

LA NEGOCIACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

HANNIBALI VICTORI CETERI SUADEBANT UT QUIETEM ET IPSE SIBI SUMERET ET FESSIS DARET MILITIBUS; MAHARBAL, PRAEFECTUS EQUITUM, MINIME CESSANDUM ESSE RATUS, UT SCIAS QUID HAC PUGNA SIT ACTUM, DIE QUINTO INQUIT VICTOR IN CAPITOLIO EPULABERIS. SEQUERE; CUM EQUITIBUS, UT ROMANI TE PRIUS VENISSE QUAM VENTURUM ESSE SCIAN, PRAECEDAM. HANNIBAL SE VOLUNTATEM MAHARBALIS LAUDARE DIXIT, SED AD CONSILIUM PENSANDUM TEMPORE OPUS ESSE. TUM MAHARBAL: NON OMNIA EIDEM DI DEDERE; VINCERE SCIS, HANNIBAL, VICTORIA UTI NESCIS. MORA EIUS DIEI SATIS CREDITUR SALUTI FUISSE URBI ATQUE IMPERIO.

LIVIO 22.51, 4

INDICE

LA NEGOCIACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

- I. ESQUEMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**
- II. EL SISTEMA RED**
- III. LOS CONVENIOS COLECTIVOS. INTRODUCCIÓN**
- IV. CONCEPTO**
- V. EL PROCEDIMIENTO ESTATUTARIO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA**
- VI. CAPACIDAD, REPRESENTATIVIDAD Y LEGITIMACIÓN NEGOCIAL**
- VII. TIEMPO Y FORMA PARA ACREDITAR LA LEGITIMACIÓN NEGOCIAL**
- VIII. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**
- IX. INAPLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS**

**X. PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE LOS CONVENIOS
COLECTIVOS**

XI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE
2017**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE
2017**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE
2017**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE JUNIO DE
2017**
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JUNIO DE
2017**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE
DICIEMBRE DE 2016**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DIEMBRE
DE 2016**
- 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE
DICIEMBRE DE 2016**
- 9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JUNIO DE
2017**
- 10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE
2017**
- 11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE JUNIO DE
2017**
- 12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE
2017**

- 13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MAYO DE 2017**
- 14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 2017**
- 15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2017**
- 16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2017**
- 17. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ABRIL DE 2017**
- 18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 2017**
- 19. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE ABRIL DE 2017**
- 20. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE ABRIL DE 2017**
- 21. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 2017**
- 22. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MARZO DE 2017**
- 23. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE MARZO DE 2017**
- 24. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MARZO DE 2017**
- 25. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MARZO DE 2017**

XII. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

El convenio colectivo se puede definir como el acuerdo suscrito por los representantes de los trabajadores y empresarios para fijar las condiciones de trabajo y productividad, con sujeción a lo previsto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente podrá regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.

En atención a la legitimación de las partes negociadoras y al procedimiento de negociación puede distinguirse entre dos tipos de convenios: convenios colectivos estatutarios y convenios colectivos extraestatutarios, con diferente eficacia jurídica y eficacia personal.

Junto con esas dos grandes categorías, también hay que distinguir los Pactos de Empresa que son los que negociándose en el ámbito de la empresa, resultan de aplicación al respecto de ciertas materias que la ley expresamente menciona.

Respecto a la interpretación de los convenios colectivos, es doctrina constante de la Sala Cuarta del TS que, atendida la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual), la interpretación de los mismos debe hacerse utilizando los siguientes criterios:

- La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC; STS 13 octubre 2004, Rec. 185/2003).

- La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 CC).

- La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de los partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC).

- La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1, 1281 y 1283 CC).

No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS 9 abril 2002, Rec. 1234/2001). Y los convenios colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el «espigueo» (STS 4 junio 2008, Rec. 1771/2007).

Por otro lado, «la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los tribunales de instancia.

PALABRAS CLAVES

Pacto, acuerdo, representantes trabajadores, representantes empresarios, relaciones laborales, legitimación, eficacia normativa, eficacia contractual.

LA NEGOCIACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

I. ESQUEMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Convenio Colectivo

Normativa de aplicación

- (R.D. 1362/2012)
- (R.D.LG. 2/2015, Título III)
- (Ley 36/2011, arts. 163 a 166)

Definición

Acuerdo suscrito por los representantes de los trabajadores y empresarios para fijar las condiciones de trabajo y productividad, con sujeción a lo previsto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente podrá regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.

Ámbito

Será el que las partes acuerden y estén legitimadas para ello.

¿Quiénes están legitimados para negociar?

A. En representación de los trabajadores:

- En los Convenios de empresa o ámbito inferior.
 - Comité de empresa o delegados de personal en su caso, o el Comité intercentros, siempre y cuando éste exista y el convenio le atribuya tal función negociadora.

- Secciones sindicales (si las hubiere) que, en conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa. La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.
- En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico (convenios "franja"), estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta.
- En los convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece para la negociación de los convenios sectoriales.
- Convenios Colectivos sectoriales.
 - Sindicatos más representativos de nivel estatal y, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.
 - Sindicatos más representativos de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial y, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.
 - Sindicatos con un mínimo del 10 por 100 de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal, en el ámbito geográfico y funcional del Convenio.
- En los convenios de ámbito estatal, también los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

B. En representación de los empresarios:

- En los convenios de empresa o ámbito inferior, el empresario.
- En los convenios de grupo de empresas y en los que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la representación de dichas empresas.
- En los convenios colectivos sectoriales, las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 de los empresarios incluidos en el ámbito del Convenio y que además ocupen, al menos, al 10 por 100 de los trabajadores de dicho ámbito. así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados. En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores.
- En los convenios de ámbito estatal, también las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que tengan la condición de más representativas según lo previsto en la Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores.

C. En todos los casos será necesario que ambas partes se reconozcan como interlocutores.

Iniciación del Convenio

- La representación de los trabajadores, o de los empresarios que promueva la negociación, lo comunicará a la otra parte, expresando detalladamente en la comunicación, que deberá hacerse por escrito, la legitimación que ostenta, los ámbitos del Convenio y las materias objeto de negociación. En el supuesto de que la promoción sea el resultado de la denuncia de un convenio colectivo vigente, la comunicación deberá efectuarse simultáneamente con el acto de la

denuncia.

De esta comunicación se enviará copia, a efectos de registro, a la Autoridad Laboral correspondiente en función del ámbito territorial del Convenio.

- La parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencional establecida o cuando no se trate de revisar un Convenio ya vencido. En cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente.

Constitución y composición de la comisión negociadora

- Denunciado un convenio, en ausencia de regulación distinta en los convenios colectivos, se procederá del siguiente modo:

En el plazo máximo de un mes, a partir de la recepción de la comunicación, se procederá a constituir la comisión negociadora. La parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes establecerán un calendario o plan de negociación.

- La comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

En aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma.

En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida

la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores.

En los supuestos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación.

- La designación de los componentes de la comisión corresponderá a las partes negociadoras, quienes de mutuo acuerdo podrán designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán, igual que el presidente, con voz, pero sin voto.
- En los Convenios de ámbito sectorial, el número de miembros en representación de cada parte no excederá de 15; en el resto de convenios, no excederá de 13.
- La comisión negociadora podrá tener un presidente. En el supuesto de que la comisión negociadora optara por la no elección de presidente, las partes deberán consignar, en el acta de la sesión constitutiva de la comisión, los procedimientos a emplear para moderar las sesiones y deberá firmar las actas que correspondan a las mismas un representante de cada una de ellas, junto con el secretario.
- El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados y en proporción a su representatividad..

Negociación y adopción de acuerdos

- Ambas partes están obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe.
- En los supuestos de que se produjera violencia, tanto sobre las personas como sobre los bienes, y ambas partes comprobaran su existencia, quedará suspendida de inmediato la negociación en curso hasta la desaparición de aquéllas.

- Los acuerdos de la comisión negociadora requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones.
- En cualquier momento de las deliberaciones, las partes podrán acordar la intervención de un mediador, designado por ellas.

Validez del Convenio

- Los Convenios Colectivos han de formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.
- Los Convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, en el plazo máximo de quince días desde su firma, la cual ordenará su registro y publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o, en función del ámbito territorial del mismo, en el «Boletín Oficial» de la Comunidad Autónoma o de la provincia a que corresponda el Convenio, en un plazo máximo de veinte días. Si la autoridad laboral estima que un Convenio Colectivo conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, podrá promover de oficio ante el Juzgado de lo Social o Sala competente (Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia o Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, según el ámbito territorial del Convenio Colectivo sea igual o superior a una Comunidad Autónoma) la impugnación de dicho Convenio.
- A fin de iniciar el trámite previsto en el artículo 90.2 del Estatuto de los Trabajadores, la comisión negociadora o quien formule la solicitud, debidamente acreditada, deberá presentar a través de medios electrónicos ante el registro (REGCON) de la autoridad laboral competente la solicitud de inscripción correspondiente junto con el texto original del convenio firmado por los componentes de la comisión negociadora, y las actas de las distintas sesiones celebradas, incluyendo las referentes a las de constitución de la comisión negociadora y de firma del convenio con expresión de las partes que lo suscriben.

- En el caso de las empresas o entidades que integran el sector público estatal resulta necesario que se aporte el documento que acredite haber sido autorizado el convenio por la Comisión de Seguimiento de la Negociación Colectiva de las Empresas Públicas.
- La autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los Convenios Colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo. Puede dirigirse a la jurisdicción competente por entender que el Convenio Colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, poniéndolo en conocimiento del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades o de los organismos de igualdad de las Comunidades Autónomas, según su ámbito territorial.
- Si el Convenio no hubiera sido aún registrado, los representantes legales o sindicales de los trabajadores, o los empresarios que sostuvieran la ilegalidad del mismo, o los terceros lesionados, podrán solicitar de dicha autoridad laboral que curse al Juzgado o Sala competente su comunicación de oficio. Si la autoridad laboral no contestara a dicha solicitud en el plazo de quince días, la desestimara, o el Convenio Colectivo ya hubiera sido registrado, se podrá impugnar el mismo por los legitimados en proceso de conflicto colectivo.
- El Convenio entrará en vigor en la fecha que acuerden las partes.

Contenido del Convenio

- Dentro del respeto a las normas establecidas y teniendo en cuenta que determinadas materias tienen que incluirse obligatoriamente (ver Contenido mínimo en este mismo apartado), los Convenios Colectivos pueden regular materias de índole:
 - Económica (salarios, remuneraciones indirectas, etc.).
 - Laboral (jornada diaria, semanal y anual de trabajo y descanso; clasificación profesional; duración de contratos; rendimiento exigible, etc.).

- Sindical (comités de empresa, delegados de personal, canon de negociación, etc.).
- Condiciones de empleo.
- La constitución de servicios de prevención mancomunados.
- El establecimiento de criterios para la determinación de los medios, personal y materiales de los servicios de prevención propios, del número de trabajadores designados, en su caso, por el empresario para llevar a cabo actividades de prevención y del tiempo y de los medios de que dispongan para el desempeño de su actividad, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y de su distribución en la misma, así como en materia de planificación de la actividad preventiva y para la formación en materia preventiva de los trabajadores y de los delegados de prevención.
- Relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales.
- Asistencial (mejoras voluntarias de Seguridad Social).
- Medidas de promoción profesional.
- Condiciones de trabajo y de productividad.
- Obligaciones dirigidas a regular la paz laboral.
- Ejercicio de los derechos a la promoción y formación profesional en el trabajo, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores mujeres y hombres.
- Asimismo, el deber de negociar sobre medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, deber, que si se trata de empresas de más de 250 trabajadores, se articulará a través de planes de igualdad.
- Se fijarán criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos. Asimismo, podrán establecerse compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido.

- Como contenido mínimo deben expresar lo siguiente:
 - Determinación de las partes que lo conciertan.
 - Ámbito personal, funcional, territorial y temporal.
 - Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico.
 - Forma y condiciones de denuncia del Convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia.
 - Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico.

Eficacia del Convenio y cláusula de descuelgue

- Los Convenios Colectivos obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.
- Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo aplicable, sea éste de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:
 - Jornada de trabajo.
 - Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
 - Régimen de trabajo a turnos.

- Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- Sistema de trabajo y rendimiento.
- Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.
- Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.
Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; 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..
- En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.
- Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. El acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razón de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de

Igualdad aplicable en la empresa. El acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del Convenio Colectivo.

- En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión, o ésta no alcanzara un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos señalados en el artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores.
- Cuando el período de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

El resultado de los procedimientos a que se refieren los párrafos anteriores que

haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito.

Vigencia del Convenio

- La aprobada por las partes negociadoras. Pueden eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo Convenio.
- Durante la vigencia del convenio, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación podrán negociar su revisión.
- Los Convenios se prorrogarán de año en año, si no media denuncia expresa de las partes, salvo pacto en contrario.
- La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio Convenio.
- Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.
- Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos señalados en el artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores. Dichos acuerdos

interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

- Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.
- El Convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan.

Adhesión y extensión

- Las partes legitimadas para negociar un convenio (ver apartado 24.3) podrán adherirse, de común acuerdo, a la totalidad de un Convenio Colectivo en vigor, siempre que no estuvieran afectadas por otro, comunicándolo a la autoridad laboral a efectos de registro.
- Se podrán extender las disposiciones de un Convenio Colectivo en vigor de ámbito superior al de empresa a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad perteneciente al mismo o a similar ámbito funcional o con características económico-laborales equiparables, teniendo en cuenta la actividad donde vaya a ser aplicado y que no estén vinculados por Convenio Colectivo, cualquiera que fuese su ámbito, por los perjuicios derivados para aquellos de la imposibilidad de suscribir en su ámbito un Convenio Colectivo debido a la ausencia de partes legitimadas para ello.
- En el caso de inexistencia de Convenio Colectivo que se pueda extender con ámbito de aplicación superior al de empresa, se podrá extender subsidiariamente con carácter excepcional un Convenio de empresa a una pluralidad de empresas

y de trabajadores o a un sector o subsector de actividad de análogas condiciones económicas y sociales.

- La solicitud de extensión se formulará por escrito ante la Autoridad Laboral competente, la cual solicitará, con carácter preceptivo, informe de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, remitiéndolo después con carácter preceptivo para su informe a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o al órgano consultivo similar de las Comunidades Autónomas cuando el procedimiento sea de su competencia, y que tendrá la consideración de determinante.

Recibido dicho informe del órgano consultivo correspondiente, la autoridad laboral dictará la resolución y la notificará en el plazo de tres meses, computados desde la fecha en que la solicitud hubiera tenido entrada en el correspondiente registro, entendiéndose como denegada la solicitud si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído resolución expresa.

- Dicha resolución pondrá fin a la vía administrativa.
- Serán competentes para resolver los procedimientos de extensión de Convenios Colectivos:
 - El Ministerio de Empleo y Seguridad Social cuando el ámbito de la extensión abarque todo el territorio nacional o el territorio de más de una Comunidad Autónoma.
 - Los órganos de la Comunidad Autónoma cuando el ámbito se circunscriba a su correspondiente territorio o a ámbitos inferiores a éste.

Concurrencia de Convenios

- Un Convenio Colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en Convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores, y salvo lo que se indica en el apartado siguiente.

- La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:
 - La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
 - El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
 - El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
 - La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
 - La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen legalmente a los convenios de empresa.
 - Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
 - Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios a que se refiere el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas. Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado.

- Salvo pacto en contrario, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación podrán, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.
- En el supuesto previsto en el párrafo anterior, y salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de

ámbito estatal, se considerarán materias no negociables en el ámbito de una Comunidad Autónoma el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

Aplicación e interpretación

- Sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a la jurisdicción competente, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos.
- No obstante lo anterior, en los Convenios Colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 82.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los Convenios Colectivos.
- El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrá la eficacia jurídica y tramitación de los Convenios Colectivos, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Convenio Colectivo.
- Estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los Convenios Colectivos. Específicamente, cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.
- Estos procedimientos serán, asimismo, utilizables en las controversias de carácter individual cuando las partes expresamente se sometan a ellos.

- En los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales citados o ante el órgano judicial competente.
- Las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos.

II. EL SISTEMA RED

El Sistema RED

Es un servicio que ofrece la TGSS a empresas, agrupaciones de empresas y profesionales, cuya misión es permitir el intercambio de información y documentos entre ambas entidades (TGSS y usuarios) a través de INTERNET.

Por medio del Sistema RED se puede entrar en contacto directo con la TGSS que, gracias a los medios tecnológicos y elementos de seguridad necesarios, le permite el acceso a datos de empresa y trabajadores, así como la remisión de documentos de cotización y afiliación y partes médicos.

Los ámbitos de actuación que abarca este servicio, son los siguientes:

- Cotización: presentación de documentos de las series TC2 (Relación nominal de trabajadores), tramitación de saldos acreedores, e ingreso de las cuotas mediante domiciliación en cuenta o pago electrónico.
- Afiliación: altas, bajas, variaciones de datos de trabajadores, así como consultas y petición de informes relativas a trabajadores y empresas.
- INSS:
 - Tramitación de los partes de alta y baja médica de AT y EP, así como los partes de confirmación, al Instituto Nacional de la Seguridad tanto derivados de contingencias comunes como de contingencias profesionales.
 - Remisión de certificados de maternidad y/o paternidad (RECEMA).
- Gestión de Autorizaciones: permite gestionar CCCs o NAFs, así como Usuarios Secundarios.

El usuario podrá realizar estas gestiones y recibir mensajes de la TGSS desde su propio despacho, sin necesidad de desplazarse y sin las limitaciones de horario de oficinas.

Por tanto, el Sistema RED permitirá agilizar la relación con la Seguridad Social de empresas y despachos, eliminando el circuito del papel, mejorando la calidad de los datos y evitando esperas en las oficinas de la Administración.

Anotación de Convenios Colectivos

A partir del 12 de diciembre de 2007, se va a proceder a identificar en el Fichero General de Afiliación los Convenios Colectivos que regulan las relaciones laborales entre los empresarios y sus trabajadores por cuenta ajena.

La cumplimentación del Código de Convenio, que debía realizarse antes del 31 de marzo de 2008 según comunicado la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, es fundamental para conocer la cobertura en cuanto a número de empresas y número de trabajadores regulados por cada convenio colectivo.

Con carácter general, esta identificación únicamente deberá realizarse a nivel de empresa. No obstante, cuando a una empresa le resulte de aplicación más de un Convenio Colectivo la identificación de dichos Convenios podrá realizarse a nivel de empresa pero, también, a nivel de trabajador, de forma que pueda identificarse el Convenio Colectivo aplicable a cada trabajador individualmente considerado.

El código del Convenio Colectivo, que tiene un formato de 7 posiciones numéricas, es asignado por la Autoridad Laboral competente para el registro del citado Convenio Colectivo, figurando en el Boletín Oficial donde se publicó el mismo.

Los códigos de los Convenios Colectivos vigentes pueden ser consultados a través del Sistema RED utilizando el procedimiento descrito en este documento. No obstante, si la empresa no conoce el código del Convenio Colectivo de aplicación, en la dirección http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/debes_saber/index.htm, encontrará próximamente una aplicación de búsqueda del código, así como enlaces a la Autoridad Laboral que, en cada caso, podrá dar respuesta a las consultas que se puedan plantear sobre el Convenio Colectivo aplicable a cada empresa concreta, dado que la Tesorería General de la Seguridad Social no podrá resolver dichas consultas.

Cuando los Convenios Colectivos cambien de contenido material pero no se modifique el código identificativo de dicho Convenio, no será necesario comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social dicha modificación del Convenio.

Para la identificación del Convenio Colectivo se han realizado las siguientes modificaciones:

Nueva transacción ACR41 – Anotación de Convenio Colectivo (Empresa)

A través de esta transacción, que únicamente estará operativa a través de la modalidad de afiliación Online, se permitirá la anotación, modificación y eliminación del Convenio Colectivo de una empresa.

Al seleccionar esta opción en el menú principal de afiliación Online, aparecerá una pantalla:

En ella deberá introducirse el CCC Principal correspondiente a la empresa cuyo convenio colectivo quiere anotarse y la acción a realizar.

Una vez superadas las validaciones de autorización y cuenta, se mostrará otra pantalla:

En ella deberá introducirse obligatoriamente el campo ‘Convenio Colectivo’ y de manera opcional los campos ‘Fecha desde’ y ‘Fecha hasta’.

Los campos de Fecha están destinados a identificar los períodos en los que un Convenio Colectivo ha sido de aplicación a una empresa siempre y cuando el código

identificativo de dicho Convenio Colectivo haya variado. En el momento de la anotación inicial de este dato únicamente se podrán identificar los Convenios Colectivos que actualmente regulen las relaciones laborales entre la empresa y los trabajadores por cuenta ajena, no siendo necesario anotar la ‘Fecha desde’ si ésta se desconoce.

Al solicitar Ayuda en el campo ‘Convenio Colectivo’ el sistema mostrará el código correspondiente a todos los convenios vigentes.

Al anotar el Convenio Colectivo en el CCC Principal, el sistema automáticamente anotará el mismo Convenio en todos los CCC de la empresa (todos los que se encuentren asociados a él como CCCs secundarios).

Para una misma empresa se podrán anotar más de un Convenio Colectivo simultáneamente, diferenciándose a nivel de trabajador el que le corresponde a cada uno.

Si una empresa tiene un único Convenio no se podrá anotar el mismo a nivel de trabajador.

Nuevo campo en las altas de trabajadores

En las altas de trabajadores, se ha creado un nuevo campo denominado ‘Convenio Colectivo’ para anotar dicho dato a nivel de trabajador.

Únicamente se permitirá anotar el convenio colectivo a nivel trabajador, en aquellos trabajadores que se den de alta en empresas que tengan asociado simultáneamente más de un Convenio Colectivo.

En principio esta funcionalidad sólo estará operativa en la modalidad de afiliación Online, aunque en los próximos meses se implementará también en la modalidad de remesas.

Nueva transacción ATR49 – Anotación de Convenio Colectivo

Cuando a una empresa le resulte de aplicación más de un Convenio Colectivo la identificación de dichos Convenios podrá realizarse a nivel de trabajador, de forma que pueda identificarse el Convenio Colectivo aplicable a cada trabajador individualmente considerado.

Únicamente se permitirá anotar el convenio colectivo a nivel trabajador, en aquellos trabajadores que estén de alta en empresas que tengan asociado simultáneamente más de un Convenio Colectivo.

III. LOS CONVENIOS COLECTIVO. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo se singulariza frente a las restantes ramas del ordenamiento por la presencia del convenio colectivo, esencial en un sistema avanzado de relaciones laborales. Y es precisamente el modelo de negociación colectiva, acusado de falta de flexibilidad, uno de los aspectos más afectados por el proceso de reformas llevadas a cabo desde 2010.

El Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 2 de febrero de 2011, entre el Gobierno y los interlocutores

sociales, se refería ya a la necesidad de renovar el modelo de negociación colectiva, al que se atribuían problemas de estructura y vertebración, de flexibilidad interna, pero también de gestión y adecuación a las dificultades. Este objetivo también resulta reclamado por el legislador gubernativo en los Reales Decretos Leyes que protagonizan el trienio reformador. Así, fundamentalmente en la Exposición de motivos del Real Decreto Ley 7/2011, se reconoce que el modelo de negociación colectiva, especialmente su estructura, presenta dificultades para "ajustar con prontitud las condiciones de trabajo presentes en la empresa a las circunstancias económicas y productivas por las que atraviesa aquélla en los diferentes momentos del ciclo o coyuntura económica". Esto, según el RD-Ley obliga a las empresas a recurrir a mecanismos de flexibilidad externa más traumáticos, que podrían evitarse inyectando en la negociación colectiva mecanismos de "agilidad y dinamismo".

La reforma de 2012 también recoge este objetivo de dinamismo en la negociación colectiva, focalizando el problema en otro aspecto. Expresa la necesidad de introducir mecanismos de flexibilidad como el descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, dando prioridad al convenio colectivo de empresa y regulando de forma restrictiva la ultractividad de los convenios colectivos. Todo ello con el objetivo de "procurar que la negociación colectiva sea un instrumento y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa".

Todo este panorama normativo, que sin duda pretende, como se ha dicho, una modificación del modelo de negociación colectiva hacia una mayor flexibilidad interna y un mayor protagonismo del convenio colectivo a nivel empresarial, con la voluntad de dotar la administración y aplicación del convenio de altas dosis de dinamismo, nos lleva a replantearnos viejas construcciones doctrinales en torno a la configuración constitucional de la negociación colectiva, en especial, relacionadas con la llamada "intangibilidad del convenio colectivo".

El carácter limitado de esta comunicación nos lleva a tratar tan sólo algunas cuestiones relacionadas con el modelo de negociación colectiva impuesto tras la

reforma, dejando de lado, de momento, otras cuestiones relacionadas con la administración del convenio como la aplicación de otros principios del Derecho del Trabajo, tales como el de norma más favorable o el de condición más beneficiosa.

Las discusiones entre el carácter normativo, contractual o mixto de los convenios colectivos ha pivotado en torno a la interpretación que debiese darse al art. 37.1 de la Constitución Española (en adelante, CE). En dicho precepto, el constituyente se limita a establecer un mandato al legislador, para que garantice mediante ley el derecho a la negociación colectiva de los representantes de empresarios y trabajadores, y la fuerza vinculante de los convenios como producto de la misma. Comprobamos, pues, que en ningún caso se confiere poder normativo a las instituciones privadas encargadas de la representación de cada parte, ni se impone una eficacia general del convenio ni se determina el sistema de fuentes del ordenamiento español.

Es en el cumplimiento del aludido mandato legal donde se configura el convenio colectivo como una norma jurídica con eficacia normativa y carácter erga omnes. El art. 3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) incluye el convenio colectivo entre las fuentes que regulan la relación laboral y el Título III ET confiere a aquellos que sigan sus requisitos y procedimientos, los llamados estatutarios, la fuerza de obligar "a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia" (art. 82.3 ET). Si bien es cierto que ni el carácter normativo ni la eficacia general comportan el puro reflejo del modelo constitucional, tampoco se puede sostener su falta de encaje a la somera regulación del constituyente. La consagración constitucional de la autonomía colectiva no conlleva per se la eficacia normativa del convenio ni su inclusión en el sistema de fuentes, y tampoco es ello necesario para que la autonomía colectiva despliegue todos sus efectos; se trata, simple y complejamente, de una opción del legislador por crear una norma-contrato sui generis, o expresado en la fórmula tradicional, un cuerpo de contrato con alma de ley. Por otra parte, esa genérica referencia a los "convenios" por contraposición a los estatutarios del desarrollo legal ha permitido conceder a los productos extraestatutarios de la negociación colectiva fuerza vinculante y carácter de fuente de derechos y obligaciones. No obstante, ambas notas quedan relegadas al campo del Derecho contractual.

El convenio colectivo caracterizado por la eficacia normativa y el carácter erga omnes ha facilitado la función tradicional de la autonomía colectiva, es decir, el establecimiento de condiciones de trabajo mínimas respecto al contrato de trabajo; sin embargo, la preponderancia de la naturaleza normativa frente a la contractual va en detrimento de la satisfacción de otras funciones, esencialmente, la adaptación del convenio frente a nuevas exigencias socio-económicas. Tales necesidades han impulsado la visión del convenio como un instrumento en constante transformación, habiéndose de aprovecharse todos los mecanismos habilitados por el ordenamiento para su "perfeccionamiento". En una radicalización de esta postura, no han desaparecido las voces que abogan por la erradicación del carácter normativo del convenio estatutario aun cuando la jurisprudencia constitucional lo amparó desde la década de los 80. Y es que, precisamente, la principal consecuencia del carácter normativo del convenio estatutario es su inderogabilidad mediante pacto individual o colectivo contractual.

Se ha pretendido negar la introducción del convenio colectivo en el sistema de fuentes por presuponer ello la concesión de cierto poder normativo a sujetos privados. Para ello, se ha esgrimido el art. 1.6 del Código Civil, de donde se extrae que, a diferencia del fascismo, régimen pre-constitucional en España del que se extrae la consideración del convenio como norma jurídica, un sistema democrático requiere la inexistencia de fuentes distintas a las proclamadas en ese cuerpo y la imposibilidad de calificar como ley documentos que no provengan del Parlamento. Pero también vemos posiciones opuestas, en defensa de la condición de fuente del derecho del convenio colectivo, por ser éste anterior incluso a la formación de la sociedad industrial que impulsó la aparición del Derecho del Trabajo como rama autónoma del ordenamiento. O al hecho de que, en pleno siglo XXI somos conscientes de que muchas de las principales regulaciones de nuestro ordenamiento provienen del poder ejecutivo o de instancias supranacionales.

A pesar de las críticas que puedan hacersele, la eficacia general del convenio colectivo estatutario ha beneficiado no sólo a los trabajadores al dispensar una protección homogénea, sino también a los empresarios, al facilitar la gestión de sus

recursos humanos y frenar la competencia. Semejantes ventajas han llevado, incluso, a una devaluación de la dicotomía entre convenios estatutarios y extraestatutarios, pues por la vía de los hechos los segundos han ido ampliando su ámbito subjetivo hasta alcanzar también eficacia general. No obstante, los problemas relacionados con la estructura de la negociación colectiva y con la adaptación económica de la empresa, han ocasionado que las sucesivas reformas hayan puesto en marcha vías de descentralización y expandido supuestos de inaplicación. En relación a esta segunda vía, se ha de recordar que el carácter erga omnes nunca ha sido óbice para puntuales inaplicaciones. Aunque nunca se llegó a plantear una exclusión íntegra del texto normativo, por suponer ello su plena disponibilidad, sí se preveía la exclusión de algunas de sus previsiones por sujetos determinados en su ámbito de aplicación. En la legislación previa a 2012, nos estaríamos refiriendo a la empresa que siguiese un procedimiento para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o acordase un descuelgue salarial respecto al convenio de ámbito superior. Ahora bien, de acuerdo con el principio de irrenunciabilidad del ordenamiento laboral, se venía asegurando que dicha exclusión sólo tendría cabida cuando beneficiase al trabajador.

La doctrina se dividía entre quienes apostaban por mantener el carácter normativo de los convenios colectivos estatutarios y quienes se oponían a ello. El legislador abrió al carácter normativo a partir de la Ley 11/1994.

Con el fin de la negociación se ponía en marcha la aplicación de las cláusulas, la cual permitía que unos mismos preceptos pudieran dar respuesta a diferentes realidades; la aplicación superaba los límites de la interpretación y permitía cierto equilibrio nuevo de intereses. Se trata de la tradicional diferenciación entre comisiones paritarias administradoras/aplicadoras y normativas/negociadoras.

El ámbito funcional de las comisiones paritarias previo a la reforma de 2011 se caracterizaba por su indeterminación, ya que el art. 85.3.e) ET señalaba su competencia para conocer "de cuantas cuestiones le sean atribuidas" por el propio convenio colectivo. Con fórmula legal tan imprecisa, la jurisprudencia hubo de conectar

oportunidades de negociación y libertad sindical declarando que el desempeño de funciones normativas era posible si para ello se preveía en el convenio, o con posterioridad se decretaba, la integración de las comisiones paritarias por quienes, estando legitimados para negociar, no fuesen miembros. En cualquier caso, era evidente que la legitimación para la negociación de un convenio colectivo se determina al inicio de ésta, sin que, una vez firmado aquél, se mantenga durante toda la vigencia del mismo. A los requisitos de legitimación, la jurisprudencia acabó sumando la necesidad de delegación expresa de las facultades de negociación por parte del comité negociador del convenio.

En el intento por sortear los requisitos de legitimación y delegación, se llegó a forzar el término "administración" hasta entenderlo comprensivo de actualizaciones en cuestiones planteadas por la comisión negociadora pero irresolutas; esta operación llegó a denominarse "revisión parcial". No obstante, la misma sólo respetaría "la unidad del convenio" cuando viniese contemplada en éste, con carácter expreso y concreto, y no implicase una auto-asunción por la comisión paritaria, ya que ésta no sería una unidad de negociación continua. El producto de tales facultades se sumaría al convenio con la naturaleza que a éste le es propia, debiéndose someter a los mismos requisitos de registro, depósito y publicación, y respondiendo a los mismos controles de legalidad.

El respaldo a estas facultades negociadoras introdujo un elemento dinamizador en el sistema de negociación cerrado, pues permitía seguir negociando "en tono menor" para aplicar el convenio a una realidad cambiante. El que los negociadores disfrutasen de un cierto margen de disposición sobre el acuerdo durante su periodo de vigencia, implicaba también cierta revitalización del componente contractual del convenio colectivo. Ahora bien, el temor de los integrantes de la comisión paritaria a la hora de asumir sus responsabilidades se señala como razón esencial de su infrautilizada contractualización. Nuestra sociedad, pues, se hallaría aquejada de un "déficit de la cultura del pacto", cuya solución no residiría en la modificación jurídica del sistema.

Ello nos lleva a una situación calificada como disfuncional, a la que se pretendió dar respuesta a través del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. El nuevo art. 85.3.h).2º ET incluyó *ope legis* entre las funciones de las comisiones paritarias la "adaptación o, en su caso, modificación" del convenio colectivo durante su vigencia. En tal fórmula, el legislador parecía recoger los debates generados en torno a la regulación previa, requiriendo sólo para la segunda operación la conformación de la comisión paritaria por todos los legitimados en ese momento para la negociación, y eliminando la necesidad de habilitación por el comité negociador del convenio. A nuestro entender, ello hubiese implicado un traslado del debate hacia la diferencia entre la simple adaptación, que, pese a su contenido negocial, no requeriría el cumplimiento de legitimación mencionado, y la pura modificación.

La reforma de 2011 representaba el cambio que algunas voces reclamaban para poder considerar a las comisiones paritarias como "órganos bilaterales permanentes" y "especificador del contenido negocial", lo que tornaba el sistema tan dinámico como ellas mismas decidiesen. En definitiva, se dio carta de naturaleza a las funciones de pura negociación en el seno de la comisión paritaria, aportando la máxima flexibilidad para la adecuación del convenio a nuevas necesidades durante su período de vigencia. Pese a todo, era una nueva relativización del componente contractual del convenio colectivo: puesto que se requería la intervención de todos los legitimados del momento para la negociación, hablaríamos, no de disponibilidad del acuerdo para las partes firmantes, sino de negociación *ex novo* con posible intervención de terceros ajenos a los negociadores originarios.

Pero cuando aún no había pasado el tiempo preciso para que estas previsiones se asentaran, el Ejecutivo aprobó el RD-L 3/2012. Con él, el art. 85.3.e) ET se ha simplificado hasta volver a su redacción previa al período reformador. No obstante, las comisiones paritarias siguen manteniendo buena parte de sus funciones; de hecho, la aplicación e interpretación del convenio y la resolución de discrepancias se conservan como atribuciones *ope legis* (arts. 96 y 82 ET). De esta consideración se ha exceptuar,

justamente, la adaptación o modificación del convenio durante su período de vigencia. El art. 85.3.h).2º ET se ha sustituido por la inclusión de un nuevo inciso en el art. 86.1 ET: "Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión". El cambio de ubicación ha venido acompañado por una simplificación en su formulación, retomándose el concepto de "revisión", acuñado por las construcciones doctrinales previas a la reforma, y por la desaparición de toda mención a las comisiones paritarias.

Esta operación se encomienda a una nueva comisión negociadora, integrada por quienes en esos momentos estén legitimados para la negociación, sean o no miembros de la comisión paritaria. En la medida en que, por su parte, comisión paritaria continuará ejerciendo las funciones que se le atribuyan legal y convencionalmente, cabe aumentar el temor a una "hipertrofia reguladora" que suponga una pérdida de disponibilidad del acuerdo para los negociadores iniciales. Así, es posible augurar un nuevo traslado del debate, hacia el deslinde entre "revisión" y "administración", pues el mismo solventará una posible lucha de poderes. Además, ante la ausencia de limitaciones en cuanto al alcance de la revisión, surgen dos interrogantes. En primer lugar, qué ocurriría con la primera comisión paritaria: ¿se crearía una comisión paritaria del convenio revisado que sustituyese a la primera?, ¿dependería de la profundidad de la revisión? En segundo término, cómo se articularía, en su caso, la convivencia entre ambas: ¿cada cual ejercería la administración de las previsiones establecidas por los negociadores que representan?, ¿a quién se habría de acudir en un procedimiento de flexibilidad interna?.

La revisión de la regulación convencional de las relaciones convencional de las relaciones laborales no es la única vía para materializar la cláusula *rebus sic stantibus*, de hecho, el modo más tradicional ha sido la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, supuesto que también se ha visto facilitado a través de las sucesivas reformas. Introducidos en 1994, los acuerdos de ambos procedimientos fueron denominados "derogatorios" o "de ruptura" pues, al conllevar la inaplicación de

materias laborales esenciales, se entendió que restaba imperatividad al convenio y atenuaba su fuerza vinculante.

Tras la Ley 35/2010, la jornada se perfiló como la única condición de trabajo intangible para el acuerdo del art. 41 ET; acuerdo éste que, en la medida en que conlleva la presunción de causa tanto en el marco del art. 41, como en el del art. 82.3 ET, "gana en fuerza vinculante" al perder aquélla importancia.

La conexión entre estos acuerdos y el convenio del que se desprendían quedó aclarada con la Ley 35/2010 que, a través de los arts. 41.6 y 82.3 ET, estableció una regla de temporalidad por la que se limitaba la duración de aquellos a la vigencia del convenio. Aunque se temía una renovación general de los mismos una vez aprobado el nuevo convenio sectorial, se destacaba como esencial que cedían ante un convenio posterior, "[lo] cual pone ciertos límites a la invasión de los colectivos estatutarios por parte de los acuerdos de reorganización productiva".

La aplicación laboral de la cláusula *rebus sic stantibus* fue reconocida por la STS 4 de julio de 1994, pese a no referirse expresamente a ella. No obstante, la existencia de un voto particular a la misma, suscrito por seis magistrados, revela que la cuestión no resultaba en modo alguno pacífica. La clave de esta confrontación se basaba en la especial naturaleza del convenio colectivo, la cual, según tal voto particular, requeriría para la extinción o modificación de las obligaciones establecidas en él, proceder a su revisión. Por ello, pese a tal reconocimiento, se han mantenido los obstáculos aplicativos de la doctrina civilista, no sólo como excepción que es al principio de *pacta sunt servanda*, sino por la existencia de procedimientos específicos para la modificación de las condiciones de trabajo (arts. 39-41 ET). Ello ha llegado hasta el punto de aplicar únicamente la cláusula *rebus sic stantibus* cuando la obligación laboral en cuestión derive de un pacto contractual; es decir, esta cláusula, no procedería cuando la obligación laboral hubiese sido acordada mediante convenio colectivo, "pues la cláusula

es impredecible de las normas jurídicas", y ésta tiene además carácter temporal. Correlativamente, se ha declarado que "si se pudiera razonablemente concluir que el equilibrio interno del convenio ha quedado substancialmente trastocado tras la posterior promulgación de una Ley que afectara a sus contenidos reguladores, ello (...) no tendría como consecuencia la invalidación y/o inaplicación de la Ley, sino, en su caso, la readaptación del convenio a la vista del cambio del contexto legal en el que aquél fue suscrito. En efecto, este Tribunal ha dicho que es posible reclamar "una alteración del convenio" en aquellos casos en los que se haya producido "un cambio absoluto y radical de las circunstancias que permitan aplicar la llamada cláusula rebus sic stantibus (STC 11/1981, fundamento jurídico 14).

A pesar de declaraciones tan tajantes, la crisis ocasionó un repunte de recursos en los que se pretendía la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, especialmente, respecto a los incrementos salariales referenciados al IPC. La doctrina jurisprudencial, además de recordar la inaplicación de la cláusula a obligaciones establecidas en convenio colectivo, ha determinado que "tampoco concurrirían los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo para la concurrencia de la figura, de a) alteración extraordinaria de las circunstancias, b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado, y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles [...]. Requisitos que no concurren en el presente caso, pues ni era imprevisible el fenómeno de recesión económica [muchas voces autorizadas lo pronosticaban], ni el desfase en el incremento del coste salarial --0,1%-- puede calificarse de exorbitante, inasumible y decisivamente aniquilador del equilibrio del Convenio".

La diferenciación judicial efectuada entre condiciones de trabajo previstas o no en convenio estatutario ha sido plasmada en la nueva redacción de los arts. 41 y 82.3 ET: la modificación de las acordadas en convenio estatutario han de seguir el procedimiento, ahora "materialmente generalizado", de descuelgue. No obstante, ello no consagra la intangibilidad del convenio a la luz de las restantes previsiones flexibilizadoras. En primer lugar, la movilidad funcional queda únicamente

condicionada a la comunicación empresarial, mientras que la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo individual sólo requieren notificación. Aún en el caso de que la movilidad funcional o la modificación sustancial fuesen colectivas, sólo se precisará del seguimiento de un período de consultas cuya terminación sin acuerdo no condicionará la efectividad de la decisión empresarial. Salvo recurso a mediación o arbitraje, la decisión permanecerá dentro de la órbita de las consideraciones empresariales. Por tanto, la necesidad de acuerdo conserva sólo el reducto del descuelgue, lo que supone, al menos, su mantenimiento como requisito imprescindible para hablar de observancia del derecho a la negociación colectiva. La Ley 3/2012 ha venido a poner algo de luz en el proceso a seguir en caso de desacuerdo sobre el "descuelgue", aunque sin cambiar en ningún caso lo ya previsto; por otra parte, la alusión expresa a las "debidas garantías para asegurar su imparcialidad [la del posible árbitro nombrado por Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o equivalente autonómico]", pese a parecernos innecesaria al estar en la naturaleza del arbitraje, pone de relieve el apremio del legislador por "reforzar" la legitimidad de un recurso ampliamente cuestionado y cuestionable.

La laxitud de las causas legitimadoras, la expansión de las posibles materias "descolgables" y la relativización de un acuerdo sustituible por resolución extrajudicial, dejan también en entredicho la, ya maltrecha, intangibilidad del convenio. Semejante flexibilidad parece llevarnos a un vuelco de la situación de partida. La traducción laboral de la cláusula *rebus sic stantibus*, estaba representada por el sometimiento a unos límites legales, materiales y procedimentales, los cuales eran más férreos en el caso de que la modificación sustancial o el descuelgue salarial recayese sobre aspectos recogidos en convenio estatutario; algunos autores llegaron hasta una interpretación acumulativa de los requisitos laborales y de civilistas. A partir de la reforma de 2012, los cambios en los acuerdos laborales pueden introducirse con mayor facilidad que en los civiles: las circunstancias sobrevenidas no han de ser imprevistas, pues no hallamos ninguna consideración en este sentido; la onerosidad impuesta por dichas circunstancias se relajan hasta extremos insospechados, pues basta con la concurrencia de causas

relacionadas con la productividad y siquiera es necesaria la generación de pérdidas; y la decisión puede imponerse unilateralmente o dejarse en manos de un tercero.

Quizás lo que más atente a la intangibilidad del convenio sea la minimización de la onerosidad causada. Sería laboralmente comprensible la necesidad de responder a las exigencias del mercado en una situación de crisis, pese a ser conocida y general, pero no la separación de lo pactado convencionalmente en caso de daños empresariales para nada excepcionales. Tanto la aplicación del art. 41 ET (extraestatutarios), como del art. 82.3 ET (estatutario), queda justificada por la simple concurrencia de "causas económicas, técnicas, organizativas o de producción". El esfuerzo del Ejecutivo por clarificar estas causas no pueden sino acentuar la atenuación justificativa: las causas son identificadas con cambios, en lista abierta, como los acaecido en "los medios o instrumentos de producción" (técnicos), "los sistemas y métodos de trabajo del personal" (organizativos), o "la demanda de los productos o servicios" (productivos). La pérdida del carácter oneroso es mucho más evidente en las causas económicas, pues se entienden concurrentes "cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos". Puesto que se entendía que la autonomía colectiva sería respetada aunque "la fuerza vinculante de los convenios estatutarios quede limitada o excepcionada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción respecto a determinadas materias", cabría plantearse si la amplitud de tales causas mantienen hoy el contenido esencial del derecho.

Las últimas modificaciones representan el golpe más duro para la intangibilidad del convenio colectivo. A partir de julio de 2012, los convenios colectivos que afectan al personal laboral de las Administraciones Públicas son rebajados, expresamente, al nivel de los meros acuerdos, dispensándose a sendas tipologías el mismo trato. La flexibilidad que se arroga la Administración Pública es aún más amplia que la que se

concede a los sujetos privados, pues basta con una simple alteración económica, que en los actuales tiempos de crisis pueden entenderse concurrentes con carácter diario, y que ésta afecte al interés público, concepto jurídico indeterminado por excelencia. Apreciado el presupuesto habilitante, las Administraciones Públicas únicamente habrán de satisfacer un trámite de información a los representantes sindicales. En definitiva, la inconcreción respecto al supuesto habilitante y al perjuicio causado por el eventual cumplimiento de lo pactado, junto al poder que se auto-arroga la Administración, no hacen sino reforzar la idea de inversión de papeles respecto al ordenamiento civil: hoy es menos compleja la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el orbe del trabajo.

También se aprecia una acentuación de la desigualdad entre las dos fuerzas de la relación laboral. Aunque ambas pueden impulsar una operación de descuelgue, en una situación de crisis, convendrá a la empresa la separación de lo pactado en convenio colectivo para establecer unas condiciones de trabajo menos beneficiosas para los trabajadores. En cambio, éstos carecerán del arma de autotutela más poderosa que les confiere el ordenamiento: ilegalidad de la huelga que "tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo", e improcedencia de la consideración jurisprudencial en torno a que "nada impide la huelga durante el período de vigencia del Convenio Colectivo cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el Convenio, como puede ser reclamar [...] una alteración del Convenio en aquellos casos en que [...] se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias, que permitan aplicar la llamada cláusula "rebus sic stantibus". En la medida en que la operación de descuelgue recae sobre un convenio estatutario plenamente vigente, y puesto que no es presupuesto laboral para el mismo la estricta onerosidad civil, los trabajadores no se hallarán en condiciones de imponer su criterio en la negociación de las nuevas condiciones de trabajo que van a imperar durante el tiempo que reste de vigencia al convenio inaplicado y que no han de incluir un cronograma de aproximación al debe ser evitado.

Para que la eficacia normativa del convenio estatutario sea tal, se requiere un adecuado equilibrio entre la flexibilidad en la regulación de las relaciones de trabajo y la estabilidad de aquél; y su estabilidad e intangibilidad se garantiza a través de su temporalidad, cuya determinación se deja en manos de las partes. Es decir, el carácter coyuntural justificaría en la práctica la concesión del carácter normativo; no obstante, la intangibilidad del contenido sigue siendo el elemento clave para su configuración como norma reguladora.

Además del pacto en contrario, la Ley 11/1994 introdujo una concurrencia descentralizadora como excepción al principio *prior in tempore*, expresión de una política potenciadora de los marcos autonómicos. Entre las críticas de que fue objeto esta descentralización, destaca la exposición de los convenios supraempresariales al "saqueo normativo", lo que podía traducirse en términos contractuales individuales, en una fuente de gran inseguridad, ya que sujetos colectivos ajenos a los que establecieron el convenio afectado, podían disponer la salida de determinadas relaciones laborales de su ámbito de aplicación. En definitiva, supuso un claro ataque a la intangibilidad del convenio. Por su parte, los intentos contrareformadores de 1997 no alcanzaron el objetivo pues las estructuras sindicales periféricas se consolidaron pronto y se carecía de una clara proclamación jerárquica legal.

El art. 84 ET actual es el resultado de las reformas sucesivas del RD-Ley 7/2011 y la Ley 3/2012, cuyo objetivo ha sido otorgar preponderancia a los convenios de empresa. Para ello, la revisión normativa más determinante ha sido la introducción de prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el sectorial, estatal, autonómico o de ámbito inferior respecto a un listado de materias. La Ley 3/2012 únicamente ha especificado que tal convenio de empresa "podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior". En principio, la restricción a un número de materias podría llevar a considerar que el efecto deshomogeneizador no sería tan profundo; sin embargo, la consideración de las materias incluidas en tal listado supone comprobar el inmenso impacto que los convenios de empresa pasarán a tener en

la regulación de las relaciones laborales, lo que probablemente redundará en una particularización casuística de las condiciones de trabajo.

En esta línea, se ha considerado que esta reforma del art. 84 ET lleva hasta el extremo las posibilidades de adaptación de la empresa, tutelando los concretos intereses de ésta en desigual sacrificio de las condiciones de trabajo fijadas a nivel sectorial.

IV. CONCEPTO

El convenio colectivo es el pacto o acuerdo que, adoptado por los representantes de los trabajadores y los empresarios, tiene por finalidad regular las relaciones laborales en su correspondiente ámbito de aplicación.

En atención a la legitimación de las partes negociadoras y al procedimiento de negociación puede distinguirse entre dos tipos de convenios: convenios colectivos estatutarios y convenios colectivos extraestatutarios, con diferente eficacia jurídica y eficacia personal.

Junto con esas dos grandes categorías, también hay que distinguir los Pactos de Empresa que son los que negociándose en el ámbito de la empresa, resultan de aplicación al respecto de ciertas materias que la ley expresamente menciona.

Los convenios colectivos estatutarios son los que se ajustan a lo regulado en el E.T., tanto en lo referente a los sujetos negociadores como al procedimiento de negociación. Las partes que lo acuerdan cumplen con lo previsto en el art. 87 y 88

E.T. y en su adopción se han sometido al procedimiento del art. 89 y ss. E.T. Por eso tienen una eficacia jurídica normativa y una eficacia personal absoluta o erga omnes. Es decir, que se aplica como norma a todos los trabajadores —excepto al personal de alta dirección— que resulten afectados por el ámbito de aplicación del convenio (ámbito funcional, personal y profesional en concreto) con independencia de su afiliación (o no afiliación) sindical.

Los convenios colectivos extraestatutarios, son los que se negocian al margen del procedimiento y de los requisitos de legitimación del E.T. Se defiende su existencia porque se entiende que en base al derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 C.E.), todo sindicato independientemente de su mayor o menor representatividad puede negociar un convenio, por ser la negociación colectiva contenido esencial de su derecho a la libertad sindical. Por tanto, son convenios al margen del Estatuto de los Trabajadores. Idea que ratifican el propio texto legal cuando habla de “convenios colectivos regulados en la presente ley” (arts. 82.3 y 90.1 E.T), puesto que esta mención interpretada a sensu contrario, permite pensar en la existencia de esos otros convenios colectivos no regulados por el E.T., es decir, de carácter extraestatutario.

Por lo demás, son convenios con una clara eficacia personal limitada a los trabajadores y empresarios directamente representados por las partes firmantes, aunque en el caso de que cualquier otro trabajador solicite su adhesión individual al convenio colectivo extraestatutario, el empresario no se la podrá negar. Es más, en ocasiones y con el fin de evitar la existencia de un doble estatuto en la empresa, es el empresario el que aplica de oficio sus mejoras respecto al convenio estatutario a todos los trabajadores.

En cuanto a su eficacia jurídica no está claro si hay que entender que es normativa o contractual, aunque las últimas sentencias del T.S. parece que son más favorables a esto último. La opción por una u otra cosa es importante desde el punto

de vista de la concurrencia de las normas. Y es que de entender que los convenios extraestatutarios poseen eficacia normativa, en caso de que exista concurrencia entre estos convenios y los estatutarios, se tratará de un conflicto de concurrencia entre normas de los previstos en el art. 3.3. E.T., a resolver en consecuencia aplicando el principio de norma más favorable. Si, por el contrario, se partiese de la eficacia contractual de los convenios extraestatutarios, la resolución de la concurrencia exigirá acudir al art. 3.1. c) E.T. y aplicar el convenio que, cláusula por cláusula, resultase más favorable para los trabajadores.

A mitad camino entre los anteriores se sitúan los pactos de empresa, que son acuerdos que se negocian a nivel de empresa de manera informal, esto es, sin someterse al procedimiento regulado en el art. 89 y ss. E.T. pero por quienes sí cumplen con los requisitos de legitimación de los arts. 87 y ss. E.T.

Su eficacia jurídica es normativa y su eficacia personal erga omnes aunque limitada al ámbito de la empresa. En cualquier caso, la ley sólo se refiere a estos acuerdos o pactos de empresa en seis situaciones en concreto: sistemas de clasificación profesional; ascensos; el recibo del pago de los salarios; distribución irregular de la jornada; límite de 9 horas de trabajo diario; disminución de la plantilla a efectos de la representación unitaria.

Así, esquemáticamente:

Tipología de convenios colectivos: En atención a la legitimación de las partes negociadoras y al procedimiento de negociación puede distinguirse entre dos tipos de convenios: convenios colectivos estatutarios y convenios colectivos extraestatutarios. Convenios a los que hay que unir los Pactos de Empresa que son acuerdos a mitad camino entre los anteriores.

Los convenios colectivos estatutarios: Son los que se ajustan a lo regulado en el Estatuto de los Trabajadores, tanto en lo referente a los sujetos negociadores (art. 87 y 88 E.T.) como al procedimiento de negociación (arts. 89 y ss. E.T.). Por eso tienen una eficacia jurídica normativa y una eficacia personal absoluta o erga omnes.

Los convenios colectivos extraestatutarios: Son los que se negocian al margen del procedimiento del art. 89 y ss. E.T. y de los requisitos de legitimación del Estatuto de los Trabajadores. Se defiende su existencia sobre la libertad sindical del art. 28.1. C.E. y el derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de esa libertad sindical. (STCs de 29 de noviembre, de 22 y 28 de enero, 11 de mayo y 6 y 30 de julio y 30 de diciembre de 1983, 27 de marzo de 1984, de 27 de junio de 1984, 29 de julio de 1985 y 8 de junio de 1989).

Por lo demás, son convenios con una clara eficacia personal limitada a los trabajadores y empresarios directamente representados por las partes firmantes y con una discutible y discutida eficacia jurídica, aunque los últimos pronunciamientos del T.S. parecen decantarse más hacia la eficacia contractual que normativa

Los pactos de empresa: A mitad camino entre los anteriores se sitúan los pactos de empresa, que son acuerdos que se negocian a nivel de empresa al margen del procedimiento regulado en el art. 89 y ss. E.T. pero por quienes sí cumplen con los requisitos de legitimación de los arts. 87 y ss. E.T. Su eficacia jurídica es normativa y su eficacia personal erga omnes aunque limitada al ámbito de la empresa. De todas formas, la ley se refiere a los mismos de forma expresa.

V. EL PROCEDIMIENTO ESTATUTARIO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las partes negociadoras que ostenten legitimación simple para negociar (artículo 87.1 del ET) deben reunirse a fin de constituir la comisión negociadora y, en este primer encuentro formal, el ET impone a los negociadores el trámite previo de reconocerse mutuamente como interlocutores válidos (artículo 87.1.III del ET), lo que no significa que sean aquéllos los que se atribuyen legitimación para negociar, «ya que tal legitimación deriva de que cumplan los requisitos que, de manera indisponible, la Ley establece, por lo cual ni tal recíproco reconocimiento generaría que quien careciera de tales requisitos alcanzara legitimación, ni la falta del mismo privaría de dicha legitimación a quien los cumpliera».

Así, si individualmente cada asociación empresarial no ostentaba la legitimación simple que exige el artículo 87.2 o si, por ejemplo, faltó la mayoría necesaria para una válida constitución de la comisión negociadora, porque las asociaciones empresariales que negociaron no representaban a la mayoría de los empresarios afectados por el convenio (como antes rezaba el artículo 88.1.II del ET), el extinto TCT resolvió en el sentido de que no puede «entenderse subsanado este vicio por el hecho de que el sindicato reconociera a la asociación como interlocutor, pues los requisitos de implantación exigidos en el Estatuto no constituyen derecho dispositivo que puedan las partes convalidar con sus actos, sino que son normas de derecho necesario indisponible que han de cumplirse por los negociadores para poder aprobar válidamente el Convenio».

La negociación colectiva empieza circunscribiendo su objeto a la creación de la comisión o mesa negociadora, que quedará formalmente constituida tras firmar el secretario de la mesa y el presidente —que acuerden designar las partes— o, en

ausencia de éste, un representante de cada banco, el acta de constitución de la comisión (artículo 88.4 del ET).

Efectivamente, en este inicio de la negociación estatutaria, antes de emprender las discusiones sobre el convenio, han de cumplir los interlocutores con la exigencia del ET (artículo 89.2) de crear una especie de asamblea de delegados, una suerte de reunión de apoderados, puestos por las propias partes, en la que existe obligación de delegar el desarrollo formal de las deliberaciones en torno a los contenidos del convenio.

El interés se centra en el hecho de que el cumplimiento de la mencionada exigencia de constituir una mesa de delegados para la negociación del convenio supone la interposición de otra negociación de hecho, que omite el ET —aunque la sobreentienda, que puede ser más o menos fluida y que se agota en la determinación de los aspectos numéricos y personales de la comisión. Por tanto, con el exclusivo fin de acordar estos aspectos de la mesa, va a desarrollarse, con mayores o menores dificultades, esta negociación que transcurre en dos niveles de diálogo y decisión.

En primer lugar, se encuentra el nivel de negociación y acuerdo ínter partes. En él, la representación de los trabajadores y la del empresario (o él mismo, si la negociación es de empresa) que decidan implicarse en el diálogo colectivo negocian entre sí, a través de sus delegados, algún aspecto de la comisión negociadora constituyente, básicamente, la designación de un presidente o, en caso contrario, la concreción de «...los procedimientos a emplear para moderar las sesiones y signar las actas» (artículo 88.4 del ET). También otras cuestiones quedan a merced de la negociación y acuerdo ínter partes como la determinación del «espacio geográfico en el que han de tener lugar las sesiones o (de la financiación de) los gastos que originen los desplazamientos de los miembros para asistir a las deliberaciones».

En segundo lugar, aparece un nivel interorganizativo de debate y decisión que contesta al pluralismo sindical y de intereses económicos privados que normalmente caracteriza a la representación laboral y empresarial, respectivamente. La concurrencia de varias organizaciones en cada lado de la negociación, sindicales, en una parte, y empresariales, en la otra, impone la necesidad de un primer diálogo interorganizativo entre dichas organizaciones de cada lado, a fin de debatir y resolver sobre determinados extremos de la creación de la mesa. En concreto, 1) sobre la composición numérica de su banco en la comisión, 2) sobre el reparto entre las distintas organizaciones del *númerus clausus* de vocalías o puestos del respectivo banco (el social o el económico) de la mesa negociadora que han acordado previamente y 3) sobre la disposición de asesores que asistan en las deliberaciones «con voz, pero sin voto» (artículo 88.2 del ET).

En general, los autores se refieren a la comisión o mesa negociadora como «órgano» de negociación, quizás porque la inercia de la nomenclatura empleada en el régimen anterior los arrastra a ello. Referirse a la mesa como «órgano ad hoc» es tanto como decir que aquella es «un centro de competencias que imputa su actividad a la organización de la que forma parte». Sin embargo, con el cambio de régimen político, las partes negociadoras dejaron de constituir aquellas corporaciones de derecho público en cuya estructura orgánica interna se integraba ad hoc la mesa negociadora, que formaba la voluntad del ente corporativo. Con el convenio resultante «no se constituye una voluntad plural común que vincule a todos los intervinientes, sino una expresión separada de voluntades imputables cada una de ellas a la asociación respectiva».

En la actualidad, la comisión negociadora constituye una suerte de pseudo-órgano que, diseñado en abstracto y para la incorporación de valores democráticos, de racionalidad y homogeneidad, se erige en patrón o modelo de organización del diálogo que legitima el curso de unas negociaciones cíclicas, plurales e inevitablemente abiertas a la incidencia de variables de todo orden.

La mesa de negociación consiste en una convención de apoderados que traduce a trato entre personas físicas lo que, jurídicamente, suele ser negociación entre personas jurídicas (sindicatos y asociaciones empresariales). Por lo pronto, aquella reunión de delegados accede a una individualidad que la separa de los sujetos negociadores: «las partes negociadoras y la comisión negociadora son entidades distintas; las primeras están formadas por quienes, gozando de legitimación para negociar según el artículo 87 del propio Estatuto, deciden participar en la negociación; la segunda, por quienes son designados por la respectiva parte negociadora para componer dicha comisión e integrar en ella los correspondientes "bancos" social y económico».

Aquella individualidad no es, sin embargo, equiparable a ostentar personalidad jurídica. Por ejemplo, han afirmado los Tribunales que «...la comisión negociadora del convenio... carece en absoluto de capacidad procesal para ser demandada, es decir, (que) no recae en ella la necesaria legitimación pasiva. (Son, en cambio) ...los comités de empresa de los distintos centros de trabajo (o los sindicatos... los) que han de ser demandados como parte negociadora del convenio».

Por otra parte, aquella asamblea de representantes asume un encargo muy específico y sólo en él encuentra todo su sentido: «el mandato de la comisión negociadora comienza con su designación y termina con la firma de convenio o la ruptura de las negociaciones». En aquel mandato se agota también el reparto proporcional de vocales que, al efecto y siguiendo los criterios del ET, se haya realizado, ya que «prolongar (aquella distribución de puestos) a período posterior supondría atribuir... (a los vocales designados en función de la misma) unos poderes que carecen del necesario apoyo legal y puede determinar preterición de alguna de las (representaciones) que componen cada parte negociadora» (en tanto que acaso no todas se hallen presentes en la comisión negociadora).

Se concluye pues que la «comisión es una suerte de delegante/mandataria... (o apoderada) con un objetivo "ad hoc" negociador por lo que cabría decir, a fines ilustrativos, que, a estos efectos, la comisión negociadora en su vertiente social se manifiesta o actúa en nombre de (las partes con legitimación para negociar».

El artículo 88.2 del ET prevé que las partes negociadoras, de mutuo acuerdo, «podrán designar un "presidente"». Insiste, de nuevo, el número 4 del mismo artículo en que «la comisión podrá tener un "presidente" con voz, pero sin voto, designado libremente por aquélla». Y afirma, por último, el mismo precepto que, «en el supuesto de que se optara por la no elección (de dicho presidente), las partes deberán consignar en el acta de la sesión constitutiva de la comisión "los procedimientos a emplear para moderar las sesiones y signar las actas que correspondan a las mismas un representante de cada una de ellas, junto con el secretario"».

El buen orden y el respeto mutuo durante las intervenciones de los vocales en la mesa de negociación pueden quedar en manos de los propios intervinientes. Los portavoces de cada organización pueden bastarse para guardar el orden en las discusiones, sin embargo, cabe que se entienda necesaria la presencia de un moderador que garantice la corrección y el equilibrio en el obrar de los interlocutores. Al efecto, tendrá lugar una negociación entre las partes negociadoras, legitimadas por los artículos 87 del ET, a fin de consensuar la elección de una persona física, de extracción cualquiera, que presida las reuniones de la mesa.

La figura del presidente puede ser recomendable, ya que «todo cuerpo numeroso (como lo es la comisión negociadora de un convenio —aunque no se trate de un órgano, pero también las Cámaras legislativas o, en general, los órganos colegiados) necesita de una autoridad que lo dirija, que resuelva sus discrepancias y que impulse el desarrollo de sus funciones. Ésta es, en síntesis, la ratio (que explica su previsión en el funcionamiento de los órganos colegiados)». Es por ello que, mutatis mutandis, sirve a la población de los yermos estatutarios trasladar a nuestras

reflexiones en torno a la presidencia de la mesa negociadora buena parte de la elaboración doctrinal existente acerca de los presidentes de las Cámaras parlamentarias.

1. En primer lugar, sujeta al ejercicio de la presidencia de la comisión la observancia de principios como la independencia, la autonomía o la objetividad. Efectivamente, el presidente de la mesa no ha sido previsto para «servir a los intereses de facción, sino a los generales (de la comisión). Por ello, su misión exige situarse por encima de las confrontaciones (entre los bancos social y económico), sirviendo con objetividad a las funciones de su cargo».

2. En segundo lugar, es requisito imprescindible que los bancos de la mesa profesen confianza suficiente al presidente. «De otra forma, la confrontación (negocial) se trasladaría de (la discusión sobre temas laborales y otros contenidos del convenio) ...a problemas no estrictamente (laborales) como son los derivados de la administración y gobierno interno de la (comisión), erosionando así la base objetiva y neutra que permite a (ésta) la realización de sus tareas (estatutarias). De ahí la necesidad de que el cargo de presidente (de la mesa) sea ejercido lo más imparcialmente posible».

El ET hace presupuesto y sostén de aquella confianza necesaria al mutuo acuerdo entre las partes que debe observarse en la designación del presidente, designación que, por otro lado, les es acertadamente atribuida como derecho (sin intervención alguna del Estado). También los Tribunales se han manifestado al respecto, reconociendo que, «ciertamente, las partes han de coincidir en el nombramiento de la persona que haya de presidir las deliberaciones... (Sin duda) el nombramiento del presidente de las deliberaciones debe ir precedido del mutuo acuerdo, dado que una sola persona va a asumir un cometido (moderar las sesiones) que afecta al interés de ambas partes negociadoras».

Una genérica alusión a las funciones del presidente. Al respecto, se revela especialmente significativo el hecho de que el artículo 88.4 del ET prevea la suficiencia de suplir la designación de un presidente con la consignación en el acta de la sesión constitutiva de la comisión de los procedimientos a emplear 1) para moderar las sesiones y 2) para que signen las actas que correspondan a las mismas un representante de cada una de ellas, junto con el secretario. Con ello, parece reducirse el papel del presidente al ejercicio de dos funciones, a saber, una, con posibilidad de acaparar multitud de tareas, que es la de dirigir los debates y otra, más específica, que consiste en firmar, junto con el secretario, las actas de las sesiones que se celebren. Sin embargo, también puede corresponder al presidente representar a la comisión si la mesa lo faculta para ello. Por ello, cabe que los vocales acuerden que, en su nombre y dentro de un plazo de quince días computado a partir del momento en que las partes hayan firmado su pacto, el presidente sea quien haya de presentar a la autoridad laboral el convenio, a los solos efectos de registro (artículo 90.3 del ET).

Según qué acciones y decisiones incluya la dirección o moderación de los debates, el presidente de la mesa ocupará una posición fuerte, que hará depender de sus decisiones el funcionamiento de la comisión, o, por el contrario, se limitará a cumplir como mero moderador que anote el turno de intervenciones según se le vaya indicando y cuide ligeramente del equilibrio en el uso del tiempo de palabra y, en general, de la observancia de las reglas de cortesía y buen orden en la negociación. Todo ello dependerá, en última instancia, del acuerdo entre las partes.

Dirigir los debates puede incluir funciones diversas, entre otras, la de mantener un orden en las deliberaciones concediendo o retirando el uso de la palabra a los vocales para, con ello, hacer observar un cierto principio de contradicción entre los bancos y evitar también intervenciones filibusteras u obstruccionistas. También puede suponer la dirección del debate el cumplimiento de otras tareas como convocar las sesiones, decidir —de conformidad con los bancos— un orden del día para cada

sesión, hacer cumplir el citado orden y, cómo no, también el calendario o plan de negociación que decidieron los negociadores.

Por otra parte, es improbable que el presidente ejerza facultades de policía, llegando a expulsar de las reuniones a los vocales que las perturben o provoquen desorden grave. Lo normal es que los propios portavoces de las organizaciones presentes llamen al orden a sus vocales. Con todo, el presidente es quien, en el momento mismo de negociar, tiene atribuida la facultad de enjuiciar la aceptabilidad de las conductas conforme al principio de buena fe, pudiendo in situ llamar a su corrección.

Por último, el ET prevé la figura del secretario. Su cometido es signar las actas y, en general, dar fe de las reuniones y acuerdos que se adopten en la comisión, por lo que se encarga de la documentación relativa a las sesiones de la mesa. Nada impide que estas funciones las asuma el propio presidente.

El derecho a negociar la composición del banco respectivo de la comisión negociadora.

Son multitud las decisiones en torno a la constitución de la mesa que quedan a merced de la negociación entre las organizaciones que integran cada parte negociadora. Desde fijar, respetando los máximos, el número de vocales que compondrá el banco respectivo, hasta repartir entre las organizaciones concurrentes la designación de aquél concreto número de vocales pactado, pasando por disponer la asistencia de asesores en la negociación.

En el orden lógico, en primer lugar, debe señalarse quiénes pueden concurrir al mencionado debate interorganizativo. El derecho a negociar la disposición de los vocales de la mesa, tanto su número como su designación, corresponde a las

organizaciones con legitimación simple, inicial o interviniente, según determina el artículo 87 del ET, que, además, «conjuntamente» alcancen las mayorías representativas del artículo 87.1.II, en el caso de las secciones sindicales, y del artículo 88.1.II. del ET, si se trata de sindicatos y asociaciones empresariales.

La negociación interorganizativa se abre pues, en el ámbito empresarial, según el tipo de iniciativa (artículo 88.1.I), bien entre los miembros del/los comité/s de empresa (o del comité intercentros) o los delegados de personal o bien entre las secciones sindicales «que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité» (artículo 87.1.II) e, individualmente, tengan representación en los órganos de representación unitaria o pertenezcan a sindicatos más representativos (artículo 8 de la LOLS).

Por su parte, en el nivel supraempresarial, la discusión en torno a la composición del banco respectivo tiene lugar, en un lado, entre las distintas organizaciones sindicales que, legitimadas por el artículo 87.2, «representen (conjuntamente) como mínimo... a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal» y, en el otro lado, en el seno de la «la asociación empresarial (—o entre las asociaciones empresariales— legitimada/s por el artículo 87.3 del ET) que represente, como mínimo, a empresarios que (conjuntamente) ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio» (artículo 88.1.II.).

Al margen de la determinación de la titularidad, se ha entendido que el ejercicio del derecho a negociar la composición del banco respectivo y, en su caso, designar vocal/es en el mismo «...o la actuación práctica de su contenido, como reflejo que es de su libertad sindical, depende en todo caso de la voluntad de su titular, esto es, se trata de un derecho de ejercicio facultativo, aunque bien es verdad que la falta de su puesta en práctica en una o en repetidas ocasiones no entraña en este caso renuncia del derecho mismo, si es que ello fuera posible; en cualquier caso,

su uso depende del libre arbitrio del sujeto que lo encarna. Cuando la falta de participación de un sindicato en la comisión negociadora se debe, no a la exclusión expresa o a las trabas que provengan de los restantes negociadores o de los terceros, sino a la pasividad de aquél, no puede sostenerse razonablemente que resultan desconocidos o lesionados el derecho constitucional de libertad sindical y su reflejo en el de negociar convenios colectivos, cuando ni en el plano público ni en el privado se impide o dificulta su libre ejercicio». De otra manera, «...el contenido del derecho de actividad sindical consiste en "participar o no participar" en la negociación colectiva».

El artículo 88.3 del ET fija en doce el número «máximo» de miembros de cada banco en la mesa negociadora de un convenio colectivo de empresa, mientras que deja en un «máximo» de quince el número de componentes para negociar un convenio de ámbito supraempresarial.

La indisponibilidad del límite numérico. El TS ha justificado esta limitación de puestos que establece el ET, argumentando que «es obligado establecer un número máximo de representantes de los trabajadores en el banco social, con el fin de que, al mismo tiempo, se respete el criterio de proporcionalidad en la composición de las mesas negociadoras y no se dificulte la negociación con la imposición de un número desmesurado de miembros de las mismas».

Lo cierto es, sin embargo, que, en alguna ocasión, la fijación de tan exactos límites numéricos ha podido privar de presencia en la mesa a sujetos con legitimación inicial para negociar, usualmente a secciones sindicales en las negociaciones de empresa. Como todas las normas del procedimiento negociador, el TS considera que dichos máximos constituyen derecho necesario, indisponible para las partes, que sólo podrán negociar para su banco un número menor de puestos o vocalías.

Los argumentos del TS pueden resultar válidos para juzgar, en cada caso concreto, la idoneidad de la composición numérica pero no bastan para justificar un límite numérico exacto de doce, en un caso, y quince, en otro. No parece amenazar la proporcionalidad del reparto de puestos ni dificulte la negociación que el banco social de la comisión negociadora de un convenio de empresa se integre por trece o catorce o quince vocales, por ejemplo, si ello consigue asegurar la presencia directa de todas las secciones sindicales con legitimación inicial para negociar y facilita la consecución de un acuerdo. En consecuencia, podría cuestionarse el carácter de ius cogens que la jurisprudencia predica de aquellos números máximos.

La fijación de un número menor de vocales. El establecimiento de aquellos máximos numéricos viene a dar margen a las organizaciones para negociar a su conveniencia un número menor de miembros en cada banco.

Al respecto, como ha señalado el TS, se debe partir de que «la composición (numérica) de la representación social (y de la empresarial) en la comisión negociadora (y el reparto de la designación de vocales) constituye(n) una "fase previa" que ha de ser decidida entre los representantes (unitarios o sindicales, según el caso) de los trabajadores (por un lado, y los de los empresarios, por otro) a través de una "negociación intraorganizativa", cuyo resultado responderá al equilibrio de fuerzas existente entre las distintas opciones representativas».

Sin embargo, el propio TS ha dejado claro en sus sentencias que, si bien «el legislador ha remitido a la autonomía de las (organizaciones) la composición numérica de la comisión negociadora de los convenios colectivos llamados estatutarios, y (que) salvo casos excepcionales de ejercicio abusivo de este derecho, no corresponde a los Tribunales corregir o valorar la oportunidad de los acuerdos colectivos o sindicales adoptados sobre el particular (debe señalarse que) una fijación (de componentes) en menor número, decidida con el fin de excluir a determinadas representaciones sindicales, constituiría actuación fraudulenta que atentaría a la

libertad sindical de los excluidos; así lo tiene declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 137/1991, de 20 de junio (RTC 1991, 137)».

La paridad numérica entre los bancos de la mesa de negociación. Se ha dicho, además, que dicha autonomía de las partes para fijar el número de componentes de la mesa «no soporta más reglas de Derecho necesario que "la igualdad numérica de las dos representaciones" y los respectivos límites máximos (de doce y quince, según el caso)». Sin embargo, en relación a la citada igualdad numérica, se han emitido opiniones contrarias al parecer transcrito. No parece que sea necesario observar un criterio de paridad (igual número de representantes de ambas partes), y ello porque la adopción de los acuerdos requiere el voto favorable de las representaciones (la empresarial y la de los trabajadores).

La exigencia de paridad numérica parece anclada en una visión organicista de la comisión, pero la mesa no es un órgano administrativo. Más bien, a efectos de compromiso (es decir, a efectos de perfección del contrato), lo importante es la postura que en la mesa adopten los portavoces y representantes de cada asociación, al margen del número de miembros en la mesa que se posea o que, en el caso concreto, asistan. Ciertamente, lo jurídicamente determinante es el encuentro o desencuentro de dos declaraciones de voluntad (oferta y aceptación), sin importar la simetría numérica de los contratantes.

Corresponde a las representaciones unitarias o a las secciones sindicales, en la negociación de empresa, y a las organizaciones sindicales, en las negociaciones de sector decidir, también a través de una negociación interorganizativa, cuántos vocales del respectivo banco corresponderán designar a cada una de ellas. Sin embargo, teóricamente, no son aquéllas plenamente libres para acordar uno u otro reparto de los puestos del banco.

El ET, en el caso de los convenios de sector, y la actual doctrina de los Tribunales, en relación a los convenios de empresa, han impuesto a las organizaciones concurrentes la observancia de un "principio de proporcionalidad" que contribuye a la legitimidad del sistema estatutario de negociación porque, más respetuoso con las minorías, «asegura su participación evitando que el juego de las mayorías elimine o neutralice un interés legítimo, pues el derecho (de) negociar conlleva necesariamente el derecho a formar parte de la comisión negociadora (o a participar en su constitución), circunstancia que no se asegura con el acuerdo mayoritario».

En lo que respecta a los convenios supraempresariales o de sector, resuelve expresamente el ET que «todo sindicato, federación o confederación sindical y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación (del artículo 87.2 del ET) tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora» (artículo 87.5), y lo hará «...en proporción a su representatividad» (artículo 88.1.II.). Es decir, en el momento de acordar la distribución de vocales, las organizaciones concurrentes han de observar, por imperativo legal, un principio de proporcionalidad que les obliga a reproducir en aquel reparto de puestos sus diferencias de representatividad.

En un primer momento, antes de su juridificación, las representaciones laborales o empresariales disconformes con el reparto en proporción a la representatividad opusieron al principio de proporcionalidad la vigencia del principio de igualdad entre sindicatos, pretendiendo modular, o incluso, sustituir la aplicación de aquél, pero los Tribunales han sido contundentes al respecto: «el principio de igualdad de trato entre los distintos sindicatos que puede encontrar fundamento en los artículos 14 y 28.1 de la Constitución, si bien impide la admisión de diferencias carentes de justificación, no debe conducir, sin embargo, en el campo de la negociación colectiva... a otorgar a aquellos que acrediten escasa representatividad un tratamiento idéntico que el que se atribuya a los que tengan una mayor implantación».

En relación a la distribución de los puestos de la comisión negociadora de los convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior, el artículo 88.2 del ET no precisa, en cambio, criterio alguno que limite la libertad de pactos de los representantes unitarios o las secciones sindicales que integran la parte laboral.

Frente a este silencio normativo, se ha impuesto jurisprudencial y doctrinalmente la exigencia de proporcionalidad en la composición de la mesa de negociación del convenio colectivo de empresa. Los Tribunales se han referido, nuevamente, al carácter de *ius cogens* de las normas procedimentales, que impide su disponibilidad por los negociadores, y han argumentado, más concretamente, que hacer prevalecer el sistema de mayoría electiva supondría «disociar todo el proceso representativo y negocial, porque si ya existió una fuente institucional en que se vertió todo ese proceso a través de la constitución (del comité de empresa), y en cuya composición, mediante un reglado cauce electoral... se garantizó la prístina vía representativa de los trabajadores a favor de los por ellos elegidos miembros (del comité...), es evidente que si, posteriormente, para un acto concreto en el que se debe potenciar todo el cúmulo de esperanzas o defensa de intereses laborales/sindicales como es iniciar el "íter" de la negociación colectiva... merced a la composición de la comisión negociadora, no se respeta/mantiene aquel proceso o (no) perviven sus cualidades de garantía representativa, ejercitándose, en cambio, un discrecional/atípico sistema de nueva votación con fruto electoral bien distinto... a aquellos originarios o auténticos, puede decirse que entonces se habrán conculcado todas las esencias de aquella disciplina, pues en el proceso negociador que se inicie no se han reproducido, a buen seguro, las mismas voliciones o deseos de los representados». En definitiva, tanto en la composición del banco social de la mesa de negociación de un convenio de sector como en la de uno empresarial, vincula a las representaciones de cada lado la vigencia de un principio de proporcionalidad.

El cumplimiento por parte de las organizaciones negociadoras del mencionado principio de proporcionalidad a la hora de acordar el reparto de los componentes del banco respectivo no ha estado exento de dificultades conceptuales y técnicas que han necesitado de ulteriores precisiones por parte de los Tribunales. Merecen comentario algunas de ellas.

La medición de la representatividad. El reparto de vocales debe partir de la representatividad que cada organización ostente en el ámbito de negociación. La determinación de aquélla, como dato numérico, es previa al cálculo de la proporción, es decir, del porcentaje del total que corresponde a cada organización.

a) En primer lugar, la representatividad de cada organización sindical puede medirse en diferentes ámbitos, tanto territoriales (estatal, autonómico, provincial,...) como funcionales. Por ello, «como el criterio de medición tiene que ser homogéneo, en principio debe tratarse de la representatividad que —unos u otros— tengan en el ámbito funcional y territorial del convenio (que se pretende negociar)».

b) En segundo lugar, se ha discutido si la representatividad debe medirse a partir del número de votos obtenido en las elecciones sindicales por cada organización sindical o, en cambio, ha de medirse a partir de la presencia finalmente lograda por aquéllas en los órganos de representación unitaria (comités de empresa o delegados de personal), es decir, tomando el número de representantes unitarios conseguidos.

Los Tribunales se han decantado por esta última interpretación, sobre la base de dos argumentos. Por un lado, la consideración de las elecciones sindicales como un proceso que culmina en la consecución de un número de puestos y no en la obtención de cierto porcentaje de votos, que sólo alcanza su sentido cuando es traducido en un número de representantes unitarios. Por otro lado, el recurso al

mismo criterio del que se sirven los artículos 6 y 7 de la LOLS para medir, en general, la representatividad sindical, que no es otro que «...la especial audiencia que acrediten (sus candidaturas), expresada en la obtención de determinados porcentajes... de delegados de personal y de miembros de comités de empresa».

En definitiva, las diferencias de representatividad con arreglo a las cuales deben ser repartidas las vocalías de la comisión negociadora han de medirse «no en (función de) los votos obtenidos..., sino en (relación con) los puestos obtenidos por cada candidatura (en los órganos de representación unitaria)».

c) Finalmente, una vez aclarado que es el número de representantes unitarios obtenido por cada candidatura el dato que se toma como unidad de medida de la representatividad, ha surgido la duda de cómo proceder ante las modificaciones que, con posterioridad a las elecciones, alteren aquel número.

Es decir, como resume el TS, debe resolverse si la medida de la proporción es «la audiencia electoral de los sindicatos o candidaturas presentes en el comité de empresa resultante de las elecciones sindicales o, lo que es lo mismo, la configuración o distribución de... miembros del comité de empresa en el momento de su constitución o de sus posibles renovaciones por sustitución o elección parcial» (o 2) «la distribución efectiva de los miembros del comité, que normalmente coincidirá con la audiencia electoral, pero que puede diferir de este criterio... cuando se han producido vacantes en el comité de empresa (por despido, traslado, dimisión, (cierre de un centro de trabajo, e incluso, cambio de afiliación sindical de miembros del comité de empresa,...) que no se han cubierto mediante sustitución, o subsidiariamente, elección parcial».

El TS, en unificación de doctrina, ha resuelto definitivamente en favor del criterio de la audiencia electoral. Según el Tribunal, «...varias son razones en favor de la prevalencia de esta posición. Una de ellas es que, siendo el comité de empresa un organismo de carácter electivo, debe primar como criterio o patrón de medida la configuración o composición del mismo resultante de la elección de sus miembros... En contra de ello no puede argüirse que el desfase entre "composición electiva" y "composición efectiva" en el seno del comité sea responsabilidad del sindicato mayoritario, que debió proceder a la convocatoria de elecciones parciales para cubrir subsidiariamente las vacantes producidas por distintas vicisitudes en el intervalo entre dos procesos electorales de renovación total del organismo representativo, (ya que) la convocatoria de elección parcial... es una facultad de las entidades sindicales, pero no un deber de las mismas. Debe tenerse en cuenta, además, que los cambios en la composición del comité de empresa no dependen exclusivamente de las vicisitudes de la relación representativa, sino también de las vicisitudes de la relación de trabajo sobre la que aquélla se asienta; siendo ello así, parece más conveniente medir la representación proporcional con un criterio que evita la interferencia en la misma de acontecimientos que pueden ser ajenos a dicha relación representativa. A todo ello debe añadirse, en fin, que el criterio o patrón de medida de la audiencia electoral ha sido el adoptado por el legislador en materias próximas como la legitimación plena para negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa (artículo 87 del ET) o... la composición del comité intercentros (artículo 63.3 del ET)».

La atribución de vocales de la mesa a los representantes unitarios procedentes de candidaturas independientes. En la negociación de un convenio de empresa donde ostenten legitimación inicial y plena los independientes que concurren, el TS ha interpretado que la aplicación del principio de proporcionalidad «...no lleva consigo que los representantes unitarios procedentes de candidaturas independientes hayan de ser considerados de manera individual, pues esta solución produciría que ninguno de ellos pudiera estar presente en la comisión negociadora y que ésta se formara exclusivamente con representantes procedentes de candidatura sindical, ya que el

porcentaje (de representatividad) correspondiente a cada uno de aquéllos, de operar individualmente, quedaría neutralizado por el más alto que alcanzasen los (representantes de) procedencia sindical, con lo cual resultaría que, aun pudiendo ser mayor el número de los independientes, éstos no conseguirían estar presentes en el "banco social"».

En consecuencia, en el momento de asignar puestos a los independientes, se debe partir de que éstos forman, conjuntamente, un grupo homogéneo que suma los porcentajes de representatividad de todos los miembros independientes del comité de empresa o de los delegados de personal.

La asignación de puestos en la comisión negociadora a los sindicatos y asociaciones más representativos. Aun exceptuando la exigencia de proporcionalidad, la norma (artículos 87.2.a y b del ET) y la interpretación jurisprudencial y doctrinal imponen la presencia en la mesa de negociación de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos, cuando su escasa representatividad en el ámbito les impidiera tener algún vocal en la comisión.

Como señala la doctrina, «...(estos) sindicatos y asociaciones empresariales (aparecen) legitimados para negociar en razón de criterios no directamente relacionados con la representatividad específica que ostenten en el ámbito funcional del convenio; por el contrario, su legitimación inicial les viene de ser, respectivamente, sindicatos más representativos, tanto a nivel estatal como de Comunidad Autónoma (si se trata de un convenio estatal o de Comunidad Autónoma) o asociaciones empresariales más representativas de Comunidad Autónoma (si se trata de un convenio estatal)».

En definitiva, ha resuelto al respecto la doctrina mayoritaria que se debe «...garantizar al menos un puesto a los sindicatos más representativos a nivel estatal

o autonómico que no pudieran disponer de ninguno de acuerdo con el criterio del reparto proporcional utilizado», «aunque dicha presencia mínima no se corresponda a su representatividad real y vaya en detrimento de la presencia proporcional de otros sindicatos con mayor representatividad real», debido al juego de la limitación numérica de puestos en el banco.

El cálculo de la proporción. Uno de los silencios más graves del ET es no precisar sobre qué total calcular el porcentaje de representatividad de cada candidatura concurrente, en proporción al cual se asignará el número de vocales en la mesa negociadora. La referida laguna legal ha abierto entre los Tribunales dos modos de operar distintos, que parten de una interpretación diversa de la exigencia de proporcionalidad.

La proporcionalidad entre los intervinientes. Según esta interpretación, la proporción en el reparto de vocalías, que exige el artículo 88.1.II del ET, debe ser entre las organizaciones con legitimación inicial que, efectivamente, acuden a la negociación, no en relación al total del ámbito. Es decir, que el cálculo de los porcentajes de representatividad, de cara tanto al reparto de vocales como al cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio, se debe realizar sobre el 100% de concurrentes, no del total del ámbito.

El matiz es muy importante, ya que no siempre están en la negociación todos los que ostentan legitimación inicial y nunca están, desde luego, los que no la ostentan, aunque tengan representatividad en el ámbito. Un obiter dicta de la STS de 23 de noviembre de 1993 ilustra a la perfección sobre la aplicación de esta interpretación. En su Fundamento de Derecho segundo, afirma que «...para 1990, en el ámbito del sector de la pizarra, (el resultado de la elecciones a representantes de los trabajadores) fue el siguiente: USGA, 74 representantes, porcentaje (sobre el total del ámbito) 52,49%; CC.OO., 25 representantes, porcentaje 17,73%; UGT, 31 representantes, porcentaje 21,99%; CSI-CSIF, 6 representantes, porcentaje 4,26%;

CIG, 2 representantes, porcentaje 1,42%; grupo de trabajadores, 3 representantes, porcentaje 2,13%; total de representantes elegidos 141, porcentaje 100%».

Según el TS, la base sobre la que calcular el porcentaje de representatividad que corresponde a cada organización, necesario tanto para el reparto de vocales como para el cómputo de la mayoría requerida para la aprobación del convenio, debe ser «...no... la totalidad de la representación del sector (141 representantes), sino únicamente... la que en la concreta negociación determinó la atribución de la legitimación plena del artículo 88.1.II del ET...», que en el caso de la Sentencia es un total de 132 representantes, que corresponde a la suma de los representantes de las organizaciones que, efectivamente, acuden a la negociación, porque CSI-CSIF decide no acudir y la agrupación de trabajadores carece de legitimación inicial (no es un sindicato).

La proporcionalidad en relación a la totalidad del ámbito. Frente a la anterior interpretación, otros Tribunales entienden que el porcentaje de representatividad de cada organización ha de calcularse sobre el total de representantes elegidos en el ámbito.

Así, «...para lograr la proporcionalidad necesaria... en la formación de la comisión negociadora, la doctrina y la jurisprudencia han venido aceptando de manera pacífica el empleo de una "fórmula matemática" que consiste en dividir el número "total" de representantes elegidos en el ámbito de que se trate por el número de miembros de que va a constar la comisión negociadora, y el cociente será el módulo que sirva para determinar la distribución de los puestos a cada uno de los que acrediten legitimación inicial para negociar... De esta manera se van adjudicando puestos en la comisión negociadora hasta completar su número máximo, con los enteros y con las fracciones que resulten, tomadas en orden de mayor a menor».

Por tanto, en la mesa de negociación, corresponde a cada candidatura el número de vocales que resulte de dividir el número de representantes unitarios que pertenezcan a dicha candidatura —del total existente en el ámbito— entre la cifra (el módulo) que, a su vez, se obtenga de dividir el número total de representantes unitarios del ámbito entre el número de miembros de la comisión. Así, si de un total de 108 representantes unitarios elegidos en el sector, 45 pertenecen a la organización X, el número de puestos que a la misma corresponderá en una comisión negociadora cuya composición ha sido rebajada, por ejemplo, a 12 miembros será el que resulte de dividir 45 entre el módulo 9 (que es lo que resulta de dividir 108 entre 12), es decir, 5 vocales.

Se obtiene el mismo resultado si se procede al cálculo dividiendo 100%, que representa la totalidad del ámbito, entre el número de vocales de cada banco, a fin de utilizar su cociente como ratio de reparto. Así, como en el ejemplo anterior, en una mesa con 12 puestos por banco, habría que dividir primero 100% entre 12, resultando una ratio de 8,333%. A continuación, se calcularía sobre la totalidad de representantes unitarios del ámbito el porcentaje que corresponde a la concreta organización que se quiere representar en la mesa negociadora (por ejemplo, sobre un total de 108 representantes unitarios en el ámbito, una representación de 45 supone un 41,666%). Se dividiría, finalmente, este porcentaje de 41,666% entre aquella ratio de 8,333%, obteniendo como resultado el número de vocales que corresponderían a aquella organización en la comisión, en este caso, 5 vocales.

La gravedad de esta dualidad de criterios. Lo cierto es que la aplicación de una interpretación o de la otra va a afectar a todas las organizaciones concurrentes por igual, con lo que, a efectos de la presencia de vocales en el debate, la utilización de un criterio u otro apenas va a trascender, salvo que impida la presencia de alguna organización con legitimación inicial en la mesa.

Por ejemplo, si en determinado sector hay un total de 150 representantes elegidos y de ellos, 70 corresponden a CC.OO., 50 a UGT, 20 a USO y 10 a candidaturas independientes, cuando, planteada la negociación, USO decida no acudir y los representantes unitarios queden fuera por carecer de legitimación inicial (artículo 87.2 del ET), se van a abrir las siguientes hipótesis a la hora de constituir una mesa rebajada, por ejemplo, a una composición de 12 puestos.

Si se sigue la tesis de la proporción entre los intervinientes, la ratio de reparto será el resultado de dividir 120 (100%) entre 12, es decir, 10 (8,333%). Así las cosas, los 70 representantes de CC.OO. (58,333%) se traducirán en 7 vocales en la mesa, mientras que los 50 de UGT (41,666%) se convertirán en 5 vocales.

Si se adopta la tesis de la proporción en relación a la totalidad del ámbito, la ratio de reparto resultará de dividir 150 (100%) entre 12, lo que da una ratio de 12,5 (8,333%). En consecuencia, los 70 representantes de CC.OO. (46,666%) se traducirán en ~ 6 vocales (5,6) y los 50 de UGT (33,333%), en ~ 4 (3,9). Quedarían vacantes en el banco dos de sus 12 puestos, al existir un porcentaje de representatividad (USO y candidaturas independientes) no presente.

En punto a la presencia en la mesa, la diferencia entre una interpretación y otra se reduce a repartirse, en un caso, 7 y 5 vocales y, en el otro, 6 y 4, lo que, ciertamente, a efectos de desarrollo de las negociaciones, no es muy relevante. Sí que es determinante, en cambio, que en el momento de computar la mayoría necesaria para la aprobación del convenio (artículo 89.3 del ET), se hayan calculado los porcentajes de representatividad sobre el número de representantes sólo de las organizaciones intervinientes o, por el contrario, se hayan calculado sobre la totalidad de representantes elegidos en el ámbito, acudan o no, a la negociación sus respectivas organizaciones. De esta cuestión, me ocuparé más adelante.

El problema de los decimales. Al margen del debate anterior, debe afrontarse que la proporción no siempre logra ser exacta y que, contrariamente, lo frecuente es que el número de vocales que traduzca el nivel de representatividad no resulte entero sino acompañado de fracciones. Los Tribunales han asumido el hecho y han previsto mecanismos para hacerle frente: «...en muchos supuestos no es posible constituir la comisión negociadora manteniendo un criterio de proporcionalidad estricto, (pero) sí debe al menos intentarse la máxima aproximación posible...», así, de conformidad con este principio vector, ante la presencia de decimales, «...es obligado el redondeo, siendo lógico adjudicar la unidad en litigio a aquella parte que cuenta con fracción más próxima a ella», «...lo que, además de potenciar la acción sindical, garantiza mejor el criterio de proporcionalidad y el respeto a los legítimos derechos de las minorías sindicales, evitando actitudes hegemónicas que sobrepasen los verdaderos resultados electorales».

El principio de proporcionalidad encorsetado en un número máximo de vocales por banco. Es obligado apuntar qué sucede cuando, de resultas de aplicar a la distribución de vocales el principio de proporcionalidad, alguna/s representación/es con derecho a integrar la comisión negociadora (según el artículo 87 del ET), sin embargo, debe/n quedar sin opción a designar directamente su/s vocal/es, debido a la aplicación de la ratio de reparto y a la limitación numérica de puestos (doce o quince, según el caso) de la mesa.

La negociación supraempresarial. La posibilidad de quedar excluido de la designación directa de vocales, aun ostentando legitimación inicial, es quizás más frecuente en la negociación de empresa, cuando ésta es protagonizada por las secciones sindicales, y no tanto en las negociaciones de sector, donde «el número máximo de 15 miembros para el banco social de la comisión negociadora (artículo 88.3) permite la participación de todos los Sindicatos legitimados, en tanto que la suma de éstos difícilmente rebasará el número de diez, dado el índice de representatividad requerido para gozar de legitimación para negociar. (Por el contrario) en los convenios de empresa, en los que... (el) número máximo (de componentes de cada banco de la mesa) queda reducido a doce, es... posible, dada la

atomización que deriva de los requisitos de legitimación exigidos, que no todas las Secciones Sindicales tengan cabida en la Comisión negociadora...».

Efectivamente, en la negociación supraempresarial, un banco social con 15 miembros determina una ratio de reparto del 6,666%, lo que no significa, en cambio, que aquella organización sindical que ostente justamente un 6,666% de representatividad en el ámbito tenga por ello derecho a un vocal en la mesa (salvo que se trate de un sindicato más representativo a nivel estatal o de Comunidad Autónoma, que tiene derecho a un vocal con independencia de su representatividad en el ámbito), ya que el artículo 87.2.c. del ET exige un mínimo del 10% de representatividad. Por tanto, los sindicatos que se encuentran por debajo de este porcentaje quedan fuera del reparto, no tienen derecho a negociar la composición del banco ni a designar vocales y, por ello, por definición, con 15 puestos en el banco, es difícil que algún sindicato con legitimación interviniente quede fuera de la mesa: con sólo ese 10% de representatividad que se exige como mínimo, ya se tiene derecho, al menos, a un vocal.

Aun así, se pueden plantear problemas en aquella negociación de sector donde los sindicatos concurrentes deciden fijar un banco social con menos de 10 miembros, lo que determinaría una ratio de reparto superior al 10% (en un banco con 9 vocales, la ratio es del 11,111%). Esto supondría que el sindicato con un 10% de representatividad, aun teniendo derecho a designar su vocal, al margen ahora de los redondeos que procedieran, podría no conseguir ninguno. Con toda probabilidad, aquella composición numérica fuera tachada de fraudulenta por atentar contra el derecho de libertad sindical del sindicato excluido.

La negociación de empresa. La situación es algo más compleja en la negociación de empresa llevada a término por secciones sindicales. Todas las que tengan representación en los órganos de representación unitaria o pertenezcan a sindicatos más representativos (artículo 8.2 de la LOLS), incluso la que ostente un mínimo porcentaje de representatividad (un 1%, por ejemplo), tienen individualmente

derecho a integrar la comisión negociadora (artículo 87.1.I. del ET), con lo que, aunque se acuerde que el banco social tenga el máximo posible de puestos (12, en este caso), pueden haber algunas secciones sindicales cuyo porcentaje de representatividad quede por debajo de la ratio de reparto (8,333%), sin tener posibilidad de designar directamente a su vocal. Todo ello, a pesar, incluso, de que se hayan efectuado redondeos que terminen concediendo un vocal que falte por designar a la sección sindical con el porcentaje de representatividad más próximo a la ratio.

En estos casos, la doctrina judicial ha salvado «...el derecho de todas ellas a participar en la designación del banco social de la misma (artículo 88.2 del ET)» ya que, sin duda, en lo jurídico, quien puede lo más debe poder lo menos, y si lo más es la facultad de designar un número de vocales en proporción a la representatividad (porque se tiene legitimación inicial al cumplir los requisitos del artículo 87), lo menos, cuando aquélla no sea ejercitable, debe ser, como poco, «participar» en la designación que lleven a cabo las otras secciones sindicales a las que, por su mayor índice de representatividad, sí ha llegado a corresponder la designación directa de vocal/es.

Sin embargo, los Tribunales no han especificado el modo de articular la participación de las secciones que han quedado fuera en el reparto de designaciones directas de vocales. Ello remite al ámbito de acuerdo del proceso fáctico de negociación interorganizativa, que debe permitir el logro de conformidades en torno a la compartición o cesión de vocales en el banco respectivo de la mesa.

Así, una posibilidad es que aquellas secciones sindicales minoritarias, incluso la que no supere el 1% de representatividad en el ámbito, unan sus porcentajes de representatividad a fin de concurrir con el total resultante al reparto proporcional de los vocales de la mesa, de manera que, el/los vocal/es atribuido/s emitirá/n con su/s voto/s, en el momento de la aprobación del convenio, una voluntad única fruto del acuerdo fáctico entre las secciones aunadas y equivalente al porcentaje de representatividad reunido.

En la negociación colectiva de determinados sectores, se ha constatado la vigencia de una práctica negociadora que evita estos efectos negativos que produce la combinación de la exigencia de proporcionalidad en el reparto de vocales y la limitación numérica de puestos en el banco. La mencionada práctica consiste en proceder al reparto de los puestos del banco en dos etapas. En primer lugar, se atribuye un vocal a cada candidatura con legitimación inicial sin considerar los porcentajes de representatividad. A continuación, se toma el remanente de vocalías y se reparte nuevamente entre aquellas mismas candidaturas, si bien, esta vez, el reparto tiene lugar en proporción a los porcentajes de representatividad de cada una en el ámbito. De esta forma, se asegura la presencia en la mesa de todos los sujetos con legitimación inicial.

Mientras el mencionado principio era asumido como facultativo para las organizaciones en su negociación interorganizativa de reparto de las vocalías, la observancia o inobservancia del mismo adquiría únicamente relevancia jurídica inmediata en orden a determinar el valor de los votos de los vocales en la fase final de la votación del convenio.

Así, si se habían distribuido los puestos de la mesa en proporción a los niveles de representatividad, éstos últimos dejaban de tomarse en cuenta como unidad de medida y pasaban a ser sustituidos por el voto de cada vocal, al que se debía atribuir entonces un valor de unidad y sobre el que habría de computarse la mayoría requerida por el artículo 89.3 del ET. Cuando, por el contrario, no habían sido designados los componentes de la mesa con arreglo al principio de proporcionalidad, los porcentajes de representatividad de cada organización representada en el banco se mantenían como unidad de medida, de manera que, los votos de los vocales no tenían valor independiente sino que el valor de todos ellos, emitidos conjuntamente, o de los que se hubieran emitido (incluso uno solo), consistía en encarnar el porcentaje de representatividad de la organización sindical poderdante.

En la actualidad, el principio de proporcionalidad es de obligado cumplimiento, así que la trascendencia jurídica de ajustarse a sus pautas ha adquirido inmediatez en relación a la validez del convenio colectivo pactado en una mesa cuyo banco social no fuera de composición proporcional a la representatividad de los sujetos legitimados.

En este caso, se ha resuelto que «cuando negocia el comité de empresa como sujeto legitimado, si bien elegirá los miembros de la comisión de conformidad a sus normas de funcionamiento y siguiendo el sistema de mayoría, sin embargo, al estar sindicalizada su conformación, la representación del mismo en la comisión negociadora habrá de ser proporcional a la representación real de cada fuerza sindical con presencia en el comité, debiendo conservar en la comisión, la mayoría y la minoría, sus porcentajes reales aunque sean reducidos a escala, por lo que (cuando no se constituya) la mesa negociadora atendiendo a estos criterios, procede (negar la validez del convenio colectivo, no sólo como estatutario, sino también como) extraestatutario ya que (aunque) la jurisprudencia ha venido declarando que un convenio declarado nulo como convenio estatutario tendrá, no obstante, validez como convenio extraestatutario, (ello no ocurrirá así cuando) la nulidad provenga de no respetar en cuanto a su contenido el derecho imperativo o necesario legal o reglamentario, o cuando haya sido acordado por una minoría del comité, ya que el artículo 65.1 del ET exige la mayoría para la toma de decisiones».

De otro lado, se ha reconocido a los Tribunales la posibilidad de corregir el reparto de puestos que haya sido contrario al principio de proporcionalidad. Así, no incurre en infracción alguna «la sentencia de instancia que, reduciendo la participación sindical mayoritaria en el órgano deliberante... sin quebrar la ratio legitimadora, dio acceso a representantes minoritarios cuya integración satisfacía el requisito de proporcionalidad en su compensación...».

La designación de los vocales de la mesa constituye un acto de apoderamiento, un negocio jurídico unilateral y recepticio de concesión al apoderado de un poder de representación. Con esta potestad, el representante queda obligado a cumplir determinadas funciones actuando en nombre y por cuenta del representado y bajo su dirección material, de forma que los efectos jurídicos de su actuación representativa se producen inmediatamente en la esfera jurídica del representado, desapareciendo el vocal de la escena de producción de los efectos, pues ninguno se produce para él.

Puede o no, subyacer al apoderamiento otro tipo de relación jurídica entre el vocal y la representación unitaria o sindical o la empresarial que lo designa, por ejemplo, ser miembro del comité de empresa o delegado de personal, integrar órganos internos del sindicato, estar contratado laboralmente por él,... En algún caso, esto no es indiferente para el apoderamiento pero, en general, la concesión de la potestad representativa se abstrae de ello.

Por otro lado, en precepto alguno se señala que constituya presupuesto objetivo de la validez del apoderamiento la observancia de determinada forma. Como afirma la doctrina civilista, «desde el punto de vista de la forma, el apoderamiento se rige por el principio espiritualista (de manera que) puede ser (aquel) expreso o tácito (y, en el primer caso,) darse por documento público, por documento privado o simplemente por palabra».

Ahora bien, a efectos de la publicidad del hecho y de la identificación por las partes negociadoras tanto de los respectivos vocales como del alcance de su poder de representación, conviene que el acto de apoderamiento sea expreso y se haga constar por escrito en el acta de la sesión constitutiva de la comisión negociadora. Debe expresarse en el acta «la identidad de los componentes (de la mesa), su legitimación y la representación que ostentan (esto es, el contenido de su poder de representación)».

En cuanto a los presupuestos subjetivos del apoderamiento, debe señalarse que, cuando es el comité de empresa (o los delegados de personal) quien actúa como parte negociadora, los vocales, además de tener capacidad civil, deben también ostentar «la condición de miembros del comité (de empresa o de delegados de personal)...». Además, conforme a la relación de apoderamiento que les une, las representaciones negociadoras han de profesar a sus vocales confianza bastante, de manera que, en caso de romperse, se puede llegar a plantear la sustituibilidad de aquéllos.

Efectivamente, es posible sustituir a los vocales en cualquier momento de la negociación. Ha sido reconocido pues al sindicato el derecho a sustituir a cualquiera de sus vocales de la comisión afiliado al mismo. Los argumentos son claros: «cada organización debe disponer de las opciones y vías estratégicas que, según los casos, impidan la frustración de su política o la exposición de sus objetivos a rigores que los inutilicen o dificulten excesivamente. Cualquier atisbo de recelo, reticencia, sospecha y especialmente de pérdida de confianza en la gestión de los sindicalistas designados, introduce un factor de dificultad en la posibilidad y racionalidad de la planificación negociadora que al sindicato compete (Por tanto), no cabe empuqueñecer su facultad de elegir aquellos representantes cuya fidelidad y afección a la causa propugnada garanticen la exactitud con que las directrices o compromisos sindicales se profesan en el curso de la negociación y la energía con que han de incorporarse al clausulado del convenio suscrito. Privar al sindicato de esta certidumbre equivale a ignorar "un poder de organización interior" que, en similares circunstancias, no se niega a los empresarios o asociaciones que lo invocan en nombre del artículo 38 de la Constitución».

Ahora bien, conviene aclarar que desde el momento en que se inicia formalmente la negociación colectiva estatutaria (artículo 89.1 del ET), es decir, desde la remisión de la comunicación por escrito a la contraparte, los miembros del comité de empresa (y delegados de personal) que, en la negociación empresarial,

integren como vocales la comisión negociadora no pueden ser revocados de aquella condición de representantes unitarios «...durante la tramitación de un convenio colectivo...» (Artículo 67.3 del ET). Ello no es óbice, sin embargo, para que sí puedan ser sustituidos como vocales de la mesa de negociación por otro representante unitario.

El artículo 88.2 se refiere, por otro lado, a la asistencia de asesores de las partes negociadoras a la deliberación. También debe decidirse al respecto tras una negociación y acuerdo interorganizativos entre las organizaciones que integran cada lado de la negociación colectiva.

Ha sido necesario, no obstante, interpretar la dicción legal. Efectivamente, de su lectura podría «entenderse que si no se ponen de acuerdo ambas partes negociadoras —económica y social— en cuanto a la presencia de "asesores" en la comisión negociadora, (entonces) la contratación colectiva elaborará y culminará sin la asistencia de esas personas... (Sin embargo,) al respecto cabe señalar que el derecho de ambas partes a contar con la asistencia de asesores en las deliberaciones es innegable, y no porque la otra parte interesada muestre su conformidad sino por ministerio de la ley que así lo reconoce (88.2 ET)... Ciertamente,... las partes han de coincidir en el nombramiento de la persona que haya de presidir las deliberaciones pero, tal como aparece redactado, no parece que el mutuo acuerdo sea la condición indispensable para la asistencia de asesores... (Sin duda, esta interpretación es la más razonable,) pues mientras el nombramiento del presidente de las deliberaciones debe ir precedido del mutuo acuerdo, dado que una sola persona va a asumir un cometido (moderar las sesiones,...) que afecta al interés de ambas partes negociadoras, los asesores, que pueden ser más de uno, actúan en favor de quien los designa, (que es la parte a la que asesoran) y, consecuentemente, la relación entre ambos debe estar presidida por la confianza mutua, lo que se aviene mal con la designación compartida...».

Como otra presencia distinta de la del presidente y la de los asesores en la mesa de negociación, se ha planteado el derecho a la asistencia de otra figura diversa: los «observadores». La pretensión de que se reconozca dicho derecho como parte integrante del de libertad sindical ha sido rechazada por la Audiencia Nacional, cuyo argumento principal es que «ningún precepto del Estatuto prevé la figura del "observador" (mientras que) por el contrario hay un precepto, cuyo contenido literal lleva a valorarlo como comprendido en el área del "ius cogens", que es el número 3 del artículo 88, cuando fija un número máximo de componentes de la comisión negociadora, atendido el alcance de la afección del convenio colectivo a establecer...».

Junto a lo anterior, la Audiencia recuerda que «...aparte de este límite (del artículo 88.3, sólo se) prevén otras dos presencias, la del presidente y la de asesores "con voz, pero sin voto"...». Añade, además, el Tribunal que aquellas dos presencias «...siempre (dependerán) del acuerdo alcanzado por las partes...», lo que parece indicar que la intervención de asesores también debe negociarse y pactarse entre la parte laboral y la empresarial. Sin embargo, como se precisó más arriba, hay argumentos en la doctrina judicial que, razonablemente, entienden lo contrario.

En definitiva, según la sentencia, «...de lo razonado resulta que ni por aplicación directa de preceptos de nuestro Ordenamiento interno, ni por la salvaguarda que el Convenio 135 de la O.I.T. postula para los representantes sindicales, se alcanza la posibilidad de imponer a las partes negociadoras de un convenio colectivo la presencia, no querida, de observadores ajenos a los propios componentes de la comisión...».

Se refiere el artículo 89.2 del ET al deber de la parte receptora de la comunicación de responder, una vez constituida la comisión negociadora, a la propuesta de negociación, esto es, a las ofertas o plataforma negociadora que le hayan

sido propuestas. Aquéllas fueron formuladas o, al menos, dejadas entrever en la comunicación, donde el artículo 89.1 exigía relacionar por escrito «las materias objeto de negociación».

Esta respuesta que impone el ET al sujeto receptor de la comunicación es obvio que no tiene lugar en un solo acto ni sujeta a plazos o a formas ni constreñida por una obligación de simetría respecto de los contenidos ofertados que la obligue a referirse a todos ellos y exclusivamente a ellos. Por el contrario, la parte invitada a negociar, ya en el seno de la mesa de negociación, a través de sus vocales y a lo largo de las distintas sesiones, irá respondiendo y contraofertando, libremente y en función de los derroteros que las circunstancias concretas impriman a las deliberaciones, aunque siempre de acuerdo con «lo que exija la buena fe negociadora», a las ofertas que le adelantó el promotor en la comunicación o que aquél vaya perfilando durante el debate.

A propósito del desarrollo de las deliberaciones, dice el ET que, una vez creada la mesa, «"podrán" ya (las partes, a través de sus vocales,) establecer un calendario o plan de negociación» (artículo 89.2). Sin duda, se trata de una opción posible de racionalización interna del debate, cuya oportunidad quedará a la consideración de los propios sujetos negociadores. Como afirma el ET, «podrán» las partes, si quieren, negociar y pactar un calendario negociador. De ellos depende y en nada va a afectar a la validez de la negociación estatutaria.

Al margen de lo anterior, la negociación formal sobre los contenidos del convenio que discurre entre los miembros de la mesa, bajo la batuta moderadora del presidente o de los propios vocales y documentada en las preceptivas actas de cada reunión o sesión, dispone su desarrollo según marquen el talante negociador de las

partes, el juego de fuerzas y otros factores, amparados todos en la autonomía colectiva y exponiendo los comportamientos a juicios sobre su buena fe.

No constituye aquélla, sin embargo, la única expresión del ánimo negociador de las partes pues, al margen de las vocalías formalmente designadas, del presidente y de las actas, e incluso antes de constituida la comisión, han venido y vienen negociando aquéllas de facto en plena libertad de movimientos y estrategias, también al amparo de la autonomía colectiva y también, como en la mesa, igualmente expuestas a que se valore la buena fe de sus comportamientos.

Al negociar en la comisión negociadora, es de obligado cumplimiento la formalización de actas en cada sesión (artículo 88.4 del ET), al menos en la sesión de constitución de la comisión negociadora y en la de aprobación y firma del convenio, que los Tribunales, aunque no a propósito de las actas, han podido justificar con la salvaguarda del interés de los terceros afectados. «Partiendo de aquel principio según el cual lo acordado por las partes obliga a todos los afectados,... los artículos 89 y 90 del ET... marcan... una serie de normas que tienden a dar una publicidad adecuada atendiendo al referido principio,... (y abarcando) tanto el momento de su iniciación como su formalización y posterior publicación para que todas las partes que puedan ser afectadas tengan en cada momento la posibilidad de conocer la negociación en trámite...».

Si bien los Tribunales no han abundado en tales reflexiones, sí han sido tajantes a la hora de determinar el valor jurídico de las actas de cada sesión. Así, se dice que «las actas de la comisión negociadora, aunque... sean firmadas por unanimidad..., carecen de relevancia vinculante... (ya que) ...dichas actas constituyen un paso/trámite en el proceso negociador, y..., comprendidas en su "íter" o trayecto, únicamente se convierten en instrumentos de obligado acatamiento cuando las

mismas se incorporan en el convenio en pos del cual se van extendiendo, consumándose así el último trámite u objetivo de dicha negociación».

En cuanto al contenido de las actas de las sesiones de negociación, el TS ha señalado que «...el artículo 88.4 del ET... no exige que (las actas) tengan un contenido mínimo, pues son instrumentos de trabajo de la Comisión (negociadora) que no tienen que recoger con carácter exhaustivo todas las cuestiones debatidas y es bastante con que reflejen la pauta del proceso negociador».

Las deliberaciones en la mesa, de duración y resultado inciertos, conseguirán perfilar (o no, según su éxito) las ofertas definitivas que, finalmente, se lanzarán las partes mutuamente para su aceptación o rechazo. Si se tratara de contratantes individuales, éstos prestarían el consentimiento libre que hubieran formado en su fuero interno, sin embargo, al negociar sujetos colectivos, es preciso establecer un criterio interorganizativo de decisión que permita formar la voluntad de parte.

El ET ha rescatado de los vaivenes de las relaciones de poder y de los caprichos de la coyuntura económica la determinación de dicho criterio de decisión. Para ello, su artículo 89.3 regula la toma de acuerdos en la comisión negociadora que requerirá, «en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones». De esta manera, la norma jurídica, como sucedía a la hora de concretar la legitimación negociadora inicial y plena, se propone asegurar la legitimidad democrática de la negociación colectiva estatutaria.

La mayoría absoluta. La imposición heterónoma de un criterio de decisión a cada banco negociador no es un hecho nuevo. En concreto, la regulación legal ha atravesado por tres regulaciones diversas. El artículo 8 de la Ley de 19 de diciembre

de 1973, número 38/73, de convenios colectivos sindicales, establecía la adopción de los acuerdos en la comisión deliberadora «por mayoría simple de cada una de (las) representaciones». Posteriormente, el artículo 88.3 del ET vino reclamando el voto favorable de la mayoría cualificada del sesenta por ciento en cada una de las representaciones. En la actualidad, la Ley 11/94, de 19 de mayo, de reforma del ET, ha impuesto, sin más, el criterio de la mayoría de cada una de las representaciones.

Esta última mayoría es, sin duda, la absoluta, la mitad más uno, porque es sobre un respaldo tal, y no menor, sobre el que se levanta la legitimidad democrática que el ET quiere imprimir a la negociación de los convenios colectivos estatutarios.

La razón principal que los autores arguyen para explicar la rebaja, introducida por la Reforma de 1994, de una mayoría cualificada del sesenta por ciento a la mayoría absoluta es que ello «permitirá aumentar las posibilidades de la negociación colectiva estatutaria». Existe «una situación sindical caracterizada por un pluralismo sindical que, a nivel nacional, conoce la presencia de dos grandes centrales hegemónicas que "dominan", por así decirlo, la negociación colectiva en la mayoría de los territorios, sectores y empresas (Con ello) la exigencia de "el voto favorable del 60% de cada una de las representaciones" (exigía), en la práctica y normalmente, una postura común (de aquéllas, lo cual era casi tanto como pedir la unanimidad) para que el convenio (fuera) legalmente viable, (pudiendo, con ello,) multiplicar los "impases" (en la negociación)».

Sobre qué habrá de computarse la mayoría. El ET señala que la mayoría absoluta habrá de ser de cada una de las representaciones pero, quiénes son dichas representaciones.

Para un sector jurisprudencial y doctrinal, las representaciones son los vocales que componen el banco respectivo, que se han repartido en proporción a los porcentajes de representatividad de cada organización concurrente. De esta manera, se concluye que el voto individual de cada uno de dichos vocales es lo que se debe tomar como unidad de medida sobre la que comprobar el nivel de quórum que la norma jurídica exige a cada banco de la mesa.

Para otro sector de la jurisprudencia y la doctrina, las representaciones a las que se refiere el artículo 89.3 del ET siguen siendo las organizaciones negociadoras representadas en el banco, cuyos porcentajes de representatividad no han sido sustituidos como unidad de medida por el número de vocales que les representan en el banco respectivo, aun repartidos en proporción a los niveles de representatividad. En consecuencia, según esta interpretación, los votos individuales de los componentes del banco no poseen un valor independiente sino que el valor de todos ellos, emitidos conjuntamente, o de los que se hubieran emitido (incluso uno solo), consiste en encarnar el porcentaje de representatividad de la organización sindical a la que representan.

Entre ambas interpretaciones se debaten actualmente los autores y los Tribunales.

Sobre qué total habrá de calcularse la cuota de representatividad de cada organización. Se compute la mayoría sobre los votos personales de los vocales o se mida, directamente, sobre los porcentajes de representatividad, no es lo mismo haber calculado el porcentaje de representatividad que corresponde a cada organización tomando como total (100%) sólo el número de representantes de las organizaciones efectivamente intervinientes, que haberlo hecho tomando el número de representantes elegidos de todas las organizaciones con legitimación inicial en el ámbito, tanto si éstas concurren como si no.

En cada caso, el número de representantes unitarios de cada organización ostenta un valor porcentual diverso, lo que no sólo altera el número de vocales que corresponderá a cada una de ellas sino que también —y es lo más grave— varía el resultado del cómputo de la mayoría. Los Tribunales acuden indistintamente a un criterio o a otro, lo que causa una gran inseguridad jurídica y puede privar de legitimidad democrática a la eficacia normativa y erga omnes con que se proyecta el convenio colectivo aprobado.

Los problemas de interpretación anteriormente señalados no se plantean en la negociación de empresa llevada a cabo por la representación unitaria (comités de empresa o delegados de personal) para todo el ámbito. En este caso, se resuelve el cómputo de la mayoría mediante el recuento de los votos personales emitidos por los vocales, cuyo reparto entre las organizaciones representadas tiene lugar en proporción a los porcentajes de representatividad calculados sobre el total de miembros del comité o de delegados de personal, no sobre el número de aquéllos o de éstos que efectivamente acudan a la negociación.

Quien inicia y protagoniza la negociación es el comité de empresa o los delegados de personal como entes de representación unitaria, no la parte de aquél o de aquéllos que decida concurrir. Por tanto, debe ser sobre la totalidad de miembros del comité de empresa (100%) sobre la que se deben calcular los porcentajes de representatividad, acudan quienes acudan, finalmente, a negociar.

Por otro lado, los vocales de la comisión negociadora, que necesariamente han de reunir aquí la condición de miembros del comité de empresa o ser delegados de personal, deben erigirse, por ello, en representantes del conjunto de los trabajadores del ámbito, debiendo, teóricamente, desarrollar sus funciones y emitir su voto sin vinculación alguna al interés de su sindicato. A efectos decisionales, por tanto, los votos de estos vocales valdrán cada uno lo mismo, es decir, la unidad, pues todos por igual pretenden, en teoría, la defensa del interés del total de trabajadores del ámbito y

no del interés de la organización sindical. Ésta sigue pesando lo que su porcentaje de representatividad, pero éste no decide la aprobación o rechazo del acuerdo sino únicamente la distribución de vocales.

Efectivamente, como señala la doctrina, «al margen de (sus) "siglas" sindicales..., (es) jurídicamente viable que (como vocal en la mesa negociadora o desempeñando cualquier otro cometido) vote un miembro del comité en contra del criterio del sindicato de pertenencia, (produciendo una) quiebra de "disciplina" que no puede tener consecuencias sobre la validez del acuerdo, dado el carácter "ex lege" del oficio representativo». En otras palabras, como ha reconocido el TS, refiriéndose a un supuesto de negociación de empresa, «...los miembros de la Comisión Negociadora tienen plena capacidad y autonomía (frente a sus sindicatos y frente a cualquier asamblea de trabajadores) para decidir su voto», razón por la cual el cómputo de la mayoría que exige el artículo 89.3 debe efectuarse sobre los votos personales de los vocales.

Estas conclusiones descansan en el hecho, señalado por la doctrina judicial y la científica, de que es un poder representativo, en principio, el que ostentan los representantes unitarios que, tanto fuera como dentro de la mesa negociadora, pueden «operar a su exclusiva iniciativa en defensa de los intereses de sus representados, pues sin perjuicio de la responsabilidad que asume(n) en el ejercicio de sus derechos... el ET sanciona que la participación de los trabajadores en la empresa se realiza a través de sus representantes...».

En la negociación colectiva de empresa protagonizada por las secciones sindicales y en la negociación colectiva de sector, existen dudas de interpretación acerca de cómo proceder al cómputo de la mayoría absoluta en cada banco

negociador. Se discrepa sobre si medir la mayoría con los votos personales de los vocales, previamente repartidos entre las organizaciones en proporción a su cuota de representatividad, o, por el contrario, medir dicha mayoría directamente con los porcentajes de representatividad de las organizaciones concurrentes.

De otro lado, ambas interpretaciones tienen un punto de convergencia en la inevitable utilización de los porcentajes de representatividad de las organizaciones, en un caso, para distribuir los vocales y, en el otro, también para computar con ellos la mayoría. El cálculo de dichos porcentajes es también una fuente de dudas, pues el ET no concreta si el tanto por ciento debe referirse únicamente al número de representantes de las organizaciones concurrentes o, por el contrario, ha de tomar como 100% la totalidad de representantes elegidos en el ámbito, tanto de las organizaciones intervinientes como de las ausentes en la negociación.

La unidad de medida en el cómputo de la mayoría. El polémico debate acerca de cómo medir la mayoría en cada banco de la mesa podría parecer un falso problema si se tiene en cuenta que el reparto de las vocalías debe ser proporcional a los porcentajes de representatividad (artículo 88.1.II), sean éstos sobre el total que sean. Así, tanto el escrutinio del número de votos como la suma de los porcentajes de representatividad habrían de arrojar el mismo resultado. Si el sindicato mayoritario X contaba con un 53,333% de los representantes unitarios, y en la mesa negociadora, que dispuso 15 puestos por banco, le correspondieron 8 vocales, lo mismo da que la mayoría absoluta del artículo 89.3 del ET se compute sobre los ocho votos de los vocales (que son mayoría de los 15) o que se mida sobre el porcentaje de representatividad de la organización a la que representan aquellos 8 vocales (también mayoría).

Sin embargo, la realidad es mucho más compleja, sobre todo si se tiene presente que, en el reparto proporcional de puestos de la mesa, lo habitual será encontrarse con fracciones que habrá que redondear, además de que, en dicho reparto, los resultados pueden sufrir notables variaciones en función de cuál sea la composición numérica del banco que haya sido acordada.

a) Los efectos que se pueden derivar de los redondeos. Efectivamente, al efectuar las operaciones de redondeo, cuyas pautas ya ha indicado la doctrina judicial, puede ganarse o perderse un vocal en la comisión, rompiéndose la exacta correspondencia entre el número de vocales y el nivel de representatividad, pudiendo, con ello, perjudicar los intereses propios o de organizaciones terceras. Así, en la constitución de una mesa negociadora de un convenio de empresa que disponga 12 miembros por banco, el reparto proporcional de puestos entre las dos secciones sindicales mayoritarias, combinado con las operaciones de redondeo, harán que la sección sindical que cuenta con un 46,666% de representatividad (menos del 50%) se haga, sin embargo, con 6 de los 12 puestos del banco (el 50% de éstos), mientras que la otra sección, que tiene un cercano 45% de representatividad, habrá de quedar con 5 vocales. Pero todavía es más significativo, a efectos de cómputo de la mayoría absoluta, encontrarse con una sección sindical que, contando con una cuota de representatividad del 53,333% (que es mayoría absoluta, más del 50%), debido a las operaciones de redondeo, deba quedar, en cambio, con 6 de los 12 miembros del banco (que no es la mayoría absoluta de éstos). Obviamente, en casos como este último, no es indiferente computar la mayoría absoluta sobre el número de vocales o sobre los porcentajes de representatividad.

b) Los efectos que puede ocasionar la composición numérica del banco. Ciertamente, no sólo por esta necesidad de proceder a redondeos sino también porque se deja a la libertad de las organizaciones la concreción del número de vocalías del banco respectivo no puede ser indiferente recurrir a un cómputo o al otro, dado que

según cuál sea la composición numérica que hayan acordado, puede verse significativamente alterado el valor de los porcentajes de representatividad. Así, en una negociación supraempresarial, si se rebaja a 12 miembros la composición numérica del banco social, un 53,333% de representatividad, que rebasa la mayoría absoluta, equivale a 6 vocales, que no son mayoría absoluta del total de los 12 vocales, en cambio, si se acuerda que el banco se componga de 15 puestos, varía la ratio de reparto y aquel mismo porcentaje de representatividad se traduce en 8 vocales, que sí van a ser mayoría absoluta del total de 15 puestos.

En definitiva, no existe duda sobre la trascendencia que tiene decantarse por una interpretación o por otra.

Los argumentos. La doctrina de los Tribunales y la científica esgrimen razones a favor de una y de otra solución. Casi todas ellas se han dado cita en la STS de 23 de noviembre de 1993. En esta ocasión, el Tribunal decide a favor del cómputo sobre los porcentajes de representatividad, pero la Sentencia incluye el voto particular de dos magistrados del Tribunal, que disienten del parecer de sus colegas y argumentan a favor del cómputo de la mayoría sobre el número de vocales de la mesa, repartido, eso sí, en proporción a aquellos índices de representatividad.

Por tanto, mientras para el TS el número de vocales, aun repartido en proporción a los niveles de representatividad, no sustituye como unidad de medida a los porcentajes de representatividad —que ya se tomaron para promover la negociación y constituir la comisión negociadora—, para el voto particular, en cambio, debe entenderse que la exigencia expresa del ET de componer el banco negociador con arreglo a los niveles de representatividad (artículo 88.1.II) hace suponer la sustitución, como unidad de medida, de aquellos porcentajes por el número de vocales que los encarne, a la hora de computar la mayoría absoluta en cada banco. La discusión se resume en las siguientes discrepancias:

a) Primera discrepancia. El TS entiende su parecer el «más conforme con el sistema adoptado por el ET que configura a partir del mismo (dato, es decir, de los porcentajes de representatividad) tanto la legitimación inicial (artículo 87.2) como la plena (artículo 88.1.II)».

A ello contesta el voto particular que, aunque sea verdad que las mayorías necesarias para promover correctamente la negociación estatutaria y constituir válidamente la comisión negociadora deben medirse sobre los porcentajes de representatividad, lo cierto es que tanto «el protagonismo (que) en la... fase de deliberaciones y acuerdos corresponde a la comisión negociadora, y más específicamente a las dos representaciones que la forman (que adoptan sus acuerdos «conjunta o bilateralmente») como el hecho de que los vocales, en tanto que colegio de un órgano, no sólo tienen «voz (sino también) voto propio», conducen a la necesidad de actualizar el criterio de cómputo de la mayoría, ya que alcanzará relevancia definitiva el número de votos personales que se manifiesten en un sentido o en otro.

b) Segunda discrepancia. Según el Tribunal, traducir los porcentajes de representatividad en un número de componentes en el banco es una operación que, por las dificultades y riesgos de inexactitud que presenta, puede quebrar el principio de legitimidad democrática. En palabras de la Sala, «la regla contenida en el artículo 87.5 del ET y el límite de miembros de la comisión que fija el artículo 88.3 puede hacer en algunos casos prácticamente imposible la correspondencia entre la distribución de los miembros de la comisión y los índices de representatividad de las organizaciones sindicales».

Pero a este argumento responde el voto particular que basta con que el reparto de vocalías refleje «en la medida de lo posible las distintas dosis de representatividad», ya que la proporcionalidad que rige la composición de la mesa es atemperada, corregida necesariamente, lo que no obsta, sin embargo, al rechazo de mesas de negociación «manifiestamente deformes».

La del TS, tal y como se formula, parece un error. Sin duda, resulta más acertado computar la mayoría con los porcentajes de representatividad que con los votos personales de los vocales, pero, en cambio, no entiendo acorde con la eficacia normativa y erga omnes que ha de ostentar el convenio colectivo estatutario que se calculen dichos porcentajes tomando como 100% sólo el número de representantes de las organizaciones concurrentes.

La posición del voto particular me merece la misma opinión. La mayoría de votos personales que permita la aprobación del convenio estatutario puede llegar a ser más irreal aún si a los riesgos de inexactitud que cabe reprochar a la traducción de porcentajes de representatividad en número de vocales, que entiendo suficientes para descalificar esta interpretación, se añade que dichas cuotas de representatividad hayan sido calculadas sobre el número de representantes de las organizaciones presentes y no sobre la totalidad de representantes unitarios elegidos en el ámbito.

Imagínese que el total de representantes elegidos en un determinado sector es de 240, de los cuales, 90 corresponden a CC.OO., 60 a UGT, 50 a USO, 20 a CGT y 20 a candidaturas independientes. A la negociación sólo concurren CC.OO. y UGT, que, conjuntamente, ostentan legitimación plena (artículo 88.1.II del ET). Si se sujeta la constitución de la mesa negociadora (con 15 puestos) a la proporción entre las dos organizaciones intervinientes, como hace el TS en su Sentencia, el porcentaje de

representatividad de CC.OO. sería el 60% y el de UGT, el 40%, lo que se traduciría en 9 vocales para el primero y 6 para el segundo. En ese mismo supuesto, pero refiriendo la proporción a la totalidad de representantes unitarios elegidos en el ámbito, el porcentaje de representatividad de CC.OO. sería el 37,5% y el de UGT, el 25%, lo que se traduciría en ~ 6 vocales (5,6) para el primero y ~ 4 (3,9) para el segundo, quedando cinco puestos vacantes de los 15 del banco.

Según el primer criterio, que es el que hace suyo el TS, bastaría la conformidad de CC.OO. (60%, es decir, mayoría de los intervinientes) o, en opinión del voto particular a la Sentencia, el voto personal de sus 9 vocales (mayoría de los 15), para aprobar válidamente el convenio, atribuyéndole eficacia jurídica normativa y erga omnes. Ello a pesar de que, en relación a la totalidad del ámbito, CC.OO. sólo ostente un 37,5% de representatividad.

Por el contrario, el segundo modo de operar, más respetuoso con el principio de legitimidad democrática, exigiría la aceptación de ambas organizaciones (37,5%+25%=62,5%) o, si se quiere, el voto personal de los 10 vocales que suman ambos sindicatos en el banco social de la mesa.

En conclusión, la legitimidad democrática, que permite la eficacia normativa y erga omnes del convenio, impone que las cuotas de representatividad de cada organización se calculen en relación a la totalidad de representantes elegidos en el ámbito y que dichos porcentajes, y no el número de votos de los vocales, sean los que sirvan como unidad para el cómputo de la mayoría necesaria para la aprobación del convenio.

Con todo, el protagonismo de los vocales en la negociación colectiva estatutaria es indiscutible. Ellos conducen los debates, tratan directamente en un toma y daca donde, en gran medida, imponen y ceden según su criterio, aunque sea persiguiendo los objetivos que fije el sindicato. Todo ello, unido al hecho de que el recuento de un número de votos constituye una operación más sencilla y visible que

la abstracta de sumar porcentajes, lleva, en la práctica, a que se suela computar la mayoría a través de los votos de los vocales del banco.

Nada puede objetarse a tal práctica negocial si las cuotas de representatividad que han servido para realizar el reparto proporcional de vocales se han calculado en relación a la totalidad de representantes unitarios elegidos en el ámbito, aunque no hayan participado en la negociación todas las organizaciones representadas, y si la transformación de los porcentajes de representatividad de cada organización en un número de vocales no ha provocado correcciones o ajustes significativos como consecuencia de las operaciones de redondeo o de la composición numérica del banco que se haya pactado.

Sin embargo, la posibilidad advertida de que, en ciertos casos, deje de haber correspondencia entre la presencia en la mesa y la presencia en el ámbito, porque se haya recurrido a operaciones de redondeo o por la necesidad de garantizar un puesto a cada sindicato más representativo, impide que, como regla, se pueda imponer el cómputo de la mayoría del banco a través del recuento de los votos personales de los vocales.

En definitiva, aunque sólo sea porque su ejecución es más simple conviene que la unidad de medida sea la cuota de representatividad en todo el ámbito de cada organización. Utilizar los votos personales de los vocales, como defiende el voto particular de la Sentencia del TS, se revela a priori de mayor complejidad porque hace determinantes, por un lado, el acuerdo interorganizativo sobre la composición numérica, esto es, el número de vocalías que se concierte para el banco respectivo, y, por otro lado, el pacto interorganizativo al que se llegue sobre el reparto proporcional de puestos, o si se quiere, la conformidad en el cambio de porcentajes de representatividad por vocales en la mesa, todo lo cual, dada la relevancia de la concreción de ambos datos, sugiere un mayor riesgo de conflictividad intersindical.

Al margen de la discusión sobre el cómputo de la mayoría necesaria para adoptar válidamente los acuerdos en el seno de la comisión negociadora, se han podido suscitar algunas dudas de interpretación en torno a la expresión del voto por los vocales de la mesa.

a) Frente a la práctica negocial que en algunos ámbitos supedita la validez del convenio firmado al refrendo asambleario de los trabajadores, el TS ha reconocido a «los miembros de la comisión negociadora... plena capacidad y autonomía para decidir su voto, (por ello, a la hora de expresar éstos su voluntad, no se deben a una) necesidad de previa consulta a los representados de su centro de trabajo, aunque en la práctica negocial sea frecuente que los negociadores consulten a las asambleas».

b) Los Tribunales han debido precisar que cuando una sección sindical mayoritaria viene ya representada en la comisión de negociación por un número mayoritario de vocales, «ello no le autoriza a impedir el derecho de la/s otra/s a negociar, "privándole/s arbitrariamente de (la expresión de su) voto"».

c) En cuanto a la forma en que los miembros de la mesa negociadora habrán de expresar su voto, se ha admitido como ajustado a derecho que dos vocales de la comisión que en el momento de la votación se hallaban ausentes, emitieran finalmente su voto adhiriéndose, por escrito, al resultado de dicha votación que, así, con esos dos votos que faltaban, devino unánime.

Ha surgido en los Tribunales la duda de qué valor jurídico atribuir a «...los acuerdos parciales (o preacuerdos) que se hayan podido ir obteniendo durante las deliberaciones...».

Sobre esta cuestión, el TS ha resuelto que un preacuerdo «...sólo manifiesta un principio de acuerdo, que no llegó a buen fin... (y) no puede ser considerado fuera de

su contexto para darle así una autonomía de la que siempre careció, pues la reivindicación a que respondía formaba parte de las múltiples que fueron objeto de negociación, sin ser desgajada en momento alguno para darle tratamiento separado e independiente... (En definitiva) los preacuerdos que se obtengan durante la negociación de un convenio colectivo, por su propia esencia carecen de entidad definitiva, pues por la propia dinámica del procedimiento negociador son susceptibles de modificarse en reuniones posteriores, abiertas, como es obvio a la consideración de nuevas ofertas y contraofertas; sólo, por tanto, el acuerdo final manifiesta el convenio colectivo, que goza de la eficacia que le sea propia...».

La validez del convenio colectivo acordado y la consiguiente eficacia jurídica normativa y erga omnes de aquél no sólo depende de que hayan sido cumplidos por los sujetos negociadores los pasos formales y criterios de decisión que organizaban el desarrollo de la negociación (artículo 89 del ET), además el ET (artículo 90) ha establecido la necesaria observancia de otros trámites formales, posteriores a lo que constituye propiamente negociación, es decir, búsqueda libre del acuerdo.

Con el fin de asegurar la publicidad de los convenios colectivos estatutarios, el artículo 90 del ET impone a las partes negociadoras la obligación de efectuar el convenio colectivo por escrito y presentarlo a la autoridad administrativa laboral competente para que lo registre (inscripción del convenio) y lo remita luego al S.M.A.C. central o autonómico para su depósito (entrega física del texto del convenio) y para que lo envíe, finalmente, para su publicación al Boletín Oficial correspondiente, so pena de nulidad del convenio aprobado.

Diversas sentencias han señalado que «todo convenio colectivo una vez aprobado por la comisión negociadora, presentado a la Autoridad Laboral

competente, depositado en el (órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente), y publicado en el Boletín Oficial que corresponda, tiene a su favor una "presunción de legitimidad y validez" que sólo puede ser destruida a través del oportuno procedimiento tendente a declarar su nulidad e ineficacia; y por consiguiente, mientras esta nulidad no sea declarada, el convenio produce todos los efectos legales que le son propios, debiendo ser acatados y cumplidos».

VI. CAPACIDAD, REPRESENTATIVIDAD Y LEGITIMACIÓN NEGOCIAL

El artículo 37.1 CE establece que "la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios". Capacidad convencional que debe entenderse como la aptitud genérica para negociar convenios colectivos. Superada esta primera referencia normativa, constitucional, el reconocimiento de la legitimación negocial, capacidad de obrar referida a un concreto proceso negociador, suscita mayor litigiosidad. Es más complejo y dependerá de la unidad negocial de que se trate y de la representatividad que se ostente, no obstante la literalidad del art. 83.1 ET 1.

En los términos del fundamento de derecho segundo de la reciente STS (Social) de 26 de enero de 2012 (Rec. Casación número 185/2012) «aunque "los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden" (art. 83.1 ET), los negociadores no tiene una absoluta libertad para establecer el ámbito, como ya señalamos en la STS de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2344) (rec. 1154/01). Por tanto, la libertad de negociación que consagra el art. 83.1 ET no es incondicionada, sino que está sometida a determinadas limitaciones que se relacionan por una parte con exigencias de objetividad y estabilidad y por otra con la propia

representatividad de las organizaciones pactantes, aparte de las que derivan de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores sobre concurrencia y articulación de convenios (así lo hemos indicado en las STS de 20 de septiembre de 1993 --rec. 2724/1991-- y 23 de junio de 1994 --rec. 3968/1992--).».

Representatividad estructurada, en lo que a la negociación colectiva corresponde, en la forma y condiciones que se desprenden de los artículos 7 y 37.1 CE y 82 y ss. ET (STS de 20 de diciembre de 1996, RJ 1996, 9812). Y muy especialmente, a efectos del reconocimiento de legitimación negocial, de los artículos 83, 87 y 88 ET. Representatividad, y por ende legitimación negocial, que constituye "un presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras, que no pueden modificarlas libremente" (F.j. 2º in fine STC 73/1984).

Legitimación negocial en la que conviene distinguir entre una legitimación inicial o interviniente, presupuesto necesario para negociar, para poder sentarse en la comisión negociadora del convenio (art. 87.5 ET), y, al menos, otra, plena o deliberante, que se determina en cada caso por el grado de representatividad acreditada para el supuesto concreto en función de los ámbitos del convenio a negociar y de la composición de la comisión negociadora (artículo 88.1 ET) y que condiciona la constitución de esta última.

A las mismas se suma la en ocasiones denominada legitimación "decisoria" o "negociadora". Prevista en el art. 89.3 ET al exigir, para la aprobación del convenio, la mayoría de cada una de las representaciones. Es decir, una mayoría referida a "representada en la mesa de negociación y no al número de los componentes de cada uno de los bancos que integran la mesa".

Es posible que sujetos inicialmente legitimados para negociar queden al margen del proceso negociador si su ausencia no es arbitraria. Por ejemplo, dado su carácter de derecho renunciabile, cuando un sujeto legitimado prefiere no ejercitar tal facultad. En consecuencia, la ausencia de una asociación empresarial inicialmente legitimada no necesariamente genera la nulidad de la negociación colectiva si la comisión negociadora se constituye conforme a la legitimación plena y adopta acuerdos conforme a la legitimación decisoria, pues tal derecho a participar incluye el derecho a no ser rechazado pero no el derecho a ser llamado a la constitución de la comisión negociadora.

Las reformas laborales, entre otras, se han venido sucediendo en los últimos años, espoleadas por la crisis económica y una determinada interpretación de la misma, a un ritmo vertiginoso. Y con un recurso sin precedentes a la inquietante figura del Real Decreto-Ley. Modificaciones que, parece, vienen auspiciando un nuevo modelo de relaciones laborales, sustentado sobre la "flexiseguridad", que aflora ya expresamente en el R.D-Ley 3/2012.

Marginando otras cuestiones, relevantes pero no directamente en relación con nuestro objeto de estudio, soslayando incluso esta última norma --que si bien destina su artículo 14 a realizar modificaciones en el régimen jurídico de la negociación colectiva estatutaria, no lo hace en relación con la legitimación negocial y subsiguiente L. 3/2012, vamos a centrar estas primeras reflexiones en el Real Decreto-Ley 7/2011. Y, más concretamente, en los aspectos de nuestra legislación modificados por el mismo, poniendo precisamente especial énfasis en aquellos relativos a la legitimación empresarial en la negociación colectiva laboral. Modificaciones legales objeto de tratamiento sistemático a lo largo de este trabajo.

La reforma operada mediante el RD-Ley 7/2011 altera en efecto las reglas de legitimación negocial, haciendo notar a modo de justificación que la invariabilidad desde su origen de su régimen jurídico no se ajusta a la aparición de nuevas

realidades empresariales, a las diferentes formas de organización y reestructuración de las empresas o a la descentralización productiva. En palabras de su Exposición de Motivos, la norma acomete "una mejor y más completa definición de los sujetos que han de negociar los convenios y de las reglas de legitimación en cada caso, según el ámbito de que se trate" (EM IV), reformando en particular los artículos 87 y 88 ET.

En este nuevo régimen jurídico la legitimación negocial pasa a articularse en torno a cuatro ámbitos de negociación: grupo de trabajadores con perfil profesional específico; de empresa o inferior; grupo de empresas o pluralidad de empresas nominativamente identificadas; y sectorial. Difuminándose transitoriamente la frontera entre comisión negociadora y paritaria se difumina a la luz del art. 85.3 h) ET derogado ex RD-Ley 3/2012 que modifica este art. 85.3 en términos según lo expresado mantenidos por la L. 3/2012. Descendiendo a un plano más concreto destacan, además, los siguientes cambios legales:

En primer lugar, la reforma del año 2011 adapta esta regulación a nuevas realidades empresariales susceptibles de negociar convenios colectivos, cuales son los grupos de empresas o las denominadas empresas en red, surgidas en el marco de procesos de descentralización productiva, e invocadas en la norma como "pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas".

El art. 87.1 ET incluye así una novedosa referencia consistente en extender las reglas del número 2 del precepto legal, propias de la representación de los trabajadores en la negociación sectorial, a la negociación de convenios de estas realidades empresariales. Por el contrario, la legitimación empresarial se reconoce en estos casos a la "representación de dichas empresas" (art. 87.3 b) ET). Es decir, se adopta legalmente una fórmula híbrida de legitimación negocial, a medio camino entre la clásica expresión empresarial, para el banco empresarial, y la tradicional supraempresarial, para el banco social.

En segundo lugar, la reforma positiviza igualmente la práctica preexistente, posibilitando la negociación de los convenios de empresa por las secciones sindicales, regla también aplicable en los supuestos de flexibilidad interna negociada. A la par, modifica la legitimación "en los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico". En efecto, frente al anterior artículo 87.1 ET la actual redacción:

a) Reconoce, conjuntamente con la representación unitaria, legitimación para negociar en los convenios de empresa o ámbito inferior a la sindical, pero sustituye la anterior referencia a las "representaciones sindicales si las hubiere" por las "secciones sindicales si las hubiere", que deben sumar la mayoría, no sólo del comité de empresa al que hace referencia la norma en este extremo, sino de la representación unitaria de que se trate.

b) Considera prioritaria la intervención de las secciones sindicales frente a la legitimación de la representación unitaria, pues la norma apostilla que la negociación corresponderá a aquéllas cuando "así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal", referencia a esta última clase de representación unitaria que corrige la anterior omisión.

c) Altera las reglas de legitimación negocial en el ámbito infraempresarial, en los denominados convenios franja. Siguiendo la modificación anteriormente reseñada, la legitimación negocial en un ámbito inferior a la empresa, en "convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico" en la nueva dicción legal, se limita a las secciones sindicales que "hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta". Votación que viene a sustituir a la previa necesidad de asamblea a tal efecto. En los términos legales, viene a relegar la demanda consistente en que "los trabajadores incluidos en su ámbito hubiesen adoptado un acuerdo expreso, con los

requisitos del artículo 80 de esta Ley, de designación, a efectos de negociación, de las representaciones sindicales con implantación en tal ámbito".

d) Omite, con dudosa intención y no claras consecuencias, la exigencia de que "en todos los casos será necesario que ambas partes se reconozcan como interlocutores".

Resulta igualmente novedosa la ampliación a 13, número impar, en lugar de doce, del número de miembros de cada representación en la comisión negociadora de los convenios que no sean sectoriales, referencia negativa que supera la tradicional a los convenios de empresa. Se mantiene en quince el número de miembros de cada representación en los convenios sectoriales, número que antes constituía la referencia para los convenios de ámbito superior a la empresa (art. 88.4 ET).

Decantándose, pues, la reforma por el fortalecimiento de ciertos sujetos negociadores, no incide en otras cuestiones técnicas que mediatizan profundamente la identificación de aquéllos, cuestiones de las que nos vamos a ocupar.

Digna de un tratamiento separado, por su centralidad en este estudio, es la legitimación para negociar convenios sectoriales, término éste, el de "sectorial", expresamente acogido ahora en la norma en diversas ocasiones. Legitimación que se ve profundamente modificada en aquel año 2011.

El legislador sustituye la expresión "entes sindicales" por "organizaciones sindicales" (art. 87.2 ET) e incluye una nueva previsión legal a seguir en el supuesto de ausencia de representación de los trabajadores, supuesto cuyo significado último resulta difícil de precisar. Se acoge, en definitiva, el juego de la mayor representatividad, si bien con un presupuesto distinto y posiblemente más restringido que en el banco empresarial, pues se refiere a aquellos sectores "en los que no existan

órganos de representación de los trabajadores". Así lo clarifica la Exposición de Motivos del RD-Ley 7/2011 al señalar que en los convenios de sector, tanto si se da inexistencia de órganos de representación de los trabajadores como de asociaciones empresariales que cuenten con suficiente representatividad, "la comisión negociadora se compondrá, respectivamente, de las organizaciones sindicales o empresariales más representativas de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma". En este banco social se entiende así "válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma". Se relega en definitiva, como poco, el mínimo papel hasta entonces reconocido a la extensión administrativa de convenios colectivos.

En lo que respecta al régimen jurídico de la legitimación empresarial a efectos de negociar el convenio colectivo sectorial, éste se modifica sustancialmente en dos sentidos. En un primer sentido, se mantiene la tradicional referencia a las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con empresas asociadas que en su conjunto alcancen el 10 por ciento de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 de esta Ley, y siempre que estos den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados. Pero junto a la misma se incorpora una referencia novedosa, reconociendo igualmente legitimación a aquellas "asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación --sus empresas asociadas hemos de entender al 15 por ciento de los trabajadores afectados".

Es decir, se fortalece el peso de las empresas de dimensiones relevantes en términos de plantilla, facilitando al propio tiempo el cumplimiento de los requisitos legales. En realidad, cuanto mayor es la dimensión en términos de plantilla de la empresa mayor será su peso específico a efectos de este criterio de legitimación, en modo alguno supletorio, a raíz del tenor legal, del anterior. Lo que proyecta nuevas dudas, o incide en las ya abiertas, sobre el criterio a seguir a la hora de distribuir los miembros de la comisión negociadora. Distribución que, entendemos, atenderá

únicamente a la proporción en relación con este número de trabajadores. Se favorece en suma a las "asociaciones empresariales que den ocupación a un porcentaje relevante de trabajadores", tal y como reconoce la Exposición de Motivos de la norma reformadora. Dulcificación de las exigencias legales que, como apunta cualificada doctrina, resulta no obstante preferible a la incorporación en el seno de la comisión negociadora de asociaciones cuya representatividad es en buena medida ajena a la unidad de negociación.

En un segundo sentido, se incluye un nuevo párrafo en el art. 87.3 ET para establecer una regla supletoria de aquella primera en sus dos manifestaciones. Así, "en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores". Son varias las cuestiones que suscita esta regla.

En primer lugar, interpretamos que se trata de una regla supletoria en beneficio, hemos de entender, de las asociaciones empresariales más representativas. Es cierto, no obstante, que el nuevo tenor literal del art. 87.3 ET admitiría de entrada dos lecturas posibles. La primera, entender que la disyuntiva "o" 10% ó 15% de las empresas "o" trabajadores, dice la norma-- es un mero error en la redacción del texto legal, tratándose pues, tal y como hemos sostenido, de una manifestación más del estatuto privilegiado de las asociaciones empresariales más representativas en los términos que se desprenden de la cláusula abierta de la LOLS. La segunda, estar a dicho tenor literal, lo que alteraría las reglas de juego preexistentes introduciendo nuevos criterios legales de atribución de la legitimación negocial distanciados del clásico doble módulo de la representatividad empresarial, ya de por sí debilitado por

la reforma como hemos podido observar. Introduciría en definitiva un nuevo nivel conceptual de representatividad a sumar a los preexistentes. Opción por la que se decanta la citada doctrina.

La EM del RD-Ley contribuye a aclarar este entuerto legal al advertir que en los supuestos de ausencia de asociaciones con suficiente representatividad en el sector correspondiente según las reglas generales, la reforma otorga legitimación a las asociaciones empresariales más representativas de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma, con lo que "se avanza en el objetivo de la reforma de extender la negociación colectiva hacia mayores niveles de cobertura". Nos decantaríamos, pues, por la primera interpretación expuesta.

Criterio que, eso sí, puede topar con la realidad estatutaria de estas asociaciones más representativas, que podría no incluir la negociación colectiva ordinaria entre sus competencias para favorecer la afiliación de asociaciones de sector, a las que se reservaría aquella competencia. Encrucijada difícil de salvar pues enfrenta el régimen jurídico del asociacionismo constitucional y especial empresarial con la posición institucional cuasi-pública de estas entidades. Y cuya solución transita, en todo caso, por equilibrar estos valores.

La nueva disciplina jurídica sienta una regla de legitimación en defecto, se entiende, de asociación empresarial con legitimación inicial, dada la remisión al "párrafo anterior". El nuevo artículo 88.2 ET parece venir a complementar lo anterior con un añadido relativo a la válida conformación de la comisión negociadora, a la legitimación amplia, precisando que "en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del artículo 87.3 c)". Manifiesta paradójicamente la Exposición de Motivos del RD-Ley 7/2011 que se clarifica la "composición de la comisión

negociadora, sin alteración sustancial respecto de las actuales" reglas. Sin embargo, existen al menos dos interpretaciones posibles de estas prescripciones.

En primer lugar, interpretar que se trata de dos reglas distintas, una para la legitimación inicial y otra para la ampliada, reglas sustentadas sobre un mismo criterio. En este caso se trataría de una regla posibilista, destinada a superar las dificultades para suplir la ausencia de asociaciones empresariales que aglutinen empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio. El leiv motiv de la reforma, facilitadora de la negociación colectiva hasta el punto de positivizar facultades negociadoras de la comisión paritaria (art. 85.3 h 2º ET) --que pueden minorar la conflictividad en el extremo objeto de estudio--, vendría a avalar que ésta es la voluntad legal, considerar válidamente constituida la comisión negociadora si no se cumplen los requisitos de legitimación ampliada con la ayuda de las asociaciones empresariales más representativas. Sin embargo, y como ya se ha anticipado, los cambios operados ex RDL. 3/2012 vendrían a dar al traste con algunas de los elementos positivos sobre las que se sustenta este argumento.

Olvidando esta última objeción, menor, ¿qué sucedería entonces con las asociaciones empresariales que ostentan legitimación inicial sin que se alcancen las mayorías precisas para constituir como regla general la comisión negociadora del convenio sectorial?. Tal y como la Ley reconoce al establecer las reglas de legitimación inicial se sentarían desde luego en la comisión negociadora, trasladando el problema al reparto de miembros o vocalías en la misma. Distribución a realizar, parecería, conforme a una representatividad que, suficiente y mayor, se mide sobre ámbitos distintos. No obstante, precisa in fine el nuevo art. 88.2 ET que "el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación". Lo que afronta y soluciona el problema anterior y parece estar pensando en esta eventualidad, reforzando la interpretación efectuada. Igualmente sustentada por la Exposición de Motivos de la norma.

La otra interpretación posible soslaya estas dificultades, si bien dificulta la negociación colectiva, ampliando respecto de la primera el campo de la extensión de convenios. Campo en todo caso reducido por la reforma al incidir esta regla sobre los ámbitos de negociación generadores de problemas de colectiva.

Partiría del tenor literal del art. 88.2 ET abriendo el juego de esta regla únicamente cuando no existan asociaciones empresariales suficientemente representativas, siquiera una. Regla que fortalece el asociacionismo empresarial complejo desde el punto de vista expuesto pero que posiblemente haría innecesaria la prescripción legal. En todo caso, parece que los anteriores argumentos han de prevalecer frente aquellos que pudieran sustentar esta interpretación.

No parece se trate en una primera aproximación, de una regla de irradiación negocial, siquiera inversa. Irradiación que continuaría legalmente vetada a estos efectos para la representación empresarial, más sin la necesaria modificación legal en tal sentido de la DA 6ª ET. No existe reflejo literal en la norma de la transmisión de la representatividad en un entramado de asociaciones empresariales sustentada en una vinculación jurídica permanente para alcanzar un sumatorio que observe las exigencias legales. Ni se proyecta la representatividad a otra asociación vinculada en los términos expuestos, que negocia. Existe, parece, una directa atribución legal de legitimación negocial autónoma.

En ambos supuestos, a ambos lados de la comisión negociadora, precisa in fine el nuevo art. 88.2 ET que "el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación". Regla que plantea no pocos problemas de operatividad.

Destacar también, en relación con todos los cambios habidos en este ámbito, que dé, forma más que razonable, la DTª primera RD-Ley 7/2011 afirma que sus normas relativas a legitimación para negociar convenios colectivos serán de aplicación a las comisiones negociadoras que se constituyan a partir de la entrada en vigor del mismo, manteniéndose la anterior regulación para las negociaciones ya iniciadas.

Una serie de medidas relacionadas con la negociación colectiva acompañan instrumentalmente a las precedentes, con incidencia en la materia a estudio.

En primer lugar, el R.D-Ley 7/2011 crea el Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva (DF segunda ET), órgano colegiado de asesoramiento y consulta, de carácter tripartito y paritario, en el que se integraría un Observatorio de la Negociación Colectiva, y que sustituiría a la histórica Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

El nuevo Consejo se erigiría como un órgano de especial relevancia a efectos de negociación colectiva. Destacar a nuestros efectos entre sus funciones, resultantes del art. 7 R.D-Ley 7/2011 y listadas en el número 2 de la citada DF segunda ET, el mantenimiento en relación con aquella del asesoramiento y consulta en las cuestiones referentes al planteamiento y determinación de los ámbitos funcionales de los convenios colectivos, en clara línea de continuidad con las propias de la a extinguir CCNCC, siguiendo el régimen transitorio previsto en Disposición transitoria segunda RD-Ley 7/2011. Añade no obstante esta disposición, lo cual resulta comprensible dada su especialización, el dictamen preceptivo en el procedimiento administrativo de extensión de convenios colectivos, cuyos espacios se han visto claramente minorados.

Destacar igualmente la omisión de la anterior referencia legal al catálogo de actividades a elaborar y mantener al día "que pueda servir de indicador para las determinaciones de los ámbitos funcionales de la negociación colectiva", si bien en su lugar la reseñada disposición encomienda la confección y mantenimiento por el Observatorio de un Mapa de la Negociación Colectiva, que refleje de forma sistemática, ordenada y detallada la totalidad de convenios colectivos existentes en

España, con la finalidad de obtener información útil y actualizada, de acceso público, sobre su vigencia y efectos.

El RD-Ley 3/2012 viene, sin embargo, a revertir esta situación, incrementando incluso el protagonismo de la recuperada Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. En efecto, su Disposición Adicional quinta 1 afirma que "la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, además de desarrollar las funciones establecidas en este real decreto-ley, continuará realizando sus actividades, según lo establecido en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva". Esta DTª segunda estableció la continuidad de funciones de la CCNCC "hasta tanto se produzca la entrada en funcionamiento del Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva" citado y, no menos importante, que su actividad se efectuará considerando "la redacción dada a la norma por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y sus disposiciones de desarrollo".

Es decir, aunque caben dudas interpretativas, no parece se trate de recuperar esta institución con sus nuevas funciones, sino tal y como venía operando con anterioridad al RD-Ley 7/2011. El desarrollo reglamentario al que llama la DA quinta 2 del RD-Ley 3/2012 "en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto-ley", vendrá sin duda a aclarar este extremo, pues éste en principio inminente Real Decreto desarrollará sus funciones, estableciendo sus procedimientos de actuación y las medidas de apoyo para el desarrollo de las funciones de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, previstas inicialmente en la DA sexta RD-Ley 3/2012. Y llevadas a cabo por la propia "Dirección General de Empleo, su perjuicio de lo que se establezca en las normas de desarrollo reglamentario, previa consulta con las argumentaciones sindicales y empresariales más representativas".

Además, desde un nivel distinto, el nuevo tenor literal del art. 84.3 ET, fruto de la reforma del año 2011, no alterado por el RD-Ley 3/2012, afecta igualmente a la relación entre niveles negociales, al sentar una excepción que, frente a su precedente, se refiere al convenio de "ámbito de una Comunidad Autónoma" y no de "ámbito determinado que sea superior al de empresa". Y habla de la posible afectación "a

convenios de ámbito estatal", no de ámbito superior. Excepción que, advierte la norma, juega "salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2" ET.

Acogiendo, pero matizando, una primera lectura de cualificada doctrina en relación con la reforma operada en el año 2012, nuestro modelo de negociación colectiva se estructuraría en definitiva en tres niveles esenciales: el estatal-autonómico de las organizaciones más representativas, con una función de ordenación de la estructura negocial en el marco del art. 83.2; el sectorial de ordenación en un ámbito funcional y de regulación completa para pequeñas empresas y microempresas; y el de empresa con una función de adaptación a la realidad empresarial a efectos de mejorar su competitividad y productividad.

VII. TIEMPO Y FORMA PARA ACREDITAR LA LEGITIMACIÓN NEGOCIAL

Distinto al hecho de ostentar legitimación es, sin duda, la concreción legal del tiempo y forma para su acreditación, para hacerla valer voluntariamente primero y, en su caso, ante los órganos judiciales del orden jurisdiccional social mediante el proceso de conflicto colectivo.

El artículo 89.1 ET demanda a quien pretenda negociar un convenio colectivo manifestar por escrito su interés a la contraparte en tiempo y forma acreditando suficientemente la representatividad, detallando "la legitimación que ostenta de conformidad con los artículos anteriores" en las palabras del precepto legal. En este caso, tratándose de asociaciones empresariales y de negociación sectorial, a los sindicatos legitimados. La anterior regulación se contempla para el sujeto que inste la negociación, para quien "promueva la negociación", pero parece, atendiendo a su contenido, exigible --en los extremos manifestados y presunciones al margen-- a

cualquier sujeto colectivo interesado en formar parte de la comisión negociadora del convenio.

Conviene tener en cuenta, no obstante lo anterior, que el art. 2º del Decreto 1040/1981, de 22 de mayo, sobre Registro y Depósito de Convenios Colectivos de Trabajo obliga a publicar en el Registro Central de Convenios Colectivos "las copias de las comunicaciones iniciativas mencionadas en el art. 89.1 del Estatuto de los Trabajadores", obligación de inscripción en los correspondientes registros.

Sea este Registro u otro mecanismo el sistema a tales efectos legalmente dispuesto, parece conveniente barajar, cuanto menos, la posibilidad de que el mismo integre los reconocimientos de legitimación negocial existentes, cuya exigencia escrita parece igualmente útil.

Sobre la anterior exigencia legal cabe además plantear una serie de reflexiones añadidas. Una primera es que, dados los términos legales, la comunicación planteando la intención de negociar el convenio no tiene como destinatario natural la comisión paritaria o subcomisiones otras propias del convenio colectivo a suceder. No al menos haciendo abstracción de quienes son sus integrantes, condición de los mismos y, dada la clara línea de ampliación legal de sus competencias, sus atribuciones ex convenio, que en todo caso no parecen, de haberlas, cuestión de más que dudosa legalidad, vinculantes.

El criterio legal a tales efectos pergeñado no atiende al entramado orgánico preexistente en el ámbito propio del convenio a negociar, entramado por otra parte vinculado a la representatividad propia de aquel momento negociador anterior. Sino precisamente a esta situación de la representatividad existente al momento de constitución de la comisión negociadora del convenio a negociar, en términos razonables.

Una segunda idea a exponer consiste en negar virtualidad suficiente a genéricas invitaciones trasladadas para comprobar la legitimación inicial suficiente, acomodada a los ratios exigidos por el art. 87.3 ET, para poder participar en la negociación del futuro convenio. Es, en este caso, la asociación empresarial que pretenda el reconocimiento de su legitimación negocial la que directamente ha de acreditar aquella. Lógicamente no se trata aquí de una mera cuestión del traslado de documentación sensible sino de que es como regla general el sujeto que pretende negociar el que ha de asumir, como más detalladamente estudiaremos más adelante, las exigencias propias de la buena fe negocial, en primera instancia, o la carga de probar su propia representatividad, llegados a este punto.

Conviene, en tercer lugar, aunque ésta parece una cuestión *ad probationem*, reflejar igualmente por escrito dicho reconocimiento, de haberlo. Reconocimiento así como su inexistencia que, al margen de su documentación, viene a aflorar en la realidad procedimental ulterior a los intentos de participar en la negociación, en particular cuando surge un conflicto y existen, a título de ejemplo, solicitudes de conciliación-mediación convencional; solicitud de arbitraje; e incluso la judicialización del conflicto.

En cuarto lugar, es sólido criterio jurisprudencial, sentado en la Sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 22 de febrero de 1998, la inexistencia de un derecho al llamamiento de los sujetos legitimados.

Conjugando este criterio con la igualmente citada interpretación doctrinal del anterior art. 2 a Decreto 1040/1981, de 22 de mayo, sobre Registro y Depósito de Convenios Colectivos de Trabajo, resulta ajustado a Derecho concluir que sólo de no registrarse la comunicación de constitución de la comisión negociadora, y entenderse acreditada la legitimación de una asociación empresarial, cabría defender la

obligatoriedad de convocar al acto de constitución de la mesa negociadora a la misma.

Comunicación que resulta igualmente exigible cuando entre dicha publicidad y la fecha prevista para la constitución no mediara tiempo razonable suficiente para permitir el conocimiento y asistencia al acto constitutivo. En cualquier caso, el destinatario natural de esta comunicación es la parte legitimada con lo cual la obligatoriedad de la misma pende del cumplimiento del deber de acreditar dicha legitimación en los términos y tiempos que más adelante se verán. Considerada acreditada y omitida, en su caso, la citada publicidad, no sería suficiente a estos efectos una mera comunicación verbal de la contraparte negocial promotora de la negociación.

Conviene advertir que el incumplimiento de las reglas negociales de derecho necesario absoluto no conduce ineluctablemente a la sanción de nulidad pues podría resultar aplicable el principio de conservación del negocio jurídico y consiguiente calificación del convenio negociado como extraestatutario, (entre otras muchas, SSTCT de 10 de junio de 1985 y SSTS de 7 de octubre de 1994 y de de 1 de marzo de 2010). Siguiendo autorizada doctrina, que cita la SAN de 18 de diciembre de 2003, "en cierto modo pues la acción de anulabilidad del convenio es una acción de simulación, que denuncia el convenio estatutario como una apariencia, y cuya estimación no excluye la eficacia del negocio "verdadero y lícito" subyacente (art. 1276 del C. Civil)".

Extraestatutoriedad de lo acordado igualmente visible en la doctrina de suplicación, a título de ejemplo en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de septiembre de 1996 --en un supuesto de exclusión injustificada de una organización empresarial que ostenta legitimación inicial-- y apreciada también, no sin ciertas críticas a su aplicación en todos los casos, en la doctrina .

En cuanto al tiempo, el art. 89.1 ET señala que ya en el momento de la promoción de la negociación colectiva la parte que la inste deberá expresar a la contraria, entre otras cuestiones, «la legitimación que ostenta». La representatividad empresarial ha de acreditarse e ir referida al momento de inicio de la negociación.

Autorizada doctrina apunta que "probablemente la prueba de la legitimidad no es un trámite previo a la constitución de la comisión negociadora, sino una exigencia que debe dilucidarse posteriormente en caso de duda acerca de la legitimación representativa de los sujetos negociadores". La jurisprudencia [SSTS de 9 de marzo de 1994; 25 de mayo de 1996; 15 de marzo de 1999; y 25 de mayo de 2006, entre otras] se muestra sin embargo concluyente partiendo de aquél tenor legal: dicha acreditación debe producirse «de forma necesaria al inicio de las negociaciones». Y con criterio igualmente consolidado [sustentado, entre otras, en las SSTS de 23 de noviembre de 1993, 5 de octubre de 1995 y 14 de abril de 2000] advierte que la legitimación no sólo ha de ostentarse sino también acreditarse si así se requiere, es decir, salvedad hecha de su reconocimiento --lo que permitiría conciliar esta interpretación jurisprudencial con aquella doctrina--, en el momento inicial de la negociación del Convenio Colectivo. La conclusión contraria podría resultar hasta cierto punto absurdo pues, a sensu contrario, bastaría alegar la legitimación para que esta fuese reconocida.

Aquella expresión jurisprudencial, «inicio de las negociaciones», extraída del art. 89.1 ET, puede tener una interpretación flexible. Cierta doctrina interpreta como aceptable "que dicha flexibilidad se extienda desde el momento de la promoción de la negociación (interpretación estricta) hasta el momento de la constitución efectiva de la comisión negociadora del convenio en cuestión (realidad práctica)". Es decir, que "hasta el momento de la constitución de la comisión negociadora pueden sumarse a la negociación aquellos otros que también reúnan esa condición de legitimación inicial suficiente o la adquieran durante ese periodo".

Parece sin embargo claro para nuestro Tribunal Supremo que el "inicio de las negociaciones" se identifica con el momento de constitución de la comisión

negociadora del convenio, que es el que marca la representatividad de los sindicatos y asociaciones empresariales intervinientes en la negociación colectiva [SSTS de 25 de mayo de 1996 y de 7 de julio de 1997, citadas en suplicación por la STSJ Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 631/2003, de 21 octubre]. La práctica puede demandar cierta flexibilidad puesto que dicha acreditación puede exigir un acopio previo de documentación que invita a tomar tal referencia con un doble valor, con una flexibilidad razonable para acreditar la legitimación y con mayor rigidez como fecha de referencia de los datos precisados a tal efecto.

En todo caso, la satisfacción de la exigencia legal de buena fe negocial "ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe" reza el art. 89.1 ET, en modo alguno cuestionada por la reforma, precisa no sólo acreditar la representatividad sin más, sino todas aquellas cuestiones que, fruto o no del régimen estatutario de la asociación y normativa de desarrollo, condicionan ésta. Entre otros aspectos, en lo que al ámbito subjetivo del cómputo, doble o simple, a efectuar concierne. Cuestión ésta normalmente relegada a un segundo plano en el tratamiento doctrinal, si no olvidada.

Se sostiene además la necesidad de que, judicializado en su caso el consiguiente conflicto, el órgano judicial valore si se ha acreditado dicho esfuerzo, diligencia y buena fe negocial por parte de las distintas asociaciones empresariales, sin trasladar la carga de acreditar la legitimación a otra parte, contando entre otros factores a considerar con lo advertido en relación con la distinción de actividades de las empresas afiliadas o en relación con la distinta condición asociativa.

VIII. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva es un procedimiento de creación de reglas y toma de decisiones caracterizado por la intervención directa, conjunta y exclusiva de los representantes de los trabajadores (unitarios o sindicales) y de los empresarios y/o sus representantes, tendente a la firma de un acuerdo (generalmente, un convenio colectivo).

La negociación colectiva se fundamenta en la autonomía de las partes y suele desarrollarse conforme a unas reglas legales (mínimas), y por las pautas o criterios elaborados o aceptados por los sujetos negociadores.

El carácter normativo de los convenios colectivos, que es el fruto más logrado de la negociación, justifica que ésta haya de sujetarse a lo establecido en la Ley, puesto que es ésta la que reconoce validez jurídica a aquéllos.

A diferencia de las normas estatales, la negociación colectiva se caracteriza por su dispersión, ya que se desarrolla en distintos ámbitos o unidades de negociación, delimitadas por criterios funcionales (profesiones, sectores de actividad, etc.) y territoriales (Estado, Comunidades Autónomas, regiones, comarcas, provincias o municipios) y permite satisfacer necesidades concretas que difícilmente pueden ser reguladas con carácter imperativo de forma heterónoma por los poderes públicos. La dispersión (y, en ocasiones, "atomización") de la negociación colectiva genera importantes problemas de articulación como consecuencia de la abundancia de acuerdos y convenios colectivos que pretenden regular las condiciones de trabajo de los empleados en sus distintos ámbitos y niveles territoriales y funcionales.

La finalidad primordial de la negociación colectiva es la creación de reglas que permitan disciplinar las condiciones de trabajo, entendidas en sentido amplio, pero

también puede y suele utilizarse con otros muchos fines, como la creación de canales de comunicación y participación entre las empresas y sus trabajadores, o entre los representantes de unas y de otros, al mismo tiempo que puede facilitar la gestión de los conflictos colectivos.

A diferencia de la negociación colectiva, cuyo fin primordial y último es la consecución de un acuerdo o convenio colectivo, la consulta persigue ante todo la puesta en contacto de las partes, para recabar e intercambiar opiniones, para transmitir información o para afrontar conjuntamente un determinado asunto. La consulta es una forma de participación de los trabajadores en la empresa, y no implica necesariamente la apertura de un proceso negociador, pero puede propiciarlo y dar lugar a la adopción de acuerdos colectivos; en muchos casos la consulta no es más que el primer paso para poner en marcha las negociaciones, convirtiéndose en un instrumento muy cercano a la negociación que se sitúa en una fase previa a ésta.

Aunque las diferencias con la negociación no siempre son apreciables, el Estatuto de los Trabajadores 2015 se refiere a la consulta para tratar asuntos de especial interés para los trabajadores, como los traslados colectivos (artículo 40), la modificación sustancial de condiciones laborales (artículo 41), la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (artículo 47) o los despidos colectivos (artículo 51), siendo todos ellos supuestos en los que a la empresa le interesa contar con el respaldo de los trabajadores y de sus representantes pues ello propicia un clima laboral adecuado en la empresa, que evita crispaciones, desavenencias y, a la postre, conflictos.

El Derecho Comunitario se ha ocupado de la consulta de los trabajadores en la Directiva 2002/14, que establece un marco general sobre información y consulta, y, de manera más particular, en las Directivas 94/45, sobre participación en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, y 2001/86, sobre implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea.

La cogestión o codecisión permite la acción conjunta de trabajadores y empresarios mediante la integración de representantes de los trabajadores en los órganos de administración o dirección de la empresa, en cuyo seno se debaten cuestiones que afectan directamente a la buena marcha de la empresa y, en su caso, se adoptan las decisiones oportunas.

Aunque países como Alemania cuentan con una importante tradición de cogestión, la legislación laboral española únicamente se refiere a ella en relación con las obras sociales, cuya gestión habrá de llevarse a cabo conforme al procedimiento que se determine por convenio colectivo (artículo 64.7 b) del Estatuto de los Trabajadores 2015).

La normativa comunitaria, por su parte, abre ciertas posibilidades de participación en la gestión en ese tipo de empresas en la Directiva 2001/86, sobre implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea.

Aun cuando la concertación o el diálogo social se desarrollan de manera muy similar a la negociación colectiva y, al igual que ella, persiguen alcanzar un acuerdo colectivo, se diferencian netamente por la participación de los poderes públicos junto con los interlocutores sociales (sindicatos más representativos y asociaciones patronales más representativas). La hipótesis teórica más perfecta es aquella en la que participan los poderes públicos con las representaciones sindicales y con las organizaciones empresariales, de modo que los canales de comunicación se desarrollan a tres bandas de manera tripartita, pero frecuentemente la concertación social se desarrolla con una sola parte de los interlocutores sociales (normalmente los sindicatos).

La concertación social puede desarrollarse tanto a nivel nacional como autonómico y presentar unos contenidos bien heterogéneos, que van desde las grandes decisiones de política económica y social hasta aspectos más puntuales y coyunturales como la reconversión industrial, la reestructuración de sectores, incrementos salariales en la función pública o la creación de sistemas de solución extrajudicial de conflictos.

En los últimos tiempos, la concertación social se ha utilizado para el diseño de futuras leyes laborales, o la reforma de las ya existentes, pactando contenidos concretos que pueden ser finalmente aprobados, como así ha ocurrido, por el Parlamento.

De manera impropia también se utiliza el término concertación social para referirse a la llamada negociación colectiva "en la cumbre", esto es, la que se lleva a cabo entre las cúpulas de las organizaciones sindicales y empresariales, con vistas a fijar criterios generales para la negociación colectiva o para el desarrollo de las relaciones laborales.

En tanto nacida de la autonomía colectiva, la negociación se desarrolla libremente por las partes legitimadas para ello. Atendiendo al grado de regulación legal y al sometimiento de las partes a las prescripciones legales, pueden distinguirse dos grandes sistemas de negociación.

Negociación colectiva informal

En este caso, la negociación se rige por las reglas que han elaborado los propios sujetos negociadores, al margen de la regulación legal. En consecuencia, el fruto de la negociación carece de eficacia normativa o erga omnes y, por

consiguiente, el acuerdo alcanzado carece de fuerza vinculante en sentido jurídico, aunque sí goza de eficacia inter partes.

Negociación colectiva formalizada

En lógica coherencia con el reconocimiento a los convenios colectivos de eficacia normativa (no se olvide que el artículo 37.1 de la Constitución encomienda a los poderes públicos garantizar la fuerza vinculante de los convenios), la legislación laboral establece un conjunto de reglas de necesaria observancia en el procedimiento de negociación. La actividad negociadora se somete a requisitos muy estrictos, relativos tanto a los sujetos negociadores (a los que exige un grado mínimo de implantación o representatividad) como al proceso de negociación (plazos mínimos, buena fe, etc.) y a la firma del convenio (forma escrita, registro, depósito y publicación oficial, etc.).

El Estatuto de los Trabajadores 2015 establece en su Título III (artículo 82 y siguientes) una serie de reglas que en todo caso deben cumplirse para que los convenios gocen de la fuerza vinculante que les reconoce la Constitución. Estas reglas se refieren al ámbito de aplicación de los convenios colectivos, a su naturaleza jurídica y eficacia, a la legitimación para negociar, a los requisitos de la comisión negociadora, a la puesta en marcha y el desarrollo del proceso de negociación, a su contenido y duración, a los requisitos de forma y tramitación oficial, a los mecanismos y causas de impugnación y, en fin, a su aplicación e interpretación.

El establecimiento de reglas no supone que esté prohibida la negociación "informal", dado que la negociación es un derecho con independencia de la forma en que se lleve a cabo, si bien habrán de respetarse en todo caso las exigencias generales

de las obligaciones y contratos establecidas en el Código Civil, y los criterios que acuerden las partes negociadoras.

La estructura de la negociación colectiva viene determinada por el conjunto de convenios, pactos y acuerdos colectivos existentes en un determinado sistema de relaciones laborales y se refiere, más concretamente, a los ámbitos o unidades de negociación, así como a sus diferentes niveles, lo que significa que forman parte de la estructura de la negociación las cuestiones relativas a la jerarquía, a la preferencia, a las relaciones de complementariedad y a la articulación de convenios.

La estructura de la negociación es simple cuando domina o prevalece un determinado tipo de convenio colectivo (de empresa, de rama de actividad, de ámbito interprofesional, etc.) y sobre él se articulan los restantes. Por el contrario, es compleja cuando no hay una unidad de negociación claramente dominante, sino que coexisten varias (de empresa y de ámbito provincial, de sector y de profesiones, etc.), que a su vez pueden estar o no articuladas.

La coordinación o articulación entre convenios puede conseguirse mediante la aplicación de reglas de jerarquía que establecen diferencias de rango entre los distintos tipos de convenio, normalmente atendiendo a la magnitud de la correspondiente unidad de negociación, mediante la aplicación de reglas de delimitación competencial y complementariedad, que procuran una adecuada distribución de materias y funciones entre los distintos niveles o unidades y, finalmente, mediante la aplicación de reglas de concurrencia.

Negociación colectiva en las administraciones públicas

Aunque la negociación colectiva se desarrolla en sentido estricto en el ámbito de la empresa y, en general, las actividades económicas que se desarrollan en el libre

mercado, la negociación colectiva se ha desarrollado también en las Administraciones Públicas, a pesar de que el interés general (artículo 103 de la Constitución) ha de guiar su actuación. Ello se debe, fundamentalmente, a la masiva contratación de personal en régimen laboral, que se somete a las leyes laborales y que es titular -sin apenas distinción o matiz- de los derechos reconocidos por esta legislación.

Con carácter general, la negociación colectiva en las Administraciones Públicas se rige por las mismas reglas que en el ámbito privado, aunque presenta algunos matices importantes, especialmente en materia retributiva (supeditada a las Leyes de Presupuestos) y en cuanto a la forma de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad.

Negociación colectiva comunitaria

La negociación colectiva puede desarrollarse también a escala supranacional, siempre que existan interlocutores apropiados, y obviamente, contenidos e intereses que puedan y quieran acordarse por esta vía. Ese tipo de negociación no es nueva a nivel comunitario y se contempla expresamente en el artículo 138 del Tratado de la Comunidad Europea (diálogo social).

Si bien, seguramente por su dificultad, el Derecho comunitario no ha identificado a los sujetos legitimados para negociar, la Comunicación de la Comisión de 20 de mayo de 1998 (y anteriormente la de 18 de septiembre de 1996), para la adaptación y el fomento del diálogo social a escala comunitaria, contiene una lista de organizaciones sindicales y empresariales que se consideran interlocutores sociales a nivel comunitario, entre las que se incluyen la Unión de Confederaciones de la Industria y de los Empresarios, el Centro Europeo de la Empresa Pública y la Confederación Europea de Sindicatos, aparte de otras organizaciones de carácter sectorial. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17

de junio de 1998 desestimó una queja de una asociación europea de pequeñas y medianas empresas respecto de su exclusión en la negociación del Acuerdo sobre permiso parental asumido por la Directiva 96/34, asumiendo como válida la representatividad otorgada a las organizaciones firmantes, aunque recordando la obligación que incumbe a la Comisión y al Consejo de comprobar dicha representatividad a la hora de dar efectos "erga omnes" al resultado de la negociación colectiva a escala comunitaria.

El diálogo social comunitario puede dar lugar a acuerdos colectivos en sentido propio, aunque aplicables en cada país conforme a su propio sistema de negociación colectiva, o a acuerdos sociales que sirven de base para la adopción de una Directiva en la materia por parte de los órganos comunitarios (artículo 139 del Tratado de la Comunidad Europea). Al primer tipo pertenecen los Acuerdos sobre competencias y cualificación (de 28 de febrero de 2002) y teletrabajo (de 16 de julio de 2001), mientras que al segundo pertenecen los Acuerdos que dieron lugar a las Directivas sobre permiso parental (Directiva 96/34) y tiempo parcial (Directiva 97/81).

La negociación a escala comunitaria también es la base para la puesta en marcha de los instrumentos de participación de los trabajadores en la empresa previstos en diversas Directivas comunitarias, como la Directiva 2009/38/CE, sobre comités de empresa europeos, la Directiva 2001/86, sobre implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea, o la Directiva 2003/72, sobre sociedades cooperativas europeas.

En el marco de la legislación nacional, merecen una mención especial la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que traspuso al ordenamiento interno la Directiva 2009/38/CE, sobre Comités de Empresa Europeos, y la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las

sociedades anónimas y cooperativas europeas, que es trasposición de las Directivas 2001/86 y 2003/72.

IX. INAPLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

La estructura de la negociación colectiva en España se ha caracterizado tradicionalmente por un grado moderado de descentralización, pues, siendo posible la elección entre distintos ámbitos de negociación (incluido el de empresa), son los convenios sectoriales (estatales y, sobre todo, provinciales) los que han venido ocupando un lugar preponderante en el conjunto del sistema. Ello es resultado no sólo de las propias prácticas de los sujetos negociadores, sino también de ciertas previsiones legales que contribuían a consolidar y preservar los contenidos negociados en el ámbito supra-empresarial frente a la negociación más descentralizada en el nivel de empresa, fundamentalmente la regla de prohibición de concurrencia de convenios (art. 84 ET) y la atribución de fuerza vinculante general o erga omnes a los convenios estatutarios (art. 82.3 ET). Como es sabido, en virtud de esta ordenación legal, la regulación de condiciones laborales de un convenio de sector, en principio, resultaba de obligada aplicación, en su integridad y sin excepción, a todas las empresas y trabajadores incluidos en el ámbito funcional y territorial de aquel.

Sin embargo, desde hace tiempo, se viene planteando que la aplicación rígida e incondicionada de las condiciones laborales reguladas en el nivel sectorial a todas las empresas del ámbito correspondiente podría resultar inconveniente desde la perspectiva de la adaptabilidad a las necesidades y coyuntura específicas de cada organización empresarial, en particular, en el caso de aquellas de menor tamaño o inmersas en situaciones de crisis y de transformación de las circunstancias del mercado o de la producción. En este sentido, existiría un problema subyacente a la estructura de la negociación colectiva relacionado con la tensión o falta de adaptación entre la

ordenación sectorial de las condiciones de trabajo por convenio dotado de eficacia general y las necesidades de las empresas singularmente consideradas, para las que el obligatorio sometimiento a aquel régimen generalizado pudiera comportar una excesiva rigidez, costes demasiado altos en relación con su dimensión o sus capacidades o incluso un obstáculo a su propia viabilidad. Además, esta cuestión habría ido adquiriendo progresivamente mayor relevancia en el contexto de un tejido productivo cada vez más decantado hacia las pequeñas empresas, que es para las que puede resultar lógicamente más problemático ajustarse a niveles ambiciosos de condiciones laborales establecidos de modo homogéneo para todo el sector.

En virtud de estas consideraciones, se han ido incorporando a nuestra legislación distintos mecanismos que permiten a los empleadores apartarse de determinados aspectos de la regulación establecida en el convenio estatutario que les sea aplicable, con el doble objetivo de procurar una mayor "flexibilidad interna" y ofrecer una vía de solución ante la aludida tensión o falta de adaptación entre la negociación colectiva supra-empresarial y las necesidades específicas de cada empresa, especialmente en los casos de dificultades económicas o de procesos de transformación o reajuste técnico u organizativo. Ya en la reforma laboral de 1994 se establecieron previsiones que, bajo ciertas condiciones, permitían evitar la aplicación en el nivel de empresa de algunos contenidos del convenio colectivo sectorial, a través de dos cauces distintos: el denominado "descuelgue salarial" (antiguo art. 82.3 ET) y la inaplicación causal de otras condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo mediante el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (antiguo art. 41.2 ET).

Ahora bien, las reformas laborales y de la negociación colectiva han ido mucho más lejos, ampliando extraordinariamente las vías de exclusión de la regulación sectorial dotada de eficacia general. El legislador parece haber estimado que los términos y condiciones a que se sometían el descuelgue y la inaplicación del convenio colectivo estatutario resultaban excesivamente rígidos e insuficientes para dar satisfacción a los imperativos de flexibilización y adaptabilidad subyacentes a las clásicas previsiones legales al respecto. O también que dichos imperativos han

redoblado su intensidad en el contexto de la crisis económica que ha seguido al colapso del sistema financiero internacional a partir del año 2007, haciéndose necesario ante la coyuntura adversa revisar y agilizar estos mecanismos que habilitan un ajuste singularizado de las condiciones laborales en el nivel de empresa. De otro lado, tampoco puede soslayarse que, ante una situación de crisis asimétrica sufrida con mayor rigor por los países periféricos de la "eurozona" como España, ya no es aplicable el viejo remedio para recuperar la competitividad de la economía en el escenario mundial, la devaluación de la moneda, puesto que la soberanía monetaria ha sido cedida a la UE; por ello, desde ciertas tendencias de pensamiento económico acogidas por las instituciones financieras internacionales y por la UE, la "nueva receta" que se ofrece al respecto es la de la "devaluación interna" a través de una reducción generalizada de los salarios y demás costes laborales. Desde esta óptica, los mecanismos de escape con respecto a la regulación sectorial y la descentralización de la negociación colectiva hacia el ámbito empresarial se contemplan favorablemente como vía para lograr de manera indirecta esa reducción de costes, a través de la sustitución de la uniformidad resultante de los convenios de sector por una espiral competitiva de regulación a la baja de las condiciones laborales en el seno de cada empresa.

Así pues, las recientes reformas de nuestra legislación laboral han incidido muy notablemente en la regulación de los mecanismos de descuelgue o inaplicación puntual de los convenios, multiplicando las posibilidades de "huida" de la regulación pactada, en los términos que luego se detallarán. Pero, además, a esos cauces tradicionales de apartamiento de la empresa con respecto a la regulación colectiva sectorial se ha sumado asimismo uno nuevo, en virtud de una regla de concurrencia de convenios que otorga preferencia de paso automática a los convenios de empresa sobre los de sector en un significativo grupo de materias. Dicha prioridad de aplicación, introducida por el Real Decreto-Ley 7/2011 y reforzada por la reforma laboral de 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012 y Ley 3/2012), abre otra vía distinta para desplazar lo pactado en la negociación colectiva sectorial, mediante la negociación de un convenio propio en la empresa. Obviamente, se trata de un mecanismo distinto de los de descuelgue o inaplicación causal del convenio, pero parcialmente concurrente con estos en cuanto a los efectos

pretendidos en lo que se refiere a la adaptabilidad y la descentralización de la regulación de condiciones de trabajo. Pues bien, lo que aquí se pretende ahora es analizar y cotejar estos diversos instrumentos legales que posibilitan eludir la aplicación en el nivel de empresa de lo pactado en el convenio colectivo estatutario de sector, atendiendo a las novedades introducidas en las últimas reformas, y efectuando un examen comparativo de la virtualidad respectiva estas distintas fórmulas de adaptabilidad o exclusión de la regulación colectiva sectorial.

Las distintas formas de exclusión en el nivel de empresa de la regulación pactada en convenio de sector admitidas en nuestro sistema venían ajustándose tradicionalmente a un régimen jurídico diferente. El "descuelgue salarial" se contemplaba en el antiguo art. 82.3 ET, habilitándose para "las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada" como consecuencia de la aplicación del régimen salarial fijado en el nivel sectorial, y sometiéndose, en principio, a "las condiciones y procedimientos" que se establecieran en el propio convenio objeto de eventual inaplicación. Sólo en defecto de cláusula reguladora de la inaplicación en dicho convenio, se permitía el descuelgue salarial por acuerdo de empresa entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiriera "la situación económica de la empresa", atribuyéndose a la comisión paritaria del convenio la solución de la discrepancia en caso de desacuerdo. Por su parte, la posibilidad de excluir la aplicación del convenio en otras materias se remitía directamente, ya desde un principio, al acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores en el nivel de empresa, conforme al antiguo art. 41.2 ET. Ahora bien, como contrapartida, se exigía con rotundidad la concurrencia de un presupuesto habilitante cifrado en "probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción", que existirían efectivamente "cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda" (antiguo art. 41.1 ET). Es por ello que esta segunda vía de apartamiento de la regulación pactada puede denominarse "inaplicación causal" del convenio.

Pues bien, las recientes reformas de la legislación laboral han ido acercando progresivamente la configuración de estas distintas formas de apartamiento con respecto a la regulación del convenio, fundamentalmente por la vía de aproximar el descuelgue salarial al régimen de la inaplicación causal tradicionalmente incluida en el marco normativo de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, aunque la convergencia también se ha producido en algún caso en sentido inverso. La primera y seguramente más relevante modificación en esta línea resulta ya de la reforma laboral de 2010, en la que las condiciones y procedimientos de exclusión del régimen salarial pactado dejan de estar remitidos al propio convenio objeto de inaplicación, pasando a atribuirse la facultad de descuelgue directamente al acuerdo de empresa negociado conforme al procedimiento de consultas legalmente establecido al efecto. Nótese que ello comporta implícitamente una transferencia descentralizadora del poder de negociación sobre esta cuestión desde el nivel sectorial al de empresa, quedando los negociadores del ámbito supra-empresarial despojados de las facultades que les permitían controlar, tutelar o dificultar los descuelgues, a través de regulaciones exigentes de los presupuestos o procedimientos para la inaplicación del convenio o de la imposición de una preceptiva intervención de la comisión paritaria. Precisamente este es el objetivo principal perseguido, a partir de la constatación de que la inaplicación salarial venía siendo casi impracticable en virtud de una actitud supuestamente obstruccionista en el nivel sectorial, lo que habría frustrado los fines de adaptabilidad perseguidos por el art. 82.3 ET.

En compensación con respecto a esa disponibilidad más inmediata del régimen salarial del convenio para el acuerdo de empresa, la Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011 reforzaron la exigencia de un presupuesto habilitante para el descuelgue, lo que también supone hasta cierto punto una aproximación al régimen de la inaplicación causal, caracterizado precisamente por la exigencia de razones económicas, técnicas organizativas o productivas. No obstante, es cierto que las reformas de 2010 y 2011 mantuvieron una configuración diferenciada del específico presupuesto exigido para el descuelgue salarial, pero esa divergencia ha desaparecido finalmente con la reforma de 2012, que uniforma definitivamente las causas habilitantes de todos los supuestos de

inaplicación del convenio. De otro lado, el acercamiento del descuelgue salarial a la inaplicación causal del convenio en otras materias se advierte asimismo en lo que se refiere a las reglas sobre el procedimiento a seguir y los interlocutores en la negociación del acuerdo. La regulación de estas cuestiones, antes atribuida íntegramente al propio convenio, quedó remitida tras las reformas de 2010 y 2011 a lo dispuesto en el art. 41.4 ET sobre el periodo de consultas previsto para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (incluidos los supuestos de inaplicación causal del convenio), con el único matiz de ciertos contenidos específicos exigidos a los acuerdos de inaplicación salarial. Algo parecido podría decirse también en relación con los mecanismos de solución de las discrepancias surgidas en el periodo de consultas, pues en este punto las reformas han ido introduciendo destacadas novedades siguiendo pautas similares tanto para el descuelgue salarial como para la inaplicación causal del convenio en relación con otras condiciones laborales.

Esta aproximación entre el descuelgue salarial y la inaplicación causal del convenio en otras materias ha alcanzado su punto culminante con la reforma laboral de 2012, que unifica formalmente ambos mecanismos de adaptabilidad bajo un régimen jurídico común contemplado dentro de un mismo precepto legal. La modificación o inaplicación causal del convenio colectivo estatutario en materias distintas del salario se desgaja de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo del art. 41 ET, pasando a ubicarse, junto al descuelgue salarial, en el reformulado art. 82.3 ET, lo que, además, se subraya expresamente en el nuevo art. 41.6 ET. Con ello, la inaplicación del convenio se deslinda de los supuestos de modificación unilateral por el empleador de condiciones de trabajo no establecidas en la negociación colectiva de eficacia general, lo que parece adecuado puesto que se trata evidentemente de medidas con sentido y alcance esencialmente distintos. En este sentido, la nueva reordenación sistemática parece coherente con lo que todos los supuestos de descuelgue --salarial o no salarial-- representan realmente: una excepción a la eficacia general del convenio colectivo estatutario, proclamada en el párrafo primero del art. 82.3 ET, que ahora aúna a continuación, en los párrafos siguientes, la regulación conjunta de todos los supuestos de inaplicación que comportan una salvedad al respecto.

Desde un punto de vista práctico, la transformación sistemática mencionada lleva aparejados también cambios importantes. Para empezar, conviene poner de relieve que, al separarse de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo del art. 41.1 ET, los supuestos de inaplicación causal de condiciones de trabajo distintas del salario previstas en convenio colectivo quedan excluidos de la facultad antes abierta a los trabajadores afectados de rescindir el contrato con derecho a indemnización o de impugnar individualmente de la medida modificativa (conforme al art. 41.3 ET). De otro lado, en cuanto a los mecanismos de solución de discrepancias en la negociación del acuerdo de inaplicación, se produce una reunificación en una regulación conjunta que sigue las pautas de las anteriores reformas, aunque añadiendo alguna innovación significativa que luego se comentará en detalle. En fin, desde una perspectiva de fondo, lo más perceptible es seguramente la ya apuntada homogenización de las causas o presupuestos de hecho habilitantes de la inaplicación del convenio estatutario, ya sea en cuanto al régimen salarial o a propósito de otras condiciones laborales.

Las reformas de la legislación laboral han ido introduciendo sucesivamente modificaciones en la regulación de los mecanismos de inaplicación del convenio en una línea de búsqueda de mayor flexibilidad, ampliando las posibilidades de apartamiento del convenio estatutario y atenuando las rigideces legales que podían dificultar los descuelgues. Esa tendencia ampliatoria se percibe, de entrada, en cuanto a las materias o condiciones laborales con respecto a las que puede efectuarse la inaplicación. Tras la Ley 35/2010, dicho ámbito material fue ensanchado extendiendo la tradicional referencia al horario a la "distribución del tiempo de trabajo", y, de otro lado, añadiendo también las funciones (cuando excedan de los límites del art. 39 ET para la movilidad funcional) a la lista de condiciones modificables del art. 41 ET. Posteriormente, la reforma laboral de 2012, de acuerdo con la nueva ordenación sistemática ya comentada, ha llevado la enumeración de materias respecto de las que es admisible el descuelgue o inaplicación al art. 82.3 ET, que contiene un listado de carácter cerrado o tasado. A él se han incorporado en esta última reforma la "jornada de trabajo" y las "mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social". Asimismo, se ha modificado la referencia al "sistema de remuneración" para dar cabida ahora también a la "cuantía

salarial". Pero, en este último caso, el cambio responde fundamentalmente a la reunificación de todos los supuestos de descuelgue del convenio (salarial o no) en el art. 82.3 ET, y no cabría hablar de ampliación material en sentido estricto, puesto que el descuelgue salarial ya era posible con anterioridad. De otra parte, en sentido inverso, se ha introducido un nuevo límite material para los acuerdos de inaplicación, que no podrán dar lugar "al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razón de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa" (art. 82.3, párrafo sexto).

En lo referente a las causas o presupuestos habilitantes de la inaplicación del convenio, las recientes reformas legales han introducido cambios muy trascendentes. Con respecto a las modificaciones de condiciones distintas del salario, la reforma laboral de 2010 introdujo ya una redefinición en un sentido más amplio de las causas económicas, técnicas organizativas o de producción que han de acreditarse, si bien se mantuvo la exigencia de una justificación finalista de las medidas a adoptar en relación con las causas, en tanto que únicamente se entendería que estas concurren cuando aquellas contribuyeran a "prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda". En cuanto al descuelgue salarial, tanto la reforma laboral de 2010 como la reforma de la negociación colectiva de 2011 reformularon sucesivamente el presupuesto habilitante, de índole económica. Tras esta última, el descuelgue quedaba habilitado cuando la empresa sufriera "una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente" como consecuencia de la aplicación del régimen salarial previsto en el convenio de ámbito superior a la empresa, "afectando a las posibilidades de empleo en la misma".

La reforma laboral de 2012, como se ha dicho, ha unificado en el art. 82.3 ET los distintos supuestos de descuelgue, salarial o en otras materias, sometiéndolos a un mismo marco normativo que comporta un nuevo régimen de causalidad común a todos los casos de inaplicación de convenios estatutarios, con independencia del tipo de condiciones de trabajo afectadas. Así pues, para cualquier clase de descuelgue, se exige ahora la concurrencia de causas económicas, técnicas organizativas o de producción. Dichas causas son explícitamente definidas en el renovado art. 82.3 ET (párrafos tercero y cuarto), de modo similar --aunque no plenamente coincidente-- a las también reformuladas causas del despido colectivo o de la extinción individual por causas económicas, organizativas o productivas (art. 51.1 ET), quizá para subrayar que, ante unas mismas situaciones, la inaplicación del convenio en clave de flexibilidad interna puede ser una alternativa a la flexibilidad externa por la vía del ajuste de plantillas. De esta manera, la nueva expresión de las causas del descuelgue se hace partícipe también de las variaciones introducidas, en un sentido ampliatorio, en las causas del despido: la extensión de la causa económica a los supuestos de disminución no sólo de ingresos, sino también de "ventas" (aun con ingresos crecientes), y la incorporación entre las razones organizativas de los cambios "en el modo de organizar la producción". Ahora bien, puede apreciarse una diferencia en la novedosa aclaración sobre la causa cifrada en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, que para el despido se refiere a "tres trimestres consecutivos" (art. 51.1 ET, párrafo segundo), mientras que para los descuelgues tan sólo a dos (art. 82.3 ET, párrafo tercero). Por cierto, cabe añadir que la Ley 3/2012 ha introducido en este punto una nueva precisión, señalando que la caída de ingresos o ventas habilitante de los descuelgues (o despidos) ha de apreciarse a partir de la comparación de cada trimestre con "el mismo trimestre del año anterior".

En cualquier caso, este régimen de causalidad se aparta de lo establecido para el descuelgue salarial en la normativa precedente, que, en los términos ya comentados, se venía habilitando únicamente en situaciones de disminución persistente de ingresos o repercusión negativa de los niveles salariales del convenio sobre la situación y perspectivas económicas de la empresa, con afectación a las posibilidades de

mantenimiento del empleo. Estas referencias desaparecen ahora, sustituidas por la nueva definición común de las causas económicas, técnicas organizativas o de producción para todos los supuestos de inaplicación del convenio. De esta forma, el descuelgue pasa a habilitarse no sólo por razones económicas en sentido estricto, sino también cuando se acrediten causas organizativas, técnicas o productivas, lo que podría ser visto como una ampliación de las situaciones habilitantes de la inaplicación de las cuantías salariales fijadas en convenio, que sería posible aun sin acreditar repercusión adversa de estas sobre la estabilidad económica de la empresa o los niveles de empleo. Pero también podría apreciarse, en un sentido opuesto, que el descuelgue salarial estaba antes sometido únicamente a la acreditación de unas circunstancias económicas definidas de modo algo impreciso, y que ahora ha pasado a estar condicionado a auténticas exigencias causales definidas de modo más riguroso.

Esta regulación de las causas es asimismo diferente de la que regía antiguamente para la inaplicación del convenio estatutario en materias distintas del salario dentro del marco del art. 41 ET sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, del que se ha operado una nítida separación. El régimen de causalidad común para todos los descuelgues contenido ahora en el art. 82.3 ET contiene una descripción legal --antes inexistente-- de las circunstancias subsumibles dentro de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, aportando un mayor nivel de precisión. Ahora bien, también supone una notable relajación de los anteriores requerimientos legales, en la medida en que se elimina la tradicional exigencia de acreditar que la exclusión de la aplicación del convenio contribuye a "prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda".

En cualquier caso, las exigencias de causalidad han quedado algo difuminadas. No sólo por la eliminación de la necesidad de justificar que las medidas adoptadas contribuyen a mejorar la situación de la empresa o evitar situaciones negativas, sino

también, sobre todo, por el juego de la novedosa e importantísima presunción legal introducida inicialmente por la reforma de 2010 y consolidada por las posteriores de 2011 y 2012: "cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas" de la inaplicación del convenio estatutario, añadiéndose que dicho acuerdo "sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión". Con esta previsión, evidentemente, la exigencia causal de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción pierde trascendencia y sustantividad propia frente a la necesidad de acuerdo, pues, existiendo este, aquellas se presumen concurrentes y la medida deviene prácticamente inatacable, salvo en tasados supuestos excepcionales, convirtiendo en prácticamente irrelevante la existencia o inexistencia real de causa debidamente acreditada. No obstante, tampoco cabría hablar precipitadamente de una descausalización de la inaplicación del convenio. De un lado, porque el acuerdo de descuelgue que no aparezca mínimamente asentado en una causa económica, técnica, organizativa o productiva podría seguramente combatirse ante la jurisdicción social apelando --dentro de los motivos tasados de impugnación-- a la existencia de fraude o abuso de derecho. De otro lado, porque la exigencia de causa retoma plena virtualidad cuando, ante la falta de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, la decisión sobre el descuelgue quede encomendada a una solución arbitral. En este caso, obviamente, el criterio decisorio para el arbitraje tendrá que ser precisamente el de la concurrencia o no de la causa habilitante.

Siguiendo la línea que persigue mayor flexibilidad, las sucesivas reformas de 2010, 2011 y 2012 han introducido modificaciones de diversa índole para dinamizar y facilitar los descuelgues en la práctica. En este sentido, se han tratado de agilizar y abreviar los preceptivos procedimientos de consultas y se han introducido nuevas soluciones de interlocución para la negociación de los acuerdos de descuelgue, incorporando además previsiones tendentes a superar las situaciones de bloqueo de dicha negociación. En lo que toca al procedimiento de negociación del acuerdo, se ha mantenido la exigencia de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, cuya regulación se remite a lo dispuesto para las modificaciones

sustanciales de condiciones de trabajo en el art. 41.4 ET (ex art. 82.3 ET, párrafo segundo). Ahora bien, a partir de la reforma laboral de 2010, se han invertido los términos del plazo de duración de dichas consultas, que antes debía ser no inferior a quince días y ahora debe ser "no superior a quince días" (art. 41.4, párrafo primero). Adicionalmente, se ha previsto la posibilidad de que el empresario y la representación de los trabajadores acuerden en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo de quince días (art. 41.4, párrafo sexto).

En cuanto a los interlocutores en el periodo de consultas, las reformas han pretendido facilitar la negociación, abriéndola a nuevos sujetos frente al antiguo monopolio de la representación unitaria. Así, la representación de los trabajadores en la negociación sobre la inaplicación del convenio queda atribuida en el marco legal vigente tras la reforma de 2012 (art. 82.3, párrafo segundo) a los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo de empresa conforme al art. 87.1 ET, es decir, los comités de empresa, los delegados de personal y también las secciones sindicales, cuando así lo acuerden y siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal. Ya desde el Real Decreto-Ley 7/2011, estas últimas pueden asumir la negociación con la dirección de la empresa en el periodo de consultas alternativamente a los representantes unitarios, atribuyéndose además preferencia a esta interlocución sindicalizada frente a la representación legal, cuando se den las condiciones antes mencionadas (art. 87.1 ET, párrafo segundo).

Por otro lado, es particularmente llamativa la creación de un nuevo cauce procedimental para poder acometer los descuelgues en aquellas empresas que carecen de representación legal permanente de los trabajadores. Téngase en cuenta que la exigencia de consultas y acuerdo con la representación unitaria de los trabajadores parecía excluir indirectamente de las posibilidades de descuelgue con respecto al convenio sectorial a aquellas empresas que por razón de su pequeño tamaño o por la

falta de promoción del correspondiente proceso electoral no tuvieran constituida dicha representación. Pues bien, la reforma laboral de 2010 introdujo un peculiar sistema de representación coyuntural ad hoc para la necesaria negociación de los acuerdos de inaplicación de convenios estatutarios en dichas empresas. Así, de acuerdo con el art. 41.4 ET, párrafo cuarto, en los casos de ausencia de representación legal de los trabajadores, "estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma". Ahora bien, sea una u otra la variante elegida, tal designación es imperativa y "deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo" (art. 41.4 ET, párrafo quinto). Por su parte, en el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario también podrá poner su representación en manos de organizaciones empresariales (art. 41.4 ET, párrafo quinto).

De otra parte, si la inaplicación de lo dispuesto en el convenio requiere en principio la efectiva consecución de un acuerdo de empresa en tal sentido, es evidente que aquella quedaría paralizada en caso de enquistamiento de la negociación. Así las cosas, cobran gran trascendencia los mecanismos de resolución de conflictos que pudieran ayudar a limar diferencias y resolver los desacuerdos en torno a los descuelgues, contribuyendo a superar esas situaciones de bloqueo. Por ello, las recientes reformas legales de 2010, 2011 y 2012 ponen especial énfasis en el intento de impulsar el establecimiento y aplicación de mecanismos de composición para la resolución de las discrepancias entre la empresa y los representantes surgidas en los periodos de consultas sobre inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en convenio, con el objetivo de facilitar que se alcancen los acuerdos necesarios para la elusión o alteración en el nivel de empresa de lo dispuesto en la negociación colectiva de eficacia general.

En este sentido, se ha establecido, en primer lugar, que cualquiera de las partes podrá someter los desacuerdos surgidos durante el periodo de consultas para el descuelgue a la comisión (paritaria o similar) del convenio correspondiente, que deberá pronunciarse en un plazo de siete días. En segundo lugar, cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión del convenio o esta no hubiera alcanzado tampoco un acuerdo, las partes deberán recurrir a determinados mecanismos de mediación y arbitraje. A tal efecto, se hace una llamada a la negociación colectiva, concretamente a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico contemplados en el art. 83 ET, para que estos establezcan "procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos" de descuelgue, "incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante", previsión esta que procede ya de la reforma laboral de 2010 y que ha sido mantenida --con algún matiz añadido-- por las sucesivas modificaciones posteriores del ET. Asimismo, en tercer lugar, se señala que los convenios colectivos deberán incorporar como parte de su "contenido mínimo", los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación de los acuerdos de inaplicación de convenios estatutarios, "adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico".

Finalmente, como colofón a todo este entramado de previsiones en torno al desbloqueo de los desacuerdos, la reforma laboral de 2012 ha incorporado un nuevo mecanismo adicional para intentar una solución definitiva a través de la intervención de ciertos organismos de composición mixta. Según el nuevo párrafo octavo del art. 82.3 ET, cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los anteriormente mencionados procedimientos de solución de desacuerdos o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter el asunto a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (si la inaplicación del convenio colectivo afecta a centros de trabajo situados en el territorio de más de una comunidad autónoma) o a los órganos correspondientes de cada comunidad autónoma

(si están afectados centros de trabajo situados dentro de dicho ámbito autonómico). Corresponderá entonces a estos órganos decir la última palabra sobre el descuelgue, constituyendo su intervención una solución heterónoma de carácter arbitral. Tal solución puede ser adoptada directamente por dichos organismos de composición mixta o encomendada a un árbitro designado por ellos ("con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad", según la redacción resultante de la Ley 3/2012), debiendo pronunciarse en cualquier caso en un plazo no superior a veinticinco días. A la decisión que se alcance por esta vía se le atribuye la misma eficacia que a los acuerdos alcanzados en periodo de consultas, y, como estos, sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 ET.

Esta intervención arbitral es evidentemente un mecanismo de cierre del complejo sistema de medios de solución de discrepancias establecido para romper las situaciones de bloqueo de los acuerdos de descuelgue y facilitar en la práctica su consecución, incidiendo además de modo indirecto en la capacidad y disposición por parte de las representaciones de los trabajadores para aceptar o rechazar la inaplicación del convenio en la negociación durante los periodos de consultas. Desde luego, es todavía pronto para calibrar la virtualidad y efectividad de estas previsiones que configuran un nuevo supuesto de establecimiento por ley de un arbitraje obligatorio, en torno al que se plantean de antemano algunas incertidumbres. Para empezar, pueden suscitarse dudas sobre su articulación práctica en el seno de la Comisión Consultiva, que se multiplican si la atención se dirige a los "órganos correspondientes de las comunidades autónomas", que está aún por determinar cuáles habrán de ser. Más allá de ello, debe tenerse presente que se trata de un arbitraje legalmente impuesto, a cargo de un órgano administrativo (aunque, ciertamente, con representación de los interlocutores sociales), del que puede resultar la inaplicación del convenio estatutario sin la anuencia --o en contra de la voluntad-- de los sujetos colectivos legitimados para la regulación pactada de condiciones de trabajo en los ámbitos sectorial y de empresa, y que, por consiguiente, repercute directamente sobre la autonomía colectiva y la eficacia vinculante de la negociación colectiva. Por ello, como es sabido, se han planteado fundadas dudas de constitucionalidad en este punto, y especialmente con respecto a la

versión inicial de la reforma en el Real Decreto-Ley 3/2012, ya que una intervención de estas características sobre la negociación colectiva parece exceder de los límites materiales que rigen para este tipo de disposiciones de urgencia (art. 86.1 CE). Ciertamente, la conversión en Ley 3/2012 viene a salvar esta última objeción, pues la ley en sentido formal sí tiene capacidad para modular la eficacia vinculante de los convenios colectivos (ex art. 37.1 CE). Con todo, a la vista de la jurisprudencia constitucional en materia de arbitrajes obligatorios, podría aún subsistir alguna reserva sobre la admisibilidad de esta regulación.

Finalmente, si el periodo de consultas o el itinerario de resolución de discrepancias a través de los procedimientos descritos concluye con la aceptación --ya sea mediante acuerdo o solución arbitral-- de la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en un convenio estatutario, dicho resultado deberá ser comunicado a la autoridad laboral "a los solos efectos de depósito" (art. 82.3 ET, último párrafo). Se trata de una obligación de información introducida por la Ley 3/2012 que viene a sustituir a la previsión anterior, ahora eliminada, conforme a la que en caso de concluir la negociación con acuerdo, este debería ser notificado tanto a la comisión paritaria del convenio afectado por el descuelgue como a la autoridad laboral.

El descuelgue salarial y la inaplicación causal del convenio colectivo ofrecían unas posibilidades de apartamiento de la regulación sectorial y adaptación a la coyuntura específica de la empresa que pueden haber sido ampliamente rebasadas por la aparición de una auténtica "autopista de adaptabilidad" a las circunstancias particulares de cada organización empresarial en las recientes reformas de la legislación laboral. Se trata de la novedosa prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa introducida inicialmente en la reforma de la negociación colectiva de 2011, y que es objeto de consolidación y refuerzo en la reforma laboral de 2012. En el nuevo art. 84.2 ET resultante de estas modificaciones se matiza la regla general de prohibición de concurrencia entre convenios para, en primer lugar, permitir la concurrencia entre el convenio de sector y el convenio de empresa y, en segundo lugar, otorgar en este caso

preferencia al segundo en la regulación de un importante grupo de materias que el precepto enumera. Los pactos colectivos beneficiarios de esta atribución de prioridad, conviene aclararlo, son los convenios de empresa estatutarios, negociados conforme al Título III del Estatuto de los trabajadores, y también los convenios de grupo de empresas o los suscritos para una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 87.1 ET, tal y como se precisa expresamente en el art. 84.2 ET, párrafo segundo. Así pues, no gozarán de la referida preferencia los convenios extraestatutarios, ni tampoco seguramente los convenios negociados para ámbitos o unidades inferiores al de empresa (por ejemplo, convenios de centro o convenios franja).

En cuanto a su ámbito objetivo, es importante destacar que esta prioridad legal a favor de los convenios de nivel empresarial no es absoluta, sino que, en principio, se ciñe a la lista tasada de materias contenida en el propio art. 84.2 ET, si bien, ciertamente, este catálogo engloba el "núcleo duro" de la ordenación de condiciones de trabajo en la empresa: a) la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; b) el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; c) el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; d) la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; e) la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el Estatuto de los trabajadores a los convenios de empresa, y f) las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. Además, el listado de materias podrá extenderse también a otras condiciones de trabajo distintas si así se establece en los acuerdos y convenios colectivos del art. 83.2 ET, que están habilitados para ampliar el radio de acción de esta previsión [art. 84.2.g) ET].

Sin embargo, estos acuerdos y convenios no pueden ya disponer en un sentido limitativo o restrictivo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Inicialmente, esta se configuraba con el Real Decreto-Ley 7/2011 como una regla general de carácter subsidiario, establecida a salvo de que se dispusiera otra cosa en los acuerdos interprofesionales o en los acuerdos o convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico con capacidad para establecer la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia, conforme al art. 83.2 ET. Por tanto, se permitía que estos pactos pudieran hipotéticamente atajar la primacía de los convenios de empresa y dejarla sin efecto, o también, en una línea intermedia, atenuarla, matizarla o someterla a condiciones. En cambio, con la reforma laboral de 2012 se ha eliminado esta posibilidad, estableciéndose ahora que "los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa" del convenio de empresa. Por consiguiente, esta preferencia de aplicación se convierte incondicional, una regla absoluta que no admite excepciones y que no es disponible para la autonomía colectiva, salvo para ampliar las materias a las que afecta.

Una vez expuestas las coordenadas básicas de la prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET, puede ya entrarse en el análisis comparativo entre esta fórmula de adaptabilidad y descentralización de la regulación de condiciones laborales y, de otro lado, la más tradicional de inaplicación puntual del convenio estatutario conforme a lo dispuesto en el art. 82.3 ET. Desde una perspectiva general, la novedosa preferencia del convenio de empresa sobre la regulación contenida en el sectorial parece un cauce de adaptación a las circunstancias y coyuntura específicas de las empresas de mucho mayor alcance que la vía de los acuerdos de descuelgue, pues comporta potencialmente una radical transformación de la tradicional estructura y articulación de nuestro sistema de negociación colectiva y relaciones laborales: se trata de una opción explícita y general por la descentralización de la regulación de condiciones de trabajo hacia el nivel de empresa, en detrimento de la negociación colectiva sectorial. Desde luego, aunque de modo más limitado o discreto, esa dinámica descentralizadora subyace también a la regulación sobre descuelgues puntuales y a la

ampliación legal de las posibilidades en tal sentido, pero toma cuerpo de modo mucho más amplio, claro y contundente en la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

En este sentido, es evidente que la prioridad aplicativa del convenio de empresa no está condicionada por la exigencia de causa económica, técnica organizativa o de producción, como sí ocurre con la inaplicación del art. 82.3 ET, si bien la relevancia de este presupuesto parece haber quedado algo difuminada tras las últimas reformas, como se ha dicho ya. Por otro lado, en conexión seguramente con su carácter puntual y causal, los acuerdos de descuelgue son de naturaleza coyuntural, de manera que su duración temporal aparece limitada, según lo que se acuerde y, en todo caso, no pudiendo prolongarse más allá del momento en que resulte de aplicación en la empresa un nuevo convenio colectivo. En cambio, la preferencia del convenio de empresa frente al sectorial no aparece circunscrita a un horizonte temporal determinado. Así, cabría distinguir entre una "descentralización coyuntural" con respecto a la regulación sectorial de condiciones de trabajo a través de la vía de la inaplicación del convenio estatutario, y una "descentralización estructural" de la negociación colectiva por medio de la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

Desde otro punto de vista, comparando el listado de condiciones de trabajo en que rige la prioridad del convenio de empresa con el de aquellas en que resulta factible el descuelgue, puede comprobarse que el ámbito material de cada una de estas dos vías de flexibilización coincide parcialmente (horario, distribución del tiempo de trabajo, trabajo a turnos), pero también que hay puntos de divergencia. Para empezar, nótese que hay algunas materias en las que no rige la prioridad del convenio de empresa, pero respecto de las que es posible el descuelgue del convenio sectorial mediante el art. 82.3 ET: jornada de trabajo, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, cambios de funciones más allá de los límites del art. 39 ET y mejoras voluntarias de Seguridad Social. En particular, nótese que, en relación con las remuneraciones, la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET se refiere básicamente a aspectos cuantitativos, mientras que la inaplicación con arreglo al art. 82.3 ET autoriza la alteración de la

propia estructura sistemática del salario, además de la cuantía. En cambio, en materia de funciones, parece suceder casi a la inversa: la prioridad aplicativa del convenio se refiere a la adaptación a las circunstancias de la empresa del sistema de clasificación profesional sectorial, mientras que por la vía de la inaplicación del convenio se permite la asignación concreta de funciones apartándose directamente de las reglas del convenio sectorial al respecto, pero, al menos aparentemente, no la regulación del sistema clasificatorio en sí. Así pues, habida cuenta de estas diferencias, parece evidente que, pese a la irrupción de la preferencia por el convenio de empresa, queda aún un espacio propio y específico para la adaptación a las circunstancias de cada entidad empresarial por el cauce de los acuerdos de descuelgue.

Por lo demás, desde otra perspectiva, conviene subrayar que la preferencia aplicativa del convenio de nivel empresarial es una vía de adaptabilidad que está sólo disponible en aquellas empresas en que existan sujetos legitimados para representar a los trabajadores en la negociación de un convenio colectivo estatutario conforme a lo dispuesto en el art. 87.1 ET, de donde se desprende indirectamente que dicha negociación sólo es posible en empresas que cuenten con representación unitaria efectivamente constituida. Por ello, para las empresas que carecen de dicha representación, la vía disponible de adaptación a sus circunstancias específicas y descentralización de la regulación de condiciones laborales seguirá siendo necesariamente la de los acuerdos puntuales de descuelgue o inaplicación coyuntural del convenio, a través de la negociación del correspondiente acuerdo con las comisiones ad hoc (de carácter electivo o sindical) contempladas en el art. 41.4 ET. A este respecto, no debe olvidarse que nuestro tejido productivo está integrado mayoritariamente por pequeñas empresas y microempresas, que son además aquellas que demandan con más intensidad fórmulas de flexibilización y adaptación de la regulación laboral a su coyuntura y necesidades particulares, de modo que a los mecanismos de descuelgue seguirá correspondiéndoles un papel central en el conjunto del sistema.

El marco normativo ha venido a ampliar de modo muy notable las posibilidades legales para excluir la aplicación de las condiciones laborales establecidas en convenio colectivo estatutario de sector, sustituyéndolas por lo acordado en el nivel de empresa. Tal efecto se ha producido en parte mediante la incisiva profundización y flexibilización de los tradicionales cauces de adaptabilidad de la regulación colectiva de condiciones de trabajo a las circunstancias de cada empresa: el descuelgue salarial y la inaplicación causal del convenio en otras materias, que, tras la última reforma, han sido unificados en un régimen común en el art. 82.3 ET. Ciertamente, las modificaciones ampliatorias de estos mecanismos de excepción coyuntural a la eficacia general del convenio podrían contemplarse hasta cierto punto como una mera intensificación de la línea de flexibilidad iniciada ya en la reforma laboral de 1994. Sin embargo, también puede apreciarse en los últimos cambios legales una mayor trascendencia o, por decirlo más directamente, un auténtico salto cualitativo desde el punto de vista de la transformación de nuestro sistema de negociación colectiva. En este sentido, es innegable que las reformas relacionadas con los descuelgues, aun de modo más o menos encubierto, han alterado sustancialmente los términos en que se establece la eficacia general de los convenios, y también los equilibrios entre la negociación en los ámbitos sectorial y de empresa.

Por su parte, la prioridad de aplicación atribuida al convenio de empresa puede ser vista como una nueva vía de adaptabilidad que permite desplazar la regulación colectiva sectorial y lograr el ansiado ajuste a las concretas necesidades y circunstancias de cada empresa. Pero resulta evidente a primera vista que a ella subyace una ulterior significación. En realidad, esta innovadora regla de concurrencia del art. 84.2 ET está llamada a alterar la estructura de la negociación colectiva en nuestro país, al apostar decididamente por el convenio de empresa en detrimento del sectorial (especialmente del provincial), apuntando con ello al diseño de un nuevo mapa descentralizado en el que el protagonismo se atribuye principalmente a la negociación en el nivel de cada organización productiva, sin perjuicio de un espacio propio para los convenios de sector de ámbito territorial estatal o autonómico.

En cualquier caso, sólo se aprecia en toda su dimensión si las dos instituciones --inaplicación puntual del convenio estatutario y preferencia del convenio de empresa-- se contemplan conjuntamente, como se estima que debe hacerse, ya que, pese a las mutuas diferencias, ambas convergen --al menos, parcialmente-- en objetivos y efectos: la adaptabilidad y descentralización de la regulación colectiva de condiciones de trabajo en atención a las necesidades singulares de cada empresa. Pues bien, desde la perspectiva propuesta, cabe apreciar en el juego combinado entre la profundización de las habilitaciones para el descuelgue o inaplicación de los convenios y la novedosa prioridad aplicativa del convenio de empresa un indudable potencial para trastocar la propia configuración de nuestro sistema de negociación colectiva, alterando sustancialmente las relaciones tradicionales entre los niveles sectorial y de empresa a favor de este último, y sentando las bases para un cambio trascendental desde un modelo de descentralización moderada de la regulación colectiva de condiciones de trabajo hacia uno altamente descentralizado.

Estos cambios de tanta envergadura vienen justificados desde la perspectiva de ciertos objetivos económicos. En primer lugar, dotar a las empresas de mecanismos para una mejor y más fácil adaptación a la coyuntura económica adversa, propósito razonable que las sucesivas reformas vienen a satisfacer sobradamente. En segundo lugar, se trataría de reactivar la economía por medio de una reducción generalizada de los salarios y otros costes laborales orientada a favorecer la competitividad de las exportaciones en el escenario internacional. La descentralización de la negociación colectiva y la consiguiente introducción de un mayor grado de competencia entre empresas en la regulación de condiciones de trabajo (o, dicho de otro modo, en la fijación de costes laborales) sería el instrumento elegido para ello. Ahora bien, en este punto se suscitan bastantes más incertidumbres, en torno a lo acertado del planteamiento y en cuanto al éxito de la fórmula. De antemano, podría cuestionarse si por esta vía de la "devaluación interna" se alcanzará verdaderamente una mejora real en la posición competitiva de nuestras exportaciones, y si esta será de entidad suficiente para compensar el impacto adverso sobre la economía de una rebaja masiva de salarios y condiciones de trabajo que, sin duda, contribuirá a contraer más aún la

ya deprimida demanda interna. Y, en último término, cabría preguntarse si una apuesta tan incondicional por la descentralización de la negociación hacia el nivel de empresa no supondrá abrir una puerta demasiado grande al más puro dumping social.

X. PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Con la misma técnica jurídica que sostiene los recursos de inconstitucionalidad y la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la ley, esto es, para garantizar que las leyes respeten la Constitución y que los reglamentos subordinen su contenido a lo estipulado en las leyes, el proceso de impugnación de convenios colectivos asegura la adecuación de los convenios colectivos al cumplimiento disposiciones de carácter imperativo comportándose, en su caso, el órgano judicial como si fuera un "agente negociador negativo" respecto del texto convencional sometido al control de legalidad.

Aunque la negociación colectiva está considerada en el art. 37.1 CE como una fuente de la relación laboral con autonomía y sustantividad propia, esta posición no ampara una "independencia o intangibilidad del convenio colectivo a la ley", al contrario, los convenios colectivos mantienen una relación de subordinación con los preceptos estatales de derecho necesario que la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos viene garantizar.

Precisamente, para asegurar que esa relación de subordinación no sea meramente retórica o formal sino real y efectiva, en los artículos 163 a 166 LJS se contiene la denominada "acción impugnatoria", esto es, aquella que confronta el

precepto estatal de naturaleza imperativa con un convenio colectivo con la finalidad de eliminar total o parcialmente, ahí reside su peculiaridad, de una vez por todas y con efectos "erga omnes" el convenio colectivo aquejado de nulidad.

Por todo ello, aquellas acciones judiciales que persiguen un control judicial de los convenios colectivos pero, no cuestionan la validez del convenio colectivo, esto es, pretenden la adopción de un determinado criterio interpretativo o aplicativo, frente a otros posibles, no deberían tramitarse a través del proceso de impugnación de convenios colectivos. Afortunadamente, con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se ha minorado la transcendencia práctica de la denominada excepción de inadecuación de procedimiento pues, en cualquier momento desde la presentación de la demanda, de conformidad con lo estipulado en el art. 102.2 LJS, "se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas...".

Tampoco ha de tramitarse a través del proceso de impugnación de convenios colectivos, aquella acción que pretenda la inaplicación singular del convenio colectivo pues, aunque ésta puede cuestionar la validez del convenio colectivo, los efectos de la sentencia se circunscriben a los que hayan sido parte *uti singuli* en el correspondiente proceso. No obstante, para evitar una reproducción mimética de esas demandas en otros procesos, el legislador ha previsto la puesta en comunicación de la sentencia al Ministerio Fiscal para que, en su caso, sea el defensor de la legalidad quién ejerza la acción por ilegalidad del convenio colectivo (art. 163.4 in fine LJS).

La vigente regulación de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos prevista en los artículos 163 a 166 LJS entronca con el contenido de los párrafos 5º y 6º art. 90 TRLET y, desde luego, de una simple lectura se deduce que es ampliamente deudora de la doctrina de los tribunales, especialmente, del acervo jurisprudencial procedente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Como prueba de ello, en esta regulación se prevé dos modos de iniciar la tramitación de la mencionada modalidad procesal: por un lado, el art. 163.1 LJS, en concordancia con el art. 90.5 y 90.6 TRLET que establece la impugnación por parte de la autoridad laboral de los convenios colectivos regulados en el Título III del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores a través de la presentación de una comunicación de oficio ante el Juzgado o Sala competente y, por otro, el art. 163.3 LJS establece la impugnación por parte de los sujetos legitimados para ello mediante la presentación de la correspondiente demanda para impugnar convenios colectivos mientras subsista la vigencia de la norma convencional.

La Ley procesal mantiene un único proceso que ofrece dos modos de iniciación, modos de iniciación que se han encomendado a distintos sujetos pues, como ya señalara la doctrina en relación con la LPL de 1990, sólo existe un único cauce procesal para tramitar las acciones de nulidad de los convenios colectivos, dado que, aunque esta regulación se inspira en la situación anterior, en la que, como se sabe, los convenios colectivos se podían impugnar a través de un proceso de oficio, cuando lo iniciaba la autoridad laboral (art. 136 LPL de 1980), y otro, cuando la pretensión se ejercitaba a través del proceso de conflictos colectivos por los sujetos privados (arts. 144 a 150 LPL de 1980 y con las exigencias de legitimación previstas en el art. 18 RDLRT), "en la actualidad, ambos cauces procesales se han reconducido a uno solo" el que se regula en los artículos 163 a 166 LJS sobre impugnación de convenios colectivos.

La regulación no aporta diferencias sustanciales en el orden de la tramitación procedimental de la impugnación de convenios colectivos. Se mantienen aquellas peculiaridades propias de un proceso de oficio como es el que se regula en los artículos 163.1 y 164 de la LJS. Al margen de estas singularidades de la vía de oficio, el proceso de impugnación de convenios colectivos contiene un bloque normativo común para los dos modos de iniciación, tal y como se puede comprobar, en materia de motivos de impugnación, las partes del proceso y la sentencia del mismo.

Por consiguiente, se confirma la posición que señalaba la falta de adecuación del proceso ordinario para el ejercicio de la acción de nulidad de los convenios colectivos sino sólo la inaplicación singular. Por tanto, las pretensiones de nulidad de los convenios colectivos se han de tramitar, con carácter exclusivo, a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, aunque el fundamento jurídico sea la vulneración del derecho a la libertad sindical o de cualquier otro derecho fundamental o libertad pública, que, como es sabido, correspondería tramitar al proceso de tutela de la libertad sindical. En efecto, en el art. 184 LJS se impone inexorablemente que las demandas de impugnación de convenios colectivos, en que se invoque "lesión de los derechos fundamentales y libertades públicas", se tramitarán a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos [SSTS de 13 de diciembre de 1995] y sin posibilidad de reclamar en esta modalidad procesal indemnización económica alguna por los perjuicios ocasionados, en su caso, por la vulneración de la legislación ordinaria o constitucional pues "tal pretensión en la forma que se instrumenta en la demanda y en el recurso no cabe acogerla. En primer lugar porque ya se ha argumentado que la infracción de legalidad ordinaria cierra la aplicabilidad de los artículos 180 y 181 de la LPL, impidiendo por tanto un eventual señalamiento de daños y perjuicios derivados de una ilegalidad constitucional inexistente" [SSTS de 26 de enero de 2009.

Una vez se ha alcanzado un acuerdo final sobre el conjunto de lo pactado, los convenios colectivos regulados en el Título III del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos que, de conformidad con lo señalado en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre Registro, depósito de Convenios y acuerdos colectivos de trabajo, se han de remitir a la autoridad laboral "...a los solos efectos de su registro" para el cumplimiento de una sucesión de trámites administrativos que culminan con la publicación del convenio colectivo en el Boletín Oficial correspondiente (artículo 90.1; 90.2 y 90.3 TRLET). Esta sucesión de actos administrativos deberían proporcionar a la autoridad laboral un cabal conocimiento acerca del contenido y del cumplimiento de las normas que regulan su procedimiento de elaboración. Por ello, con ocasión de este somero análisis que ha de efectuar la

Administración, la autoridad laboral podrá instar de oficio, cuando considere que uno de esos convenios colectivos conculca la legalidad vigente y/o lesiona gravemente el interés de terceros, una comunicación dirigida al Juzgado o Sala competente para que se declare la nulidad total o parcial del correspondiente convenio (art. 163.1 LJS).

Con anterioridad al registro del convenio, esta actuación de oficio puede ser instada por "los representantes legales o sindicales de los trabajadores o los empresarios" (art. 163.2 LJS), si tales sujetos van a interponer demanda, demanda que pretenda la declaración de nulidad del convenio colectivo estatutario. Con ello, durante el lapso de tiempo entre la firma del convenio y el depósito, se mantiene una prelación o preferencia de la impugnación de oficio respecto de la impugnación directa.

En efecto, la normativa permite la utilización indistinta de ambas vías de impugnación, salvo cuando el convenio colectivo no hubiera sido aún registrado. En el tenor literal del art. 163.2 LJS se exige a algunos sujetos legitimados por la vía directa, en concreto los representantes legales o sindicales de los trabajadores o los empresarios que sostuvieran la ilegalidad o los terceros lesionados que invocan la lesividad, un periodo de espera para dar oportunidad a la autoridad laboral para que previamente curse la comunicación de oficio al juzgado o sala competente. En mi opinión a pesar del olvido del legislador, siguiendo una interpretación sistemática de la nueva Ley, también, se ha de extender esa preferencia a todos los sujetos que tienen reconocida la legitimación activa en la nueva Ley de Jurisdicción Social cuando se denuncia discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo; al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas en su respectivo ámbito.

Tal preferencia de la vía de oficio deja de existir, en todo caso, cuando se da alguna de las circunstancias previstas en el art. 163.3 LJS, esto es, cuando la autoridad laboral resuelve expresamente desestimando la solicitud; cuando la autoridad laboral no

resuelve en el plazo de quince días desde la interposición de la solicitud y, finalmente, cuando el convenio ya hubiere sido registrado.

Una vez se ha registrado el convenio colectivo, la jurisprudencia sostiene la inexistencia de plazo que limite la posibilidad de que la autoridad laboral presente la comunicación de oficio, esto es, el plazo hábil para presentar la comunicación de oficio por parte de la autoridad laboral se extiende sin límite alguno, tanto durante el período anterior como durante el período posterior al acto en que se procedió al registro previsto en el art. 90.2 TRLET "y, en fin, cuando hemos estudiado el mismo problema en las impugnaciones de convenios colectivos por ilegalidad o lesividad, efectuadas de oficio por la autoridad laboral, también hemos llegado a la conclusión de que la acción puede ejercitarse tanto antes como después de los trámites administrativos de registro y publicación del convenio impugnado, sin que la comunicación demanda oficial se encuentre sometida a plazo preclusivo que se cierre con aquellos trámites" (SSTS 2-11-1993, 2-2-1994 y 31-3-1995, R 4152/92, 4052/92 y 2207/94)" Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 19 de septiembre de 2006.

Doctrina autorizada discrepa de esa interpretación del Tribunal Supremo y afirma que "esa interpretación no es acertada... porque la sistemática del art. 163 parece claramente distinguir entre impugnación previa y posterior al registro, reservando la segunda posibilidad a los particulares", por lo que no sería aventurado afirmar un posible cambio de criterio en la doctrina legal existente en futuras resoluciones sobre este punto, cambio que, en mi opinión, vendría justificado por el novedoso reconocimiento de legitimación activa por ilegalidad a la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas que actuarían, en su caso, por sus propios servicios jurídicos sin depender de lo que hicieran los sujetos particulares.

Éste es el otro modo de iniciación, aquél que se materializa a través de la presentación de la demanda por los sujetos legitimados para ello. Se desarrolla en los arts. 163.2 y ss. LJS y su incorporación al ordenamiento jurídico en 1990 traía causa del

déficit de legitimación activa de la llamada impugnación de oficio, déficit de legitimación que motivó la regulación de esta vía de impugnación.

En referencia al convenio colectivo impugnabile en la vía de impugnación directa, desde luego, se puede impugnar los mismos convenios colectivos y laudos que se pueden impugnar por la vía de oficio, esto es, lo regulados en el Título III del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y los laudos arbitrales sustitutivos de éstos (art. 165.1 LJS). Por consiguiente, se ha suprimido la referencia "a los convenios colectivos, cualquiera que sea su eficacia" dando a entender así que ya no se pueden impugnar los convenios colectivos pactados al margen de las previsiones del mencionado Título, por los trámites del proceso de conflicto colectivo.

En cuanto al régimen jurídico aplicable para su tramitación, como ya sucedía en la Ley Adjetiva anterior, el artículo 163.3 y el art. 165.1 de la LJS, así como, en el art. 153.2 LJS, se establece que la tramitación de las demandas de impugnación de convenios colectivos y de los laudos sustitutivos se hará por los trámites del proceso de conflicto colectivo sin especificar si se trata de una remisión en bloque, o, en cambio, de una remisión de carácter supletorio. Aunque persiste una doctrina jurisprudencial difícil de cohonestar que resolvía, especialmente, cuando se impugnaba convenios colectivos al margen del título III del Estatuto de los Trabajadores, a favor de la modalidad procesal de conflicto colectivo aduciendo que esa doble remisión "lo que evidencia (sic: es) la plena interrelación y complementariedad entre ambas modalidades procesales" (STS (Sala de lo Social) de 10 de mayo 2011 Recurso 157/2010), aunque no sea posible admitir su utilización indiferenciada.

Se trataba de una cuestión discutida que no fue definitivamente resuelta y que motivaba en numerosas ocasiones la estimación de la excepción de inadecuación de procedimiento cuando una demanda de impugnación de convenios colectivos se tramitaba por la modalidad de conflictos sin la presencia del Ministerio Fiscal pero,

como se verá a continuación, ha perdido interés pues la nueva regulación desea evitar el mantenimiento de esta solución.

En efecto, se mantiene esa doble remisión en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pues el art. 102.2 LJS ordena dar la tramitación correspondiente a la pretensión ejercitada en caso de inadecuación de procedimiento y dar oportunidad de subsanar los trámites de adecuados, denegando el sobreseimiento por inadecuación de procedimiento, salvo cuando no sea posible subsanar o la parte actora persista en su la modalidad procesal inadecuada (art. 102.2 in fine LJS).

El reenvío impuesto por el legislador a los trámites del proceso de conflictos colectivos persigue evitar las posibles imprevisiones procedimentales originadas por la escueta regulación de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos. Por cierto, esto únicamente sucede, con ocasión de la determinación del plazo que dispone el secretario judicial para citar a las partes para la celebración del acto del juicio, que no aparece previsto en el art. 166.1 LJS, y, sin embargo, este trámite aparece expresamente previsto en el art. 160.1 LJS. De hecho, esta opinión coincide con la doctrina legal del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, que sostiene una interpretación coincidente con la posición expuesta en el párrafo anterior. [STS (Sala 4ª) de 8 de julio de 1994 y la STS (Sala 4ª) de 5 de diciembre de 1994 y STS (Sala 4ª) de 26 de marzo de 1999] FJ 2º: "Antes de entrar en los concretos motivos del recurso, la Sala, velando por el orden público procesal, y siguiendo lo razonado, que reitera, en SS. de 9 de mayo y de 2 de abril de 1998, examina el suplico de la demanda, cuya pretensión --arriba expuesta-- consiste en que se declare la nulidad de un pacto colectivo, ratificado ante el órgano de conciliación de la Comunidad Autónoma de Cataluña, con efectos de Convenio Colectivo, por las razones de impugnación que el escrito inicial expone y que radican la petición en que dicho pacto no tiene la condición de convenio colectivo; que no puede modificar ni sustituir lo establecido con carácter de convenio colectivo en el pacto de 8 de octubre de 1993; que es nulo de pleno derecho o inaplicable a los accionantes al estar suscrito por personas no legitimadas para ello, significar renuncia a derechos reconocidos, contravenir lo dispuesto en una norma vigente y estar realizado en fraude de ley; finalmente que el pacto constituye un

ejercicio antisocial del derecho y se disponga la inaplicabilidad de su contenido a los miembros del sindicato accionante. Todo lo cual patentiza, que se trata de alegar diversas causas de las enunciadas en el art. 163.1 de la Ley de Procedimiento Laboral como contenido de la impugnación de los Convenios Colectivos, pese a lo cual se ha seguido el trámite de los conflictos colectivos, sin intervención del Ministerio Fiscal, lo que lleva a la necesidad de decretar la nulidad de las actuaciones para que la parte pueda actuar su pretensión utilizando el cauce procesal adecuado, con intervención del Ministerio Fiscal".

Cualquier aproximación al estudio de esta modalidad procesal exige una respuesta acerca de cuáles son los convenios colectivos impugnables. En esta cuestión, el legislador de la nueva Ley de la Jurisdicción Social no ha sido todo lo preciso que se esperaba y obliga a plantear si los convenios colectivos impugnables serán los mismos, cualquiera que sea la vía de iniciación, esto es, tanto en la vía de oficio, como en la de impugnación directa o, por el contrario, si en la vía de impugnación directa cabe impugnar, además del llamado convenio colectivo estatutario y sus laudos sustitutivos, otras figuras negociales.

De hecho, el tenor literal de la Ley de la Jurisdicción Social da pie a ello, pues en materia de competencias del orden social, en materia de impugnación de convenios colectivos [art. 2.h) LJS], ofrece un elenco de figuras negociales impugnables sin especificar pautas acerca cuál es la vía adecuada para instar su impugnación. Así, se afirma que "Sobre impugnación de convenios colectivos y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia, incluidos los concertados por las Administraciones públicas cuando sean de aplicación exclusiva a personal laboral; así como sobre impugnación de laudos arbitrales de naturaleza social, incluidos los dictados en sustitución de la negociación colectiva, en conflictos colectivos, en procedimientos de resolución de controversias y en procedimientos de consulta en movilidad geográfica, modificaciones colectivas de condiciones de trabajo y despidos colectivos. De haberse dictado respecto de las

Administraciones públicas, cuando dichos laudos afecten en exclusiva al personal laboral" [art. 2.h) LJS]. Afortunadamente, la regulación específica de esta modalidad procesal intenta precisar la vía adecuada de impugnación.

Por un lado, en relación con la vía de oficio, el art. 163.1 LJS señala que será impugnabile "un convenio colectivo de los regulados en el Título III del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores o de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos"; por otro, en relación con los convenios colectivos impugnables por los trámites del proceso de conflicto colectivo, se refiere de forma parca a "un convenio colectivo..." (art. 165.1 LJS), habiendo eliminado la referencia "cualquier que sea su eficacia".

Por tanto, es preciso ofrecer una respuesta a la siguientes cuestiones: por un lado, ¿cuáles son los convenios colectivos que puede impugnar la autoridad laboral a través del proceso de oficio?, y, por otro lado, ¿cuáles son los convenios colectivos que se pueden impugnar mediante la vía de impugnación directa?

En cuanto a la vía de oficio (art 163.1 LJS), se prevé la impugnación de los convenios colectivos regulados en el Título III del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores así como sus laudos sustitutivos y, por otro, para la vía de impugnación directa (art. 165.1 LJS), se prevé la impugnación de los convenios colectivos, dando a entender así que, además de los convenios colectivos del Título III y sus laudos sustitutivos, en esta vía procesal se pueden impugnar otros convenios colectivos no regulados en el citado Título del Estatuto de los Trabajadores.

Siendo éstas las únicas referencias normativas que directa y explícitamente se dispone, cabe extraer dos deducciones relativas al tipo de convenio colectivo impugnabile. En primer lugar, que los convenios colectivos impugnables por la vía de oficio son únicamente aquéllos que puede impugnar la autoridad laboral y, en segundo lugar, que los convenios colectivos impugnables a través de la vía de impugnación directa son, desde luego, los que se pueden impugnar a través de la vía de oficio y,

además, aquellos convenios colectivos que sólo se pueden impugnar a instancia de los sujetos legitimados para ello.

En primer lugar, a la vista de lo dispuesto en el art. 90.5 TRLET y en el art. 163.1 LJS, la autoridad laboral podrá impugnar los convenios colectivos regulados en el Título III del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y sus laudos sustitutivos, esto es, aquéllos que reúnen todos y cada uno de los requisitos objetivos, subjetivos y procedimentales previstos en el mencionado Título, aunque sólo sea en apariencia [STS de 12 de diciembre de 2007] y, también, los laudos sustitutivos de los mismos.

Desde luego, entre esas figuras negociales impugnables hay que entender incluidas todos los productos negociales regulados en el Título III, aunque la denominación que incorpore no sea la de "convenio colectivo". En concreto, puede ser muy útil traer a colación la mayoría de los actos inscribibles para Registro de la autoridad laboral que aparecen mencionados en el RD 713/2010, de 28 de mayo sobre Registro y depósito de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo.

Los convenios colectivos de trabajo elaborados conforme a lo establecido en el título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como las revisiones salariales que se realicen anualmente en los convenios plurianuales y las motivadas por aplicación de las cláusulas de «garantía salarial», las modificaciones y las prórrogas de los convenios, incluidos los concertados por las Administraciones públicas cuando sean de aplicación exclusiva a personal laboral. Por el contrario, no resultan ser impugnables por esta modalidad procesal, lo que la lleva a declarar la incompetencia del orden social, las pretensiones de impugnación de los acuerdos de regulación de condiciones de trabajo suscritos por la Administración que incluyan tanto a funcionarios como a trabajadores, dado que la viabilidad de este tipo de acuerdos mixtos no puede ampararse en la doctrina del «contenido separable», porque lo que se cuestiona es que un acuerdo de

estas características pueda tener el carácter de convenio colectivo y que, por ello, sea susceptible de impugnación en cuanto tal ante la jurisdicción laboral, pues no puede tener ese carácter el acuerdo en sí, considerado en su conjunto y totalidad.

Los acuerdos interprofesionales, los acuerdos marco y los acuerdos sobre materias concretas a que se refieren el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores.

Los acuerdos de mediación como consecuencia de la interposición de conflicto colectivo así como, los de fin de huelga. Son impugnables los acuerdos, pactos y laudos que resuelven conflictos colectivos de trabajo y que legalmente tienen atribuida la eficacia de convenio colectivo. Se trata del acuerdo obtenido a través del intento de avenencia de la autoridad laboral adoptado por la mayoría simple de las representaciones (artículo 24.1 Real Decreto-Ley 17/1977) y el laudo dictado a instancia de las partes y que pone fin al procedimiento de conflicto colectivo (artículo 24.2 Real Decreto-Ley 17/1977). También, los laudos arbitrales dictados para poner fin a la huelga (artículo 10 RDL 17/1977). Se trata de un tipo de laudo excepcional, inscribible ante la autoridad laboral por el que se habilita al Consejo de Ministros para el establecimiento de un arbitraje obligatorio que ponga fin a una huelga prolongada o que cause grave perjuicio a la economía nacional. Según la doctrina del Tribunal Constitucional estos laudos constituyen un producto negocial al amparo del art. 37.1 CE (S. TC 11/1981), de ahí que, el control abstracto de estos laudos se debe efectuar a través del proceso de impugnación de convenios colectivos [Sentencia de 27 de enero de 1999].

No obstante, alguna sentencia del Tribunal Constitucional reabrió un debate acerca del significado de la expresión legal "...la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo", condición ésta que se predica de los acuerdos que pone fin a la huelga (art. 8.2 RDLRT [STCO 51/2003, de 17 de marzo FJ 6º]. No obstante, a mi parecer, es una doctrina que no parece que se haya consolidado. Prueba de ello es la doctrina jurisprudencial existente sobre esta materia. En efecto, En alguna ocasión, la

jurisprudencia ha estimado que los acuerdos que ponen fin a la huelga son meros convenios colectivos extraestatutarios si quienes los adoptan carecen de la legitimación exigida para la adopción de los convenios colectivos regulados en el Título III [STS de 2 noviembre de 1999 .

Los laudos sustitutivos de ámbito empresarial que proceden al descuelgue de los contenidos establecidos convenios colectivos supraempresariales previstos en el art. 82.3 TRLET, en su versión aprobada por el del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero. Como es sabido, ante la falta de acuerdo durante el periodo de consultas para sustituir los contenidos del convenio colectivos supraempresarial por otro, éste adaptado a la realidad de la empresa en particular, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afecta sea centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos adoptará las correspondiente decisión. Esta decisión de la Comisión consultiva el laudo dictado por un árbitro designado al efecto por ellos mismos.

Como expresamente se señala en cuanto a su impugnabilidad, "tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91", se entiende del Estatuto de los Trabajadores, que, precisamente, son los motivos establecidos para la impugnación de los convenios colectivos.

Los acuerdos de adhesión a convenios en vigor (art. 92.1 TRLET).

Los acuerdos sectoriales que establecen los términos y condiciones que han de seguir los planes de igualdad en las empresas, los acuerdos que aprueben planes de igualdad en las empresas afectadas por la negociación colectiva sectorial, así como los acuerdos que aprueben planes de igualdad derivados del convenio colectivo de empresa.

Los acuerdos establecidos en empresas españolas de dimensión comunitaria o mundial cuando así se establezca en la normativa de aplicación.

Cualquier otro acuerdo o laudo arbitral que tengan legalmente reconocida eficacia de convenio colectivo o que derive de lo establecido en un convenio colectivo.

La llamada impugnación directa se caracteriza por dos rasgos singulares pues, en primer lugar, es una vía de impugnación de convenios colectivos en la que no interviene la autoridad laboral sino los sujetos legitimados para ello, y, en segundo lugar, porque se menciona que se puede impugnar los llamados a secas "convenios colectivos"..." (Artículo 165.1 LJS) dando a entender así que, además de convenios colectivos y otros productos negociales impugnables a través de la vía de oficio, existe otro u otros tipos de convenios colectivos que sólo se pueden impugnar a través de la vía procesal de impugnación directa.

Por consiguiente, todos los convenios colectivos impugnables en la vía de oficio lo son, también, en la impugnación directa, y, además, existe otros productos negociales resultado de la autonomía colectiva reconocida a representantes de los trabajadores y empresarios en la Constitución (artículo 37.1 CE) que, con independencia de su "nomen iuris", esto es, se le denomine acuerdo o pacto son exclusivamente impugnables a través de la vía de impugnación directa porque, en sentido material, son convenios colectivos. En efecto, se ha de entender por convenio colectivo, "...el objetivo y resultado principal de la negociación colectiva desarrollada por representantes de los trabajadores y empresarios". De ahí que, se pueda inferir como convenio colectivo impugnable a través de esta vía de impugnación las figuras negociales que se exponen a continuación fruto del aluvión de figuras negociales que ha incorporado el legislador al sistema de relaciones laborales, especialmente, a partir de la reforma laboral de 1994, especialmente en relación con un acuerdo de empresa entre cierta categoría de empleados y el empresario [STSS 14 de octubre de 2008]. Esta opción no sólo constituye una opción doctrinal acertada sino, además, cualquier opción más restrictiva de "convenio colectivo" serviría de excusa para que algunos productos negociales quedaran exentos al control de legalidad de juzgados y tribunales, conclusión que se debería descartar porque otras modalidades procesales que tienen como finalidad la

superación de conflictos interpretativo o aplicativos de los convenios colectivos carecen de adecuación para efectuar un control de legalidad y no lesividad de los convenios colectivos.

En primer lugar, los convenios colectivos elaborados al margen de la específica regulación establecida en el Título III del Estatuto de los Trabajadores y comúnmente se les denomina por parte de doctrina y jurisprudencia como "convenio colectivo extraestatutario" cuando adolece de la falta de alguno de los requisitos objetivos, subjetivos o procedimentales establecidos en el mencionado Título III (S. TS 24 febrero de 1992 Recurso número 831/1991).

En segundo lugar, los acuerdos entre los representantes de los trabajadores y el empresario previstos a lo largo de todo el articulado del Estatuto de los Trabajadores, también denominados de forma genérica acuerdos de empresa.

En tercer lugar, los acuerdos adoptados con ocasión de la celebración de los períodos de consultas (artículos 40, 41, 47 y 51 ET). Esto sin perjuicio de que alguno de estos acuerdos, en concreto, los que regulan la suspensión y extinción de los contratos por causas técnicas, organizativas, productivas y económicas pueden ser revisados a instancia de la autoridad laboral mediante la vía de oficio [artículo 148.b) LJS] y por los motivos tasados de nulidad relacionados con la existencia de fraude, coacción o abuso de derecho. Además de este proceso de oficio, el control de legalidad y no lesividad de estos acuerdos se puede instar, también, a través del proceso de impugnación de convenios colectivos cuando el acuerdo obtenido durante el período de consultas incluye otros contenidos adicionales que generen derechos y obligaciones adicionales y, por consiguiente, sometidos a normas de derecho necesario.

En definitiva, la eliminación de la coletilla "...cualquiera que sea su eficacia" para la descripción del tipo de convenio colectivo impugnado por la vía directa, en mi opinión, no ha supuesto una variación sustancial de la tipología de convenios colectivos

impugnables que sólo son impugnables mediante la mencionada vía directa por las siguientes razones:

En atención a los precedentes normativos, la coletilla "cualquiera que sea su eficacia" fue un añadido del Texto Articulado de la LPL 1990 que mantuvo el Texto Refundido de 1995, pero la Ley 7/1989, de Bases de Procedimiento Laboral, no efectuaba tal diferenciación. En efecto, tomando como punto de partida la Ley de Bases de Procedimiento Laboral, ésta sólo empleaba la expresión "convenio colectivo", tanto para referirse al convenio impugnado por la vía de oficio, Base 28.1 de la Ley 7/1989, como al convenio impugnado por la vía de impugnación directa Base 28.2 de la Ley 7/1989. A diferencia de la Ley de Bases, la normativa que la desarrolló empleó distintas expresiones para referirse al convenio colectivo impugnado según cuál sea la vía de impugnación utilizada, coletilla que ha permanecido incluso en la vigente LJS, aunque sólo en relación con el proceso de conflictos colectivos.

Además, la jurisprudencia social utilizó esa referencia sólo para permitir que se "amplíe el ámbito objetivo de la modalidad procesal de la impugnación de convenios colectivos --siquiera cuando no inicie con comunicación de oficio y se inste por los legitimados activos con tramitación a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo--, no limitándola a los convenios colectivos estatutarios, como resultaría de lo establecido en el citado art. 161.1 LPL, y extendiéndola a los denominados pactos de empresa o convenios colectivos extraestatutarios, como entre otras muchas, las SSTs/IV 29-enero-2004 (rec 8/2003) --en la que se afirma que "el hecho de que el art. 161 se refiera sólo a los convenios colectivos estatutarios hay que entenderlo en el sentido de que lo que en dicho precepto se prevé es la posibilidad de que estos convenios sean impugnados de oficio por la Autoridad Laboral, partiendo del hecho de que tales convenios son los únicos de los que necesariamente tendrá conocimiento dicha autoridad puesto que son de obligado registro, lo que no ocurre con el resto de posibles convenios o acuerdos colectivos. Pero sin que esta previsión anule la antes citada del art. 163.1 en cuanto a la viabilidad de este proceso de nulidad para otro tipo de convenio

o pactos colectivos"--; 14-octubre-2008 (rco 129/2007), 11-diciembre-2008 (rco 86/2006), 26-enero-2010 (rcud 230/2009) en esta última se establece, con remisión a la STS/IV 22-enero-2009 (rco 95/2007), que "la modalidad procesal de impugnación de convenios [arts. 161 a 164 LPL] se extiende tanto a los Convenios Colectivos -- estatutarios y extraestatutarios--, como a los acuerdos colectivos y pactos de empresa" (STS (Sala de lo Social) de 10 de mayo de 2011(Rec. 157/2010).

Como es lógico, la propia naturaleza de las cosas impone que ante la ausencia de alguno de los presupuestos esenciales de un convenio colectivo, esto debe conducir a la conclusión de que tal figura no constituye una manifestación del derecho a la negociación colectiva laboral, y, por ende, su control judicial quedará excluido del campo de aplicación de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos.

Tales figuras excluidas se pueden clasificar en dos grandes apartados: por un lado, por ausencia del elemento subjetivo, esto es, aquellos supuestos de exclusión derivados de la ausencia o no participación durante el proceso negociador de "...representantes de los trabajadores y de los empresarios" (art. 37.1 CE), y, por otro, se deben considerar asimismo excluidas otras figuras en atención al hecho de que, o bien, no se ha negociado acuerdo alguno, o bien, la materia negociada no constituye "negociación colectiva laboral" (art. 37.1 CE).

En cuanto a los supuestos de exclusión, que traen su razón de existencia del hecho de que los sujetos intervinientes en el proceso negociador no sean "representantes de los trabajadores y de los empresarios", se pueden enumerar los siguientes: uno, los acuerdos y pactos suscritos entre el empresario y todos y cada uno de sus trabajadores [STS de unificación de doctrina de 20 de febrero de 2008]; dos, los actos de extensión de los convenios colectivos regulados en el art. 92.2 TRLET [Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de septiembre de 2001, Sección 4ª número Recurso 1514/1996]; tres, las decisiones unilaterales del empresario de carácter colectivo previstas en los artículos 41.2.3 TRLET y 153.1 LJS [STS (Sala de lo Social)

de 9 de julio de 2002]; entre los supuestos de exclusión por ausencia de una auténtica negociación en materia laboral, se encuentra los llamados acuerdos de refundición de convenios colectivos ya existentes [SSTS (Sala de lo Social) de 7 de mayo de 1992 y 24 de junio de 1992].

Dada la posibilidad de la existencia de laudos sustitutivos para los acuerdos de interés profesional previstos en el Estatuto del Trabajador Autónomo y los avances de algún sector doctrinal que no descartan en el futuro un reconocimiento del derecho a la negociación colectivo a algunas versiones del trabajo autónomo, la doctrina mayoritaria considera que "la naturaleza jurídica de estos acuerdos colectivos es la propia de un contrato colectivo civil. Y como contrato que es su contenido solo puede obligar a las partes que lo conciertan y a los representados por éstas. Carece pues de la eficacia normativa propia de los convenios colectivos" y, por ende, quedaría extramuros tanto los acuerdos de interés profesional como sus laudos sustitutivos, como se sabe, previstos en el art. 68.2 LJS de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos

Atendiendo al principio de orden normativo que establece el art. 2.3 del Código civil, el convenio colectivo posterior en el tiempo deroga al convenio anterior. Ello, lógicamente, conduce a afirmar que no es posible efectuar control de legalidad alguno sobre los convenios colectivos que ya han consumido su vigencia, esto es, tras la entrada en vigor de un convenio colectivo de igual o distinto ámbito que le sucede en el tiempo pues, desde luego, carece de efectividad alguna la declaración de nulidad de un convenio colectivo ya inexistente "...basándose en que el Convenio impugnado no cabe anularlo porque actualmente se encuentra derogado" [STS (Sala de lo Social) de 6 de marzo de 2007]. De hecho, en estos casos, esa doctrina legal se confirma y se extingue el procedimiento mediante Auto en el sentido de que se "presentó escrito promoviendo el incidente previsto en el art. 22 LECv, e instando la terminación del proceso con base en la carencia sobrevenida de su objeto, al haber quedado derogado el convenio litigioso

por el nuevo convenio colectivo estatutario de la propia empresa" [Auto TS (Sala de lo Social) de 15 de septiembre de 2010].

No es así la situación de aquellos convenios colectivos que, habiendo superado el periodo de duración inicialmente pactado, continúan vigentes de conformidad con lo estipulado en el art. 86.3 TRLET en la llamada situación de "ultraactividad" o vigencia prorrogada. "Aquí convendría insistir en que lo que se tiene por vigencia prorrogada de las cláusulas normativas, es un mecanismo que tiende a evitar el vacío en los períodos que median entre la denuncia y la firma de un nuevo convenio, período que en el caso, por circunstancias diversas ya recordadas, se está prolongando considerablemente" [STS de 29 de abril de 2003 y STS de 23 de junio de 2010].

La incorporación al ordenamiento jurídico de los resultados de la negociación colectiva es una consecuencia derivada de su consideración como una más de las fuentes de la relación laboral, de conformidad con lo establecido en el art. 37.1 CE y en el art. 3.1 TRLET. Como el resto de las fuentes, los convenios colectivos también están sometidos a un control para asegurar su adecuación al resto del ordenamiento jurídico.

Tal control se encomienda a los órganos del orden social de la jurisdicción para fiscalizar si el procedimiento de elaboración y la regulación de las condiciones de trabajo incluida en los convenios colectivos respetan lo establecido en las normas de rango superior. A tal fin, el art. 90.5 y 90.6 TRLET y el art. 163.1 LJS recogen dos motivos de impugnación de los convenios colectivos con carácter genérico, a saber: la conculcación de la legalidad vigente y la lesión grave a terceros. Además de estos motivos de impugnación, esto es, por ilegalidad o lesividad, el art. 91.2.2 TRLET recoge otros reservados únicamente para los laudos arbitrales que resuelven controversias derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. Estos motivos específicos permiten la corrección de defectos de forma y de fondo del laudo. En cuanto a la forma, se trata de sancionar la inobservancia de las reglas y formalidades establecidos al efecto para la adopción del laudo y, en cuanto al fondo, se

permite la impugnación del laudo cuando resuelve cuestiones que no se han sometido a la decisión arbitral en el correspondiente compromiso arbitral.

Las relaciones de subordinación entre las distintas fuentes de la relación laboral es una consecuencia de la proclamación en nuestro ordenamiento jurídico del principio de jerarquía normativa, con carácter general en el art. 9.3 CE y, específicamente, para la relación entre las disposiciones estatales (ley y reglamento) en el ámbito laboral, en el art. 3.2 TRLET. Como exigencia para la operatividad de este principio, se requiere la existencia de un orden de prelación de las fuentes. Al cumplimiento de esa función, el art. 3.1 TRLET contiene una ordenación de las fuentes en la que los convenios colectivos aparecen sometidos a las normas estatales (legales y reglamentarias).

Precisamente para asegurar que esa subordinación no sea meramente retórica o formal sino real y efectiva, se ha establecido una modalidad procesal para corregir los excesos de la negociación colectiva cuando ésta contraviene disposiciones estatales de derecho necesario. Tal control consiste en el establecimiento de un motivo de impugnación que permite la expulsión del ordenamiento jurídico de los convenios colectivos cuando, como señalan los artículos 90.5 TRLET y 163.1 LJS, "conculcan la legalidad vigente".

A fin de desvelar el campo de actuación de este motivo de impugnación, se debe indagar, en primer término, acerca de cuáles son las fuentes del derecho, en sentido formal, que se deben considerar "legalidad vigente" y, en segundo lugar, en relación con dichas normas, cuándo se debe entender que los convenios colectivos "conculcan o contravienen" la legalidad. La respuesta a una y otra cuestión delimitarán este motivo de impugnación.

La expresión "legalidad vigente" del art. 90.5 TRLET comprende todas las leyes, cualquiera que sea la denominación que finalmente adopte la disposición estatal.

Leyes son, por tanto, la Constitución, los tratados y convenios internacionales, los reglamentos comunitarios, las directivas comunitarias, la ley parlamentaria, las disposiciones generales de rango equivalente y los reglamentos administrativos. Así pues, el término "legalidad" debe interpretarse en sentido material, esto es, comprensivo de todas las normas jurídicas dictadas por el Estado o por las organizaciones internacionales con independencia de su rango legal o reglamentario.

Por ello, lo establecido en el apartado 6 del art. 90 TRLET según redacción de la LO 3/2007, de 22 de marzo, en tanto que impone a la autoridad laboral una especial atención al escrupuloso cumplimiento del principio de igualdad en los convenios colectivos para que denuncie ante juzgados y tribunales aquