consecuencia del COVID- 19, sino que la causa directa es la resolución del contrato de prestación de servicios mercantiles a la mercantil Airbnb, notificada el 10 de abril de 2020 que dio lugar al despido colectivo de 12 de junio de 2020, fundado en causas objetivas organizativas y productivas derivadas de la rescisión del contrato de prestación de servicios por parte de Airbnb, según comunica la empresa a la RLT.

Es cierto que no resulta difícil imaginar que la causa última de la extinción resolución del contrato mercantil por parte de Airbnb es la caída de la actividad turística internacional y, dentro de ella, la práctica desaparición de las contrataciones objeto la actividad de dicha mercantil. Pero ello de ninguna manera empece la conclusión de que la disminución de la actividad para la empresa demandada está originada por la resolución del contrato mercantil. De modo que, aun cuando podamos plantearnos que la causa última y mediata es la COVID-19, lo cierto es que la causa directa es la resolución del contrato mercantil de prestación de servicios en el que se sustentan las relaciones laborales entre la demandada CPM y el personal laboral que presta servicios para ella.

Ello nos obliga a obviar las previsiones del RDL 9/2020 y analizar la decisión empresarial desde la óptica del artículo 51 del Real Decreto Legislativo 2/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Con ello queda resuelta la primera pretensión. De nulidad de los despidos planteada en la demanda.

CUARTO.- La calificación del despido colectivo analizado a la luz del art. 51 ET Legislación citada ET art. 51 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores..

El artículo 51 ET Legislación citada ET art. 51 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. establece que "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" para explicar después que "se entiende que concurren ... causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado". A continuación, el apartado 2 del mismo artículo regula el procedimiento de negociación señalando que:

El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, ... (que) deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

...

La comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.

Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

...

Transcurrido el periodo de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo.

Dichas previsiones se completan con lo regulado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Por su parte el artículo 124.11 de la LRJS Legislación citada LRJS art. 124.11 establece que:

Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 Legislación citada ET art. 51.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores Legislación citada ET art. 51.7 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores., acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida.

La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores Legislación citada ET art. 51.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal Legislación citada ET art. 51.7 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 Legislación citada ET art. 123.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. y 3 del artículo 123 de esta ley Legislación citada ET art. 123.3 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores..

Quinto.

Sobre el cumplimiento de los requisitos formales en la negociación del despido.

Procede, a la vista de la normativa aplicable, realizar los juicios de formalidad, causalidad y antijuridicidad, para adoptar la decisión pertinente respecto a la calificación de la decisión extintiva :

Respecto al primero, siguiendo las previsiones del artículo 124.11 LRJS Legislación citada LRJS art. 124.11, conviene señalar que no ha existido -ni siquiera ha sido alegada- vulneración de derechos fundamentales ni libertades públicas y se ha realizado el periodo de consultas que prevé dicha norma con entrega de la documentación prevista por el ET y el RO 1483/2012, documentación que ha permitido a la RLT tener un conocimiento suficiente sobre las causas del despido y, por ello, han podido afrontar con plenitud de argumentos el periodo de consultas de cara a proponer alternativas a las propuestas empresariales.

Sexto.

Sobre la ausencia de buena fe en la negociación por parte de la empresa. ·

Resta por último analizar si -como alega la parte demandante- la empresa no ha negociado de buena fe, lo que llevaría a la declaración de nulidad del despido, sustentando su pretensión en que la demandada ha retenido hasta la última reunión del período de consultas la información relativa a la indemnización percibida de Airbnb por la rescisión de la contrata. A lo que ya se ha dicho arriba que la empresa (HDP 11°) explicó la finalidad del pago recibido que, por otra parte, deriva de las cláusulas contractuales entre ambas mercantiles para cumplir Airbnb con sus obligaciones contractuales durante los tres meses de preaviso de la extinción contractual, y que CPM dice utilizar para abonar los salarios y pagar el alquiler del centro de trabajo.

Al respecto conviene recordar la doctrina de nuestros Tribunales en: el sentido de que la buena fe exige que se formulen propuestas y contrapropuestas; que lo que la Ley impone a las partes es la obligación de negociar, no la de llegar a un acuerdo o la de negociar indefinidamente hasta alcanzarlo, cuando de los hechos aparece claro que el pacto resulta imposible; que si la empresa acredita que su capacidad productiva es muy superior a la demanda de bienes y servicios se justifica la extinción por causas productivas y no vulnera la buena fe comercial mantener su propuesta de despidos a lo largo de la negociación.

En todo caso, la alegación de la demandante -de la mala fe en las negociaciones puede entenderse por falta de aportación de la documentación reclamada y también por mala fe comercial. A tales planteamientos es aplicable la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2020, Recurso 36/2020 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 29-09-2020 (rec. 36/2020) cuando razona:

"SEXTO. 2.- En este motivo la parte está denunciando falta de aportación de la documentación reclamada -como manifestación de la mala fe en las negociaciones- y mala fe comercial.

Respecto a la falta de aportación de documentación, la STS de 27 de mayo de 2013, recurso 78/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 27-05-2013 (rec. 78/2012), establece:

"...que no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS Legislación citada LRJS art. 124, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada.

Y nos referimos a la "trascendencia" de la documental, porque entendemos que a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RO 801/11 y 4.2 RO 1483/12 [el empresario "deberá aportar"], así como del 124 LRJS Legislación citada LRJS art. 6.2 [se "declarará nula la decisión extintiva" cuando "no se haya respetado lo previsto" en el art. 51.2 ET Legislación citada ET art. 51.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores., conforme a la redacción del RO-Ley 3/2012; y cuando "el empresario no haya ... entregado la documentación prevista" en el art. 51.2 ET Legislación citada ET art. 51.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores., de acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 3/2012], de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor "ad solemnitatem", y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen "intrascendentes" a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden - a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET Legislación citada ET art. 51.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.]; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [art. 63.2 LRJyPAC] e incluso en la normativa procesal Legislación citada LRJS art. 63.2 [art. 207.c) LRJS Legislación citada LRJS art. 207.c].

En esta misma línea ya se movía la STS 20/03/13 [recurso 81/12], cuando afirmaba que "... la principal finalidad del precepto [art. 6 RO 801/2011] es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de 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, para que éste periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias..."

3.- La documentación reclamada por la recurrente -los resultados de la evaluación del desempeño y versatilidad- no solo no aparecen como documentación que necesariamente ha de aportar la empresa en los supuestos de despidos colectivos por causas económicas y organizativas, contemplados en el artículo 51. 2 ET Legislación citada ET art. 51.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. -criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido- y artículos 3, 4 y 5 del RO 1483/2012, de 29 de octubre, sino que no resultan trascendentes a los efectos que la norma persigue, a saber, proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas : art. 51.2 ET Legislación citada ET art. 51.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.. Ya hemos razonado anteriormente -fundamento de derecho cuarto- que en la impugnación del despido colectivo no cabe plantear cuestiones atinentes a la situación concreta de cada uno de los trabajadores afectados, como es la

pretendida con la prueba solicitada, que no es otra que conocer individualizadamente el resultado de la evaluación del desempeño y versatilidad de los trabajadores de la empresa. Como ya se ha razonado, en el caso de no respetar la empresa al proceder a la extinción de los contratos el resultado de la evaluación del desempeño y versatilidad, el trabajador afectado habría de impugnar individualmente la extinción producida. En consecuencia, no procede calificar la falta de entrega de esta documentación de mala fe negocial.

SÉPTIMO. 2.- Respecto al concepto de buena fe negocial hay que recordar lo razonado en la sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2014, recurso 74/2013:

"Como decíamos en nuestra sentencia del Pleno, de 27 de mayo de 2.013, (rec. 78/2012) a propósito de la "buena fe" negocial"...ciertamente ha de reconocerse que la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar:

a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: art. 1258 CC Legislación citada CC art. 1258) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET Legislación citada ET art. 89.1 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. ("ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe");

b) desde el momento en que el art. 51 ET Legislación citada ET art. 51 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. instrumenta la buena fe al objetivo de "la consecución de un acuerdo" y que el periodo de consultas "deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento", está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negocial".

Configurado de esta manera ese deber, habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones. En el presente caso, bastaría con analizar el contenido de las actas de las seis reuniones habidas para concluir, junto con el examen del contenido de la documentación remitida para la apertura del periodo de consultas para concluir que de todo ello en absoluto cabe desprender que ese proceso se haya llevado a cabo por la empresa con mala fe, con ocultación de datos relevantes o de información alguna"

En la Sala entendemos que no ha quedado acreditada la mala fe en la negociación por parte de la empresa, ni genéricamente, ni en concreto por no haber aportado desde el primer momento la explicación del destino del pago realizado por Airbnb, en la medida en que el mismo resulta ser la contraprestación dineraria de la prestación del servicio a ésta última, y por tanto debe ser encuadrado dentro de la normalidad y no, como parece pretender la demanda, de tratarse de una retribución extraordinaria.

Finalmente, consideramos necesario hacer una referencia, por mínima que sea, a la extensa alegación efectuada por la empresa demandada en relación a la sustitución de uno de los representantes de CGT en la comisión negociadora por haberse manifestado partidario de aceptar la última oferta empresarial (HDP 10º). Lo cierto es que, más allá del extenso reproche al sindicato demandante efectuado en la contestación a la demanda, ninguna pretensión jurídica se ha anudado a tal alegación, salvo destacar su aceptación de tal sustitución como un ejemplo de su buena fe negocial; por lo que la Sala no va a pronunciarse sobre el referido hecho, ni calificar tal decisión. Ello al margen de nuestra opinión sobre lo acaecido.

séptimo.

Sobre la causalidad del despido colectivo.

Finalmente, y como pretensión subsidiaria, postula se declare no ajustado a derecho el despido impugnado, por (1) no justificarse la concurrencia de las causas organizativa y productiva invocadas, (2) por no haber dado cumplimiento al art. 18 del Convenio Colectivo de Contact-Center a efectos de la recolocación del personal afectado en la plantilla de la empresa sucesora en la prestación de servicios y (3) por la manifiesta falta de proporcionalidad del despido.

La causa inmediata -y única. hasta donde ha quedado probado- del presente despido es la extinción unilateral del contrato de prestación de servicios por parte de Airbnb, según se notifica en la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo el 12-6-20, y se sustenta la misma en causas productivas y organizativas. Al respecto debemos recordar que es pacífica la doctrina que señala que la pérdida de una contrata es causa productiva cuando la empresa presta servicios para otra mercantil al ajustarse a la definición legal de que lo son los "cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado". En tal sentido se pronuncian numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, la de 16 de septiembre de 2009, y también la reciente de 3 de noviembre de 2020 RCUUD 1521/2018 Jurisprudencia citadas TS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 03-11-2020 (rec. 1521/2018), que dice:

"1. El único motivo del recurso achaca a la sentencia recurrida la infracción de los arts. 52 c Legislación citada ET art. 52.cReal Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.) y 51. 1 del Estatuto de los trabajadores (ET Legislación citada ET art. 51.1Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.).

2. Como se hace evidente, la cuestión del análisis de la razonabilidad de la medida extintiva del art. 52 c) ET Legislación citada ET art. 52.cReal Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. en relación con la pérdida de la contrata, en supuestos en que la empleadora mantiene la actividad a través de otras adjudicaciones, ha sido ya resuelta por esta Sala, no sólo en la sentencia de contraste, sino en otras ocasiones anteriores en las que se ha venido fijando una doctrina constante que debe ser reiterada una vez más para dar respuesta al presente litigio.

La sentencia recurrida se aparta claramente de esa jurisprudencia y acude a un mecanismo de análisis más propio de la calificación de la contratación temporal para obra o servicio vinculado a la contrata que la naturaleza y finalidad de la figura del despido por causas objetivas del art. 52 c) ET Legislación citada ET art. 52.cReal Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.. Este paralelismo ha sido rechazado ya por esta Sala en múltiples ocasiones.

3. Tanto bajo el régimen jurídico anterior a la modificación experimentada en esta materia tras el RDL 312012, como con posterioridad al mismo, hemos sostenido que la rescisión de una contrata puede tener virtualidad como causa productiva u organizativa del art. 52 c) ET Legislación citada ET art. 52.cReal Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. y ello porque, como indicábamos en la STS de 3 mayo 2016, la pérdida o disminución de encargos de actividad "significa una reducción del volumen de producción contratada" y "afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores".

También hemos matizado que es cierto que la mera pérdida de la contrata puede no resultar suficiente para concluir que siempre y en todo caso concurre causa justificativa para la extinción del contrato de trabajo. De ahí que, en relación con las causas organizativas o de producción, negáramos el efecto extintivo en el supuesto enjuiciado en la STS/4ª/Pleno de 29 noviembre 2010 -RCUD. 3876/2009Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 29-11-2010 (rec. 3876/2009)-, porque se daba la circunstancia de que la necesidad de amortizar el puesto de trabajo, que se presume ínsita en la decisión extintiva, se veía allí desvirtuada por el dato de que la empresa había cubierto a la vez otros puestos vacantes o de nueva creación, lo que excluía la razonabilidad de la medida. No negábamos pues que la doctrina de la Sala se mantenía incólume y así lo hemos ratificado con posterioridad.

En suma, no concurriendo circunstancias de análoga índole, ni constando siquiera que hubiera vacantes adecuadas, hemos reiterado que la pérdida de uno de los clientes supone un descenso o alteración de las necesidades de la empresa, al que cabe hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende.

4. Por último, también nos hemos pronunciado sobre la cuestión de la exigencia de que la empresa hubiere de recolocar necesariamente a los trabajadores afectados, siendo igualmente constante la tesis jurisprudencial que niega tal obligación por no desprenderse la misma de lo dispuesto en el art. 52 c) ET Legislación citada ET art. 52.cReal Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.. Por ello, el que en la empresa pudieran existir otros puestos análogos no desdice el hecho de que la situación con afectación en la actividad empresarial viene ocasionada por causa ajena a su voluntad, teniendo, por tanto, una naturaleza objetiva a la que la ley reconoce como justificación para la extinción contractual. Así lo expresamos en la sentencia que se ofrece como referencial, en la que se recogen numerosos antecedentes de esta Sala.

La aplicación de dicha doctrina al presente caso nos lleva a la conclusión de que la empresa tenía causa productiva, en los términos previstos por el artículo 51 ET Legislación citada ET art. 51Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores., para sustentar la extinción de los contratos en causa productiva. Dado que la causa alegada ha quedado probada y supone la pérdida de capacidad de empleo de las personas afectadas por el despido colectivo -en la medida en que se trata de las que estaban adscritas al cumplimiento del contrato mercantil con Airbnb- existe causa adecuada a la norma jurídica (1) para tomar la decisión discutida y además ésta resulta (3) adecuada y proporcional a la situación existente.

En cuanto a la alegación (2) de la demandante de que CPM no ha dado cumplimiento al art. 18 del Convenio Colectivo de Contact-Center a efectos de la recolocación del personal afectado en la plantilla de la empresa sucesora en la prestación de servicios, en el HDP 6º ha quedado determinada la actuación de la demandada a ese respecto, sin que se haya propuesto ninguna otra actuación a lo largo de las negociaciones, ni resulte fácil exigir a Airbnb que informe de lo solicitado a los efectos de cumplir la previsión convencional.

Octavo.

Calificación. de la decisión extintiva.

A la vista de los razonado y teniendo en cuenta las previsiones del artículo 124.11 LRJS Legislación citada LRJS art. 124.11 debemos concluir que la decisión extintiva es ajustada a derecho por cuanto la demandada ha cumplido lo previsto en los artículos 51.2 ET Legislación citada ET art. 51.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. y ha quedado acreditada la concurrencia de la causa legal esgrimida para tomar tal decisión.

No cabe pronunciamiento en costas por no imponerlas la ley en la instancia salvo en supuestos especiales (art. 97.3 LRJS Legislación citada LRJS art. 97.3), que no se dan en el caso de autos.

La presente resolución es recurrible en casación ordinaria conforme al art. 124.9 LRJS Legislación citada LRJS art. 124.9.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimamos la demanda interpuesta por la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra CPM INTERNATIONAL TELEBUSINESS SLU, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES y COMISIONS OBRERES DE CATALUNYA, y declaramos ajustada a derecho la decisión de la empresa demandada, comunicada el 12 de junio de 2020, relativa a la extinción de 924 contratos de trabajo al amparo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores Legislación citada ET art. 51 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado, Graduado Social colegiado o representante y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 208 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Legislación citada LRJS art. 208.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Legislación citada LRJS art. 229.4, depositará al preparar el Recurso de Casación, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Legislación citada LRJS art. 230, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF

o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial. Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

que formula el *Magistrado Joan Agustí Maragall* a la sentencia dictada en las presentes actuaciones, D 50/20.

De conformidad al art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Legislación citada LOPJ art. 260, formulo voto particular a la sentencia dictada en las presentes actuaciones para sostener la posición que propuse en la ponencia inicial y que mantuve en la deliberación.

Con el máximo respeto al criterio de la mayoría, manifiesto mi discrepancia respecto a la resolución de fondo que, en mi opinión, debería haber sido estimatoria de la demanda, ya sea respecto a la petición principal, la declaración de nulidad del despido colectivo, ya fuera declarando el mismo no ajustado de derecho.

Estoy plenamente conforme con la declaración de hechos probados (la misma de la ponencia inicial) y con los dos primeros fundamentos jurídicos, relativos a la valoración de la prueba y en la fijación del objeto de debate, que no es otro que resolver si resulta aplicable a la situación analizada el art. 2 del RDL 9/2020, en relación a los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, y -en tal caso- que consecuencias de derivarían de su aplicación en orden a la calificación del despido (según se entienda aquel precepto como una prohibición de despido ó una restricción a la justificación causal del mismo).

En el tercer fundamento jurídico es donde nace mi discrepancia, cuando la sentencia de la mayoría -después de recordar el tenor literal del art. 22 del RDL 8/2020- resalta que el mismo sólo será aplicable "a aquellos supuestos que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID- 19"- y concluye "que la causa que sustenta la decisión de despido colectivo no tiene por causa directa la pérdida de actividad por consecuencia del COVID-19, sino que la causa directa es la resolución del contrato de prestación de servicios mercantiles a la mercantil Airbnb, notificada el 10 de abril de 2020."

La posición que mantuve en mi propuesta de ponencia, y que mantengo ahora es que, sentado que la causa de la rescisión de la contrata por parte de Airbnb ha sido el Covid-19 (lo cual admite, ni que sea como "causa última y mediata", la sentencia de la mayoría, en su tercer fundamento jurídico), y que dicha rescisión es el fundamento de las causas productivas y organizativas invocadas por CPM para justificar el despido colectivo, resulta obvio y manifiesto concluir que dichas causas está "relacionadas con el COVID-19" (en la dicción literal del art. 23 RDL 8/20), conclusión que -por consiguiente- determinaba la aplicación de las medidas de flexibilidad temporal.

Adviértase, pues, que mientras la sentencia de la mayoría justifica la inaplicabilidad del art. 2 del RDL 9/2020 en el art. 22 del RDL 8/2020, referido a situaciones de fuerza mayor "causadas directamente" por el Covid-19, mi convicción respecto a la plena aplicabilidad de dicho precepto se fundamenta en el art. 23 de la misma norma, relativo a causas objetivas "relacionadas con el Covid-19".

Expongo a continuación las razones que me han llevado a tal conclusión, para lo cual resulta inexcusable empezar recordando el marco normativo concernido.

I.- Finalidad y ámbito de aplicación del art. 2 del RDL 9/2020, en relación a los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020.

1.- El precepto determinante en la resolución del pleito es, incontrovertidamente, el art. 2 del RDL 9/2020 que, bajo el título "Medidas extraordinarias para la protección del empleo", dispone lo siguiente:

Artículo 2."La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido."

Para interpretar el alcance de dicha norma resulta obligado reproducir los dos preceptos a los que se remite, los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, ni que sea en la parte inicial de ambos, que describen las situaciones "en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada " y que, por consiguiente, hay que entender afectadas -también- por el referido art. 2 del RDL 9/2020:

Artículo 22. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor:.

1. Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor,

con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores Legislación citada TRLET art. 47 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores., aprobado por el Real Decreto Legislativo 21/2015, de 23 de octubre.

Artículo 23. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.

1. En los supuestos que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, se aplicarán las siguientes especialidades, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes.....

Para la adecuada interpretación de tres preceptos y resolver sobre su aplicabilidad a la situación objeto del presente pleito, deviene de obligada lectura los preámbulos de los RDL 8 y 9/2020, de los que se reproducen los párrafos más relevantes.

Así, el apartado primero del preámbulo del RDL 8/2020:

"En concreto, las medidas adoptadas en este real decreto-ley están orientadas a un triple objetivo. Primero, reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; segundo, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y tercero, reforzar la lucha contra la enfermedad.

En efecto, más allá de las medidas específicas de apoyo a los ciudadanos y familias afectadas por la presente situación excepcional, es preciso adoptar medidas que proporcionen la necesaria flexibilidad para el ajuste temporal de las empresas con el fin de favorecer el mantenimiento del empleo y reforzar la protección de los trabajadores directamente afectados.

En las próximas semanas muchas empresas se van a enfrentar a importantes tensiones de liquidez derivadas de una caída de sus ventas, procedentes tanto de una menor demanda como de la interrupción de la producción, por ejemplo, por falta de suministros o por rescisión de determinados contratos. Se hace por tanto indispensable adoptar determinadas medidas para reforzar la liquidez del tejido productivo y evitar la salida del mercado de empresas solventes afectadas negativamente por esta situación transitoria y excepcional."

Me permito subrayar que ya la exposición de motivos contempla, como una de las situaciones a proteger con las medidas excepcionales que regula en los artículos 22 y 23 es, precisamente, la rescisión de contratos por causa del Covid-19.

Y, ya más adelante, en el apartado tercero, se expone con toda claridad que "Las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTEs) persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo", añadiendo a continuación que "a la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos."

2.- Pasando ya al preámbulo del RO 9/2020, en su apartado segundo, se reitera que "se establecieron medidas extraordinarias y excepcionales en el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo". Y el siguiente párrafo aún es más preciso:

" En este sentido, y no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual."

3.- De la lectura de los preceptos concernidos, a la luz de los párrafos reproducidos de ambos preámbulos, surge la duda -que debiera abordarse sólo en el caso de considerarse de aplicación al presente caso- respecto a si el art. 2 del RDL 9/2020 está estableciendo, de facto y aún sin explicitarse, una prohibición de despido en razón del carácter excepcional del estado de alarma (que en aquel momento se preveía "coyuntural"), o fija un objetivo, "evitar despidos", mediante la potenciación de los ERTE y la restricción en la justificación causal de los despidos objetivos que se produzcan durante la situación excepcional de emergencia en las situaciones contempladas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/20.

Pero, previamente a pronunciarnos sobre tal cuestión, corresponde hacerlo sobre si tal precepto, el art. 2 del RDL 9/20, ya introduzca una restricción en la justificación causal o una prohibición de despido (con la lógica consecuencia que ello comporte en la calificación del despido), al remitirse a los arts. 22 y 23 del previo RDL 8/20, lo hace respecto a las "situaciones" que amparan los mismos (en las pueden implementarse las medidas de flexibilidad interna especialmente potenciadas) o solamente respecto a las empresas que, en tales "situaciones", hayan ejercido previa y efectivamente dichas medidas de "flexibilidad interna. Tal duda no se ha suscitado en el

pleito, ni tan siquiera por la demandada, tampoco en la sentencia de la mayoría, pero sí en algún sector doctrinal, que se ha inclinado por la segunda de las opciones interpretativas, la más restrictiva.

Considero, fuera de toda duda, que en modo alguno puede entenderse que la medida extraordinaria que se establece para proteger el empleo (prohibición del despido o restricción en su justificación causal) se condicione a que previamente se hayan hecho uso de las medidas de flexibilidad interna, interpretación que - además resultaría manifiestamente contraria a la finalidad de una norma que, precisamente, pretende que se utilicen las excepcionales medidas de flexibilidad interna frente a la facultad extintiva. En efecto, si tal medida se entendiera constreñida a las empresas que previamente han aplicado medidas de flexibilidad interna, al margen que ello debía haberse explicitado en la norma, podría provocarse un efecto contrario al pretendido al prohibir o restringir la facultad extintiva - con una mayor exigencia en la justificación causal- a quien, atendiendo a la voluntad del legislador, en primer lugar ha recurrido a aquellas medidas.

Además, el posible despido de los trabajadores/as previamente afectados por los ERTES extraordinarios regulados en los arts. 22 y 23 ya es objeto de la específica "cláusula de salvaguarda del empleo" contemplada en la disposición adicional 6ª del mismo RDL 8/2020, en razón de la cual la exoneración de cotización de los mismos se condicionan "al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, compromiso que -según el apartado segundo de dicha norma- "se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes."

Por ello, entiendo que debe concluirse -sin ninguna duda- que el art. 2 del RDL 9/20 (por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19) como "medida extraordinaria para protección del empleo", al remitirse a los arts. 22 y 23 del previo RDL 8/20, al que "complementa" como indica su título, lo hace respecto a las "situaciones" que amparan los mismos (en las pueden implementarse las medidas de flexibilidad interna, especialmente potenciadas), "con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 812020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual."

Lo que pretendía el legislador mediante la promulgación de los RDL 8 y 9/2020, en marzo del presente año, momento inicial de la emergencia, era -en definitiva potenciar las medidas de flexibilización y penalizar las extintivas, ante una grave crisis que -en aquel momento- se entendía mucho más "coyuntural" que en el momento actual.

La interpretación de la finalidad y ámbito de aplicación del art. 2. Del RDL 9/2020 y la determinación de si resulta aplicable al presente caso deben enmarcarse, por consiguiente, en aquel momento temporal, por cuanto -a la postre- el despido colectivo se decide por la empresa demandada recién comunicada la rescisión de la contrata, el 10 de abril, cuando la perspectiva temporal de la crisis sanitaria causada por el Covid -19 era, como reiteran ambos preámbulos analizados, "coyuntural", mientras que dicha perspectiva temporal en el momento de dictarse la sentencia, 9 meses después, ha cambiado notablemente y que ello puede haber influido en la decisión de la mayoría.

II.- Aplicación del art. 2 del RDL 9/2020 al despido impugnado.

1.- Establecido el ámbito de aplicación del art. 2 del RDL 9/2020, procede dirimir a continuación si la situación analizada en el presente pleito debe quedar comprendida en el mismo como sostiene no sólo el sindicato demandante, CGT, sino también la codemandada UGT, para postular la nulidad del despido, en el primer caso, y el carácter no ajustado a derecho, en el segundo.

La demandada ha reiterado hasta la saciedad que la causa del despido colectivo "no está relacionada" con el Covid-19 (lo que determinaría la inaplicación ex. art. 23 RDL 9/2020), afirmando -en el escrito final de conclusiones- que ninguna de las pruebas practicadas en el acto de juicio acreditó que la rescisión contractual operada por Airbnb guardara relación con la crisis sanitaria derivada del Covid-19.

En mi opinión, tal como defendí en mi propuesta de ponencia, la cuestión debía plantearse a la inversa: siendo un hecho público y notorio que la actividad turística, en España (como en gran parte del mundo), quedó paralizada a mediados de marzo con motivo del estado de alarma, originando la cancelación de todos los viajes y estancias de carácter turístico y la paralización de nuevas reservas, correspondía a la demandada -que disponía de medios para hacerlo, llegado el caso- acreditar que la rescisión de la contrata "ante tempus" por parte de Airbnb se hubiera producido en todo caso, aún de no concurrir la crisis del Covid 19.

Pero nada de ello se alegó, ni menos se acreditó, en el acto del juicio: tanto la contestación a la demanda como la intervención del perito en la ratificación de su informe, invocaron exclusivamente la libertad de Airbnb de poder rescindir "por libre conveniencia" el contrato, sin aportar una mínima explicación lógica de tal decisión que permita desvincularla de la situación generada por el Covid 19. Era la propia CPM quien, en su intento de desvincular la "causa" del despido del Covid 19 venía obligada a justificar la razón de tal rescisión y -en todo caso y en orden a la garantía del art. 18 del Convenio Colectivo- a identificar los supuestos proveedores que la sucedieron en la prestación de dichos servicios.

Por el contrario, y en todo caso, a la vista de los hechos declarados probados, sobran las razones para concluir que la rescisión de la contrata sólo pudo responder a la crisis del Covid 19:

- Es un hecho público y notorio, y en todo caso documentado mediante la aportación de información económica que no ha sido controvertida, que la crisis sanitaria del Covid 19, la declaración del estado de alarma y la medidas de restricción en la movilidad y en el alojamiento turístico comportaron para Airbnb, ya desde los primeros meses del año 2020, la cancelación de gran parte de las reservas ya concertadas y la paralización de nuevas reservas (docs. nº 34-36 actor).

-No consta ningún aviso, advertencia o queja respecto a la prestación de servicios por CPM, previamente al 10 de abril, que sugiera que la sorpresiva rescisión del contrato de servicios obedeció a causa distinta al Covid 19.

-Por el contrario, se recoge en el hecho probado 17º que, antes del 10 de abril (cuando notifica la rescisión de la contrata), Airbnb había manifestado su satisfacción a CPM por su "capacidad de implementar, de manera rápida y profesional, un sistema de trabajo desde casa". Y la propia demandada ha señalado que, como empresa de contact-center, ha sido pionera en alcanzar acuerdos de tele-trabajo para afrontar la nueva situación generada por la pandemia y las restricciones de movilidad. No parece, por consiguiente, que la sorpresiva rescisión contractual por parte de Airbnb responde a una "razón técnica" ajena a la crisis del Covid, como sostiene CPM, cuando Airbnb, en la fase inicial de la crisis, antes del 10 de abril, valoró positivamente la adaptación de CPM -mediante la implantación del tele-trabajo- a la crisis. Y, en todo caso, tal hipotética "razón técnica" no se ha acreditado.

-Por otra parte, la falta de respuesta por parte de Airbnb a los requerimientos de CPM para la identificación de la posible empresa sucesora en la prestación de los servicios objeto de la contrata rescindida, a efectos de lo dispuesto en el art. 18 Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. del convenio colectivo del sector de contact-center (que prevé la incorporación de todo el personal afectado al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla, a efectos que un mínimo del 90% fueran contratados por la entrante) y la propia pasividad de CPM -ante tal falta de respuesta- en dicha identificación, permiten inferir como explicación más plausible que no se produjo tal sucesión en la prestación de dichos servicios sino la supresión de los mismos, como lógica consecuencia de la paralización de la actividad de la propia Airbnb por causa del Covid 19.

-Finalmente, el "informe técnico" aportado por la demandada, principal elemento esgrimido por CPM para desvincular la rescisión de la contrata del Covid 19, lejos de propiciar tal la convicción ha generado el efecto contrario, tanto por el carácter. predeterminante del encargo al que da respuesta (en los términos reproducidos en el hecho probado 14º), como por el hecho de centrar su análisis y fundamentar su conclusión -como única causa del despido colectivo- en el dato meramente "formal" de la rescisión del contrato por parte de Airbnb, desvinculándolo forzosamente de la crisis sanitaria originada por el Covid-19, la declaración de Estado de Alarma y la subsiguiente paralización de la actividad turística. También resta credibilidad a dicho informe el reconocimiento, por parte del perito emisor, que no había contactado Airbnb para aclarar la causa de dicha rescisión que, ello no obstante, previamente había concluido que era "irreversible". En el mismo sentido, la reiterada afirmación del perito y de la defensa letrada de CPM conforme el COVID no ha afectado a CPM se desmiente en base a los propios datos del informe, que denotan -según se ha razonado anteriormente- que también estos cuatro clientes "principales" habían reducido notablemente los servicios contratados o incluso habían cancelado alguna de las campañas habituales.

En todo caso, dicho informe no desvirtúa -como única explicación plausible- que Airbnb, ante la práctica paralización de toda su actividad de intermediación en alojamientos turísticos por causa del Covid 19, optó por prescindir de uno de sus proveedores que, precisamente, prestaba dichos servicios. No pudo existir otra razón y si la hubiere, correspondía a CPM haberla invocado y acreditado.

La sentencia de la mayoría parece asumir también esta conclusión de la ponencia inicial cuando, en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico tercero, afirma que "Es cierto que no resulta difícil imaginar que la causa última de la extinción resolución del contrato mercantil por parte de Airbnb es la caída de la actividad turística internacional y, dentro de ella, la práctica desaparición de las contrataciones objeto la actividad de dicha mercantil.". Pero, ello no obstante, añade a continuación que "ello de ninguna manera empecé la conclusión de que la disminución de la actividad para la empresa demandada está originada por la resolución del contrato mercantil y que " cuando podamos plantearnos que la causa última y mediata es la COVID-19, lo cierto es que la causa directa es la resolución del contrato mercantil de prestación de servicios en el que se sustentan las relaciones laborales entre la demandada CPM y el personal laboral que presta servicios para ella.

2.- Consciente de esta evidente e insoslayable relación entre la rescisión de la contrata y el COVID-19, la demandada CPM ha alegado, con carácter subsidiario, que -aun admitiendo que el Covid-19 fue la causa real de la rescisión de la contrata- tal nexo causal no se transmitiría a CPM como empresa dedicada al telemarketing y, por consiguiente, no determinaría la aplicación del art. 2 del RDL 9/2020. Invocó, también, el consolidado criterio jurisprudencial conforme la rescisión de una contrata puede constituir causa productiva u organizativa suficiente para validar la procedencia de un despido colectivo.

Pero el denodado esfuerzo de la defensa letrada de CPM, e incluso del perito emisor del "informe técnico", en sostener que "el Covid 19 no ha afectado en modo alguno a la actividad de CPM" choca ante la evidencia de la situación y de la cronología de los hechos, que ni tan siquiera un informe tan predeterminado en su objetivo (como se explicita en su apartado 2º, al "hacer supuesto de la cuestión") consigue ocultar.

En primer lugar por cuanto, siendo manifiesto -según se ha razonado anteriormente- que la causa de la rescisión de la contrata con Airbnb fue el Covid 19, constituye una auténtica falacia negar que la situación objetiva de sobrante de personal en la que se encontró CPM no respondió al Covid 19. Más allá del aforismo conforme "la causa de la causa es la causa del mal causado", es manifiesto -a la vista de la declaración de hecho probados- tal nexo causal, como ya se ha razonado.

Es más, como ya he señalado anteriormente, el propio legislador de emergencia, en la exposición de motivos del RDL 8/2020, identifica explícitamente la "rescisión de determinados contratos" como una de las situaciones que hay que proteger con las "medidas excepcionales" que acuerda (potenciando los ERTES, penalizando los despidos):

"En las próximas semanas muchas empresas se van a enfrentar a importantes tensiones de liquidez derivadas de una caída de sus ventas, procedentes tanto de una menor demanda como de la interrupción de la producción, por ejemplo, por falta de suministros o por Se hace por tanto indispensable adoptar determinadas medidas para reforzar la liquidez del tejido productivo y evitar la salida del mercado de empresas solventes afectadas negativamente por esta situación transitoria y excepcional."

Frente a tan clara determinación del legislador, en contra de lo que sostiene la demandada, el consolidado criterio jurisprudencial (STS 7.6.07, 8.7.11, 20.12.17, entre otras) conforme la pérdida de una campaña por parte de una empresa de contact-center pueda justificar -según las circunstancias del caso- la calificación como procedente de un despido colectivo no puede constituir obstáculo a la aplicación, también en estos casos, de la "medidas extraordinaria para la protección del empleo" como es el art. 2 del RDL 9/2020, esto es, que "La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 812020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido."

Sentado que la causa de la rescisión de la contrata por parte de Airbnb ha sido el Covid-19, y que dicha rescisión es el hecho fundamental, prácticamente único, que fundamenta las causas productivas y organizativas invocadas por CPM para justificar el despido colectivo, resulta obvio y manifiesto concluir que dichas causas está "relacionadas con el COVID-19" (en la dicción literal del art. 23 RDL 8/20), conclusión que -por consiguiente- determinaba la aplicación de las medidas de flexibilidad temporal.

Nada, ni en el tenor literal de estas "medidas extraordinarias" (arts. 22 y 23 RDL 8/20 y 2 art. 9/20) ni en el preámbulo que justifica su promulgación, avala la tesis de la empresa demandada que, a la postre, comportaría nada menos que excluir a todos los trabajadores/as adscritos a contrata o subcontratas de tal protección extraordinaria que se establece en dichos preceptos en la situación de emergencia. El incuestionable factor de precarización que supone que la estabilidad de su relación laboral esté condicionada a la de la propia contrata, en absoluto puede justificar la exclusión de tal medida extraordinaria en el contexto excepcional generado por la pandemia, ya que ello chocaría frontalmente con la finalidad y la letra de una normativa "de emergencia" promulgada en defensa del empleo (y validada posteriormente por los agentes sociales en tres versiones sucesivas del "Acuerdo Social en Defensa del Empleo").

3.- Pero, además y en tercer lugar, el referido informe, a pesar de su manifiesta tendenciosidad (en razón del carácter predeterminado del encargo), no ha podido ocultar que también el Covid 19 ha comportado una reducción en la carga de trabajo encargada por los restantes "clientes principales". Esto es, que el Covid 19 le ha impactado no sólo por causa de la rescisión de la contrata por parte de Airbnb, sino también en el resto de "clientes principales".

Así, cuando en el apartado 5.1.2 intenta justificar porque los "tres principales clientes después de Airbnb, la Dirección de la Sociedad no prevé que sean capaces de generar nuevo negocio suficiente durante 2020 como para poder absorber empleados de Airbnb", debe explicar que " El Cliente 1 recibe servicios de soporte y ventas para atender a Jos clientes .que compran sus productos ...actualmente este está experimentando una reducción significativa de sus ventas en el canal retail que están afectando a su modelo de negocio"; que el "El Cliente 2, redujo sus necesidades de teleoperadores de 120 en septiembre de 2019 hasta menos de 30 en la actualidad debido a complicaciones a nivel de modelo de negocio, tal y como muestran las cifras del primer trimestre de 2020 (-38% respecto a 2019)" añadiendo que "El contrato con dicho cliente vence en agosto 2020 y todavía no se tiene visibilidad sobre su posible renovación"; que "El Cliente 3, ligado al sector hotelero, ha experimentado una reducción en volúmenes de llamadas durante los últimos 12 meses debido la evolución de su modelo de negocio"; y, finalmente, que "La Dirección no espera que dichos volúmenes se recuperen durante el ejercicio 2020." para concluir que "el Cliente 6 ha cancelado todas sus campañas de marketing que normalmente tienen Jugar entre marzo y julio, resultando en una reducción del número de llamadas salientes para la Sociedad."

Esto es -según recoge la declaración de hechos probados en base al "informe técnico"- todos los clientes principales de CPM, y no sólo Airbnb, se vieron afectados por la práctica paralización de la actividad en la mayoría de los sectores productivos y de servicios de la sociedad, y ello se ha traducido o en la reducción del número de teleoperadores o, directamente, en la cancelación de campañas habituales, lo cual ha imposibilitado -según el propio informe- la recolocación interna de los trabajadores/as despedidos

Entiendo, por ello, que no sólo la rescisión del contrato de servicios por parte de Airbnb, causa primaria del despido impugnado, sí respondió al Covid-19 sino que, además y al margen de dicha pérdida de actividad, el Covid-

19 también ha impactado directamente a CPM respecto al resto de clientes principales, coadyuvando a la conformación de la causa productiva invocada por la demandada .

Ha razonado la demandada, fundándose en el informe técnico, que la rescisión de la contrata, en los términos que fue formulada y por su dimensión, al afectar a la mitad de la plantilla, no podía considerarse "coyuntural" sino "estructural" y que, por consiguiente, justificaba plenamente la decisión extintiva. Pero tal valoración resulta - como mínimo- precipitada en el momento en que se decidió el despido colectivo, a mediados de abril, recién rescindida la contrata, cuando se encargó el informe técnico para justificar el despido y no para analizar si era la única o mejor opción, sin conocer las razones de dicha rescisión, ni la expectativa de una nueva contratación, o las posibilidades de recuperación, confirmadas en parte por la contratación de 300 trabajadores/as en los meses posteriores al despido.

Pero, ello al margen, lo determinante es que no cabía efectuar la valoración sobre el carácter "coyuntural" o "estructural" de la situación. La virtualidad del art. 2 del RDL 9/2020 en relación a los arts. 22 y 23 RDL 8/2020 es, precisamente y en atención a su literalidad y finalidad, es que no caben excepciones al mandato de la norma ni, por consiguiente, efectuar tal valoración, ya que -sencillamente- cuando una empresa como la demandada se encontró en una situación. De causa ETOP relacionada con el COVID, no podía proceder al despido colectivo y sí a medidas de flexibilidad interna. Tal conclusión se infiere, sin duda alguna, del siguiente párrafo del apartado segundo del preámbulo del RO 9/20 se explica que "se establecieron medidas extraordinarias y excepcionales en el Real Decreto- ley 8/2020, de 17 de marzo, con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo" . Y el siguiente párrafo aún es más preciso:

" En este sentido, y no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que, las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual."

Por consiguiente, no cabía -justo después de conocer la rescisión de la contrata por Airbnb- entrar a valorar el carácter "coyuntural" o "estructural" de la situación, sino que -al estar la misma "relacionada" con el Covid- el legislador ya la valora como una "situación coyuntural" y, por consiguiente, lo que procedía es implementar las medidas de flexibilidad interna establecidas en el art. 23 ROL. Y también por esta razón, que la sentencia de la mayoría ha ignorado, sí resultaba de plena aplicación a la situación analizada la "medida extraordinaria" que comporta el art. 2 del RDL 9/2020 al despido impugnado.

4.- A modo de recapitulación de las razones de mi discrepancia :

El error de base de la sentencia de la mayoría, en mi opinión y con el máximo respeto al criterio de mis compañeros, radica en · que la situación de hecho objeto del pleito no es un supuesto de "fuerza mayor" contemplado en el art. 22 del RDL 8/2020, respecto del cual pueda exigirse -como hace la sentencia de la mayoría en orden a dirimir la aplicación del art. 2 del RDL 9/2020- "que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19", sino un supuesto de "causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19" (causas ETOP) de los amparados en el art. 23 del referido RDL 8/2020.

En efecto y como ya he razonado, basta la lectura íntegra del art. 22 del RDL 8/2020 para concluir que la situación generada por la rescisión de la contrata de Airbnb no es uno de los supuestos de fuerza mayor contemplados en dicho precepto. Por el contrario, sostengo que la situación objeto del presente pleito sí es plenamente incardinable en el art. 23 del RDL 8/2020, al resultar incuestionable, por las razones ya expuestas anteriormente, que las causas productivas y organizativas que fundamentan el despido colectivo, sí están claramente "relacionadas con el COVID-19". Y ello no solo por ser el Covid 19 la causa de la rescisión de la contrata de Airbnb, sino por cuanto también ha provocado la reducción o incluso cancelación de otras contratas.

Por ello, en mi opinión y discrepando del criterio de la mayoría, la sentencia debió haber entendido de plena aplicación al presente caso el art. 2 del RDL 9/2020 y, por consiguiente, al haber decidido unilateralmente la empresa demandada un despido colectivo cuando debió haber implementado, por mandato de aquella norma, medidas de flexibilidad interna, procedía la estimación de la demanda y entrar a resolver si tal despido debía ser calificado como nulo o no ajustado a derecho.

Me permito, en este punto, insistir -nuevamente- en la necesidad de enmarcar la adecuada interpretación de las normas concernidas y su aplicación al presente caso en plena primera "ola" de la pandemia, en un contexto de máxima gravedad de la pandemia pero -a la vez- con una expectativa de "coyunturalidad" que, lamentablemente, no se ha confirmado.

Por ello, nuestra valoración del carácter "coyuntural" o "estructural" de las causas productivas y organizativas invocadas, cuestión en la que tanto ha incidido la defensa de la demandada, debió situarse a mediados de abril del presente año, cuando la demandada decide el despido colectivo o, a lo sumo, a primeros de junio, cuando lo ejecuta, y no seis meses más tarde, cuando se dicta la presente sentencia.

En aquel momento inicial había la expectativa de que la crisis, a pesar de su máxima gravedad, podía ser mucho más corta en el tiempo, y esta expectativa de coyunturalidad obligaba -por mandato legal- a la implementación de las medidas extraordinarias de contención del empleo, en lugar de adoptar directamente medidas de destrucción del mismo. Y entiendo que, probablemente, el criterio de la mayoría no ha tenido en cuenta este factor temporal y ha formado su convicción sobre la procedencia del despido impugnado desde el actual contexto temporal que, desgraciadamente, ha perdido el carácter coyuntural inicial.

III.- Sobre la calificación del despido colectivo impugnado, caso de haber sido estimada la demanda.

1.- De haberse asumido la plena aplicación a la situación analizada de la "medida extraordinaria"; establecida en el art. 2 del RDL 9/2020 al despido impugnado, como propuse y mantengo, ello habría comportado que la causa organizativa y productiva invocada, que en la situación "ordinaria" previa a la entrada en vigor de dicho precepto hubieran podido justificar la procedencia del despido impugnado, "no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido". Y que, por consiguiente, no resultara de aplicación el criterio jurisprudencial conforme la rescisión de determinadas contrataciones pueden constituir causa productiva objetiva suficiente para justificar despidos colectivos como el analizado, tal como ha entendido la sentencia de la mayoría.

Ello habría comportado, descartada la procedencia del despido, entrar a resolver la cuestión apuntada anteriormente: si el art. 9 del RDL 2020 establece, de facto y aún sin explicitarse, una prohibición de despido en razón del carácter excepcional del estado de alarma (que en aquel momento se preveía de menor duración), o se limita a fijar un objetivo, "evitar despidos", mediante la potenciación de los ERTE y la restricción en la justificación causal de los despidos objetivos que se produzcan durante la situación excepcional de emergencia en las situaciones contempladas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/20.

Considero, con la mayoría de la doctrina científica que se ha pronunciado al respecto, que hay más razones para la segunda interpretación: las medidas de flexibilidad interna se refuerzan, agilizan y favorecen al máximo, pero no se imponen como única y obligada medida para afrontar la repercusión en el empleo de la crisis sanitaria (como podía haberse hecho con la simple prohibición del despido o restricción al máximo de la facultad extintiva, con las lógicas excepciones). Las facultades extintivas se mantienen explícitamente vigentes, si bien se advierte -al empresario, pero también al órgano judicial que deba calificar las mismas- que en aquellas situaciones vinculadas al Covid-19 que podían justificar la aplicación de las excepcionales medidas de flexibilidad interna (especialmente reforzadas y agilizadas), si se opta -ello no obstante- por utilizar la facultad extintiva, la misma se entenderá "injustificada". Se trata, en definitiva, de una restricción en la justificación de la causalidad.

La voluntad del legislador, en definitiva, en el momento de promulgación de la norma, cuando la crisis sanitaria se antojaba "coyuntural" y de menor duración, está claramente explicitado en los preámbulos de ambos RDL 8 y 9/2020: disuadir a las empresas que se encontraron en las situaciones recogidas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 de utilizar la facultad extintiva y derivarlas hacia la flexibilidad interna.

Por ello, si en aquel momento inicial de la crisis, en lugar de hacer uso de las medidas temporales se ejerció la facultad extintiva -que no quedó prohibida, dada la "vigencia" afirmada en el preámbulo- la misma deberá considerarse, por mandato legal, injustificada (en los términos literales de calificación judicial del despido colectivo, imprecendente en las del despido objetivo individual). Lo que se declara injustificado, en definitiva, es despedir -medida traumática que destruye empleo frente a la opción de- utilizar tales medidas de flexibilidad interna (reforzadas y favorecidas por el legislador) para evitar tal destrucción.

Bien podría resumirse la opción del legislador en el sentido que, en las situaciones de fuerza mayor y causas ETOP vinculadas al Covid-19, y en orden a la preservación del empleo durante el estado de alarma (que en marzo del presente año se antojaba más breve en el tiempo), en vez de optar por la prohibición del despido "ex ante", optó por su calificación como no ajustada a derecho "ex post".

2.- Ello no obstante, la anterior conclusión no debiera determinar, por sí sola y en mi opinión, la de estimación de la pretensión principal del sindicato demandante, la declaración de nulidad del despido colectivo. Como ya se ha razonado, aun interpretando que el precepto analizado -el art. 2 RDL 9/2020- no establece una prohibición de despido sino una limitación en la justificación causal del mismo, ello descartaría exclusivamente la nulidad ex art. 6.3 CC Legislación citada CC art. 6.3, pero no la invocada por el sindicato demandante, la nulidad por fraude de ley ex art. 6.4 de Legislación citada CE art. 6.4, al entender que la actuación de la demandada se orientó ya de entrada hacia el despido colectivo, "aprovechando" (en los términos utilizados en la demanda, página 4) la rescisión de contrata a tal fin, en lugar de implementar las medidas de flexibilidad interna, especialmente agilizadas, reforzadas y bonificadas (con la exoneración de cotización).

Ha abundado en tal sentido la defensa letrada de la UGT, en su escrito final de conclusiones, al razonar extensamente que con tal decisión se ha frustrado la expectativa de mantenimiento del empleo no sólo ante una posible recuperación del mercado, sino en orden al mecanismo de recolocación establecido en el art. 18 del convenio colectivo, ante la probable sucesión en la prestación de servicios por parte de otra empresa, que en mayo no se habría producido -por causa de la paralización de toda la actividad turística y la innecesariedad de los servicios- pero que sí puede acontecer con la recuperación del mercado.

En efecto, de haberse implementado tales medidas (que -de entrada- ningún coste tenían para la empresa en razón de la exoneración de cotizaciones) no sólo se habría posibilitado un periodo de espera para que se

produjera -como se ha producido, ni que sea parcialmente... la recuperación del mercado del alojamiento turístico (y de las respectivas actividades de los restantes clientes principales de CPM)- sino discernir con pleno conocimiento si los servicios rescindidos por Airbnb habían sido asignados a otra empresa de contact-center, aunque fuera meses más tarde, y con ello instar la aplicación de la cláusula de incorporación en la plantilla de la empresa sucesora en los términos establecidos en el art. 17 del Convenio Colectivo de dicho sector. La demandada CPM llegó a requerir en dos ocasiones a Airbnb a efectos de que le especificara el nombre de la empresa sucesora, por lo que -en plena congruencia con ello y para posibilitar el cumplimiento de la previsión convencional de recolocación- venía aún más obligada, si cabe, a emprender las medidas de flexibilidad interna.

Por otra parte, como ya se ha visto, el informe técnico aportado por la demandada, principal elemento esgrimido en su defensa, lejos de trasladar la convicción respecto a la objetividad y racionalidad de la decisión de despido colectivo, ha generado el efecto contrario, por las razones anteriormente expuestas, dado el carácter predeterminado del encargo que lo originó y la tendenciosidad de sus conclusiones.

Por ello, la actuación de la demandada CPM, ciertamente, podría encajar en la figura del fraude de ley denunciada por el sindicato demandante y, por consiguiente, cabía la posibilidad de calificar el despido impugnado como nulo.

En tal sentido, si bien el actual apartado 11° del art. 124 LRS, a diferencia de las versiones anteriores, no contempla tal supuesto de nulidad, también es cierto que el actual apartado 2.c) del Legislación citada LRJS art. 124.11 art. 124 LRJS Legislación citada LRJS art. 124, en aparente contradicción, sigue contemplándolo, y el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17.2.14 (rec. 142/2013Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 17-02-2014 (rec. 142/2013)) y en pronunciamientos posteriores lo ha seguido aplicando, por lo que no parece que exista obstáculo procesal para tal calificación.

3.- En todo, de haber entendido aplicable a la situación analizada la "medida extraordinaria" establecida en el art. 2 del RDL 9/2020 al despido impugnado, tal como propuse en la ponencia inicial, de no haber accedido a la calificación de nulidad del despido, debimos haber estimado la pretensión subsidiaria y calificar el despido como no ajustado a derecho.

En efecto, la conclusión expuesta en el anterior fundamento jurídico, la plena aplicación a la situación analizada de la "medida extraordinaria" establecida en el art. 2 del RDL 9/2020 al despido impugnado, comporta -de entrada- que la causa organizativa y productiva invocada, que en la situación previa a la entrada en vigor de dicho precepto hubieran justificado plenamente la procedencia del despido impugnado, "no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido".

En efecto, como ya se ha razonado, las medidas de flexibilidad interna se refuerzan, agilizan y favorecen al máximo, pero no se imponen como única y obligada medida para afrontar la repercusión en el empleo de la crisis sanitaria (como podía haberse hecho con la simple prohibición del despido o restricción al máximo de la facultad extintiva). Las facultades extintivas se mantienen explícitamente vigentes, si bien se advierte -al empresario, pero también al órgano judicial que deba calificar las mismas- que en aquellas situaciones "relacionadas" con el Covid-19, al poderse aplicar las excepcionales medidas de flexibilidad interna (especialmente reforzadas y agilizadas), si se opta por utilizar la facultad extintiva; la misma se entenderá "injustificada". Se trata, como ya hemos dicho, de una restricción en la justificación de la causalidad.

La limitación a esta justificación de la causalidad del despido se refiere, en mi opinión, a las situaciones -o, si se prefiere- a las causas de fuerza mayor y ETOP vinculadas al COVID 19 contempladas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020. El sentido de la norma, a la vista del preámbulo, en especial el del RDL 9/2020, es claro: las referidas situaciones o causas, por graves que sean, no podrán justificar las medidas extintivas.

Y por ello, de no haberse estimado la pretensión principal, la declaración de nulidad del despido, debió haberse estimado la subsidiaria, declarando el mismo no ajustado a derecho. Con ello, además, se hubiera alcanzado la misma conclusión con la que, a la postre, debió haber finalizado el período de consultas, de no mediar el hecho al que me refiero sucintamente a continuación.

IV . - En relación a la circunstancia reflejada en el hecho probado décimo.

Finalmente, entiendo necesario finalizar este voto particular haciendo referencia a una cuestión que ocupó una parte sustancial del acto del juicio y de la prueba aportada, y a la que la sentencia de la mayoría destina una mínima alusión en su fundamento jurídico sexto.

En su contestación a la demanda, la defensa letrada de CPM dio especial relevancia a lo que se describe en hecho probado décimo respecto de la última sesión del período de consultas, celebrada en fecha 5.6.20: el sindicato demandante, la CGT, comunicó la sustitución de uno de los representantes por ella designados en la comisión negociadora por haber manifestado su discrepancia respecto de la posición de dicho sindicato, siendo requerido a fin que abandonara la reunión telemática, cosa que hizo poco después, no sin antes manifestar su oposición a tal sustitución. CCOO y UGT también se opusieron a dicha sustitución, entendiéndolo que dicho representante había sido ya designado como miembro de comisión y CGT no podía revocarlo de tal condición. CCOO, ello no obstante, acabó aceptando la decisión de la CGT, a diferencia de la UGT, que dejó constancia en el acta de la reunión que consideraba inválida la sustitución. La empresa demandada manifestó que no le correspondía resolver tal cuestión, e instó a la parte social para proseguir la negociación.

Lo cierto es que, más allá del extenso reproche al sindicato demandante efectuado en la contestación a la demanda, ninguna pretensión jurídica ha anudado la demandada a tal alegación, que no sea destacar su aceptación de tal sustitución como un ejemplo de su buena fe negocial. En razón de ello, comparto -con la mayoría- que la Sala no debe pronunciarse sobre el referido hecho que, ciertamente, hubiera podido tener especial relevancia en la resolución del período de consultas si la actuación en aquel momento tanto de la empresa demandada como del sindicato CCOO y del propio afectado hubiera sido distinta y no se hubiera aceptado dicha sustitución (como sostuvo UGT), teniendo en cuenta que el afectado -como miembro de la comisión negociadora- representaba a todos/as los trabajadores/as y no exclusivamente al sindicato que lo designó y, por consiguiente y en mi opinión, no debió ser removido.

Publicación. La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el limo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.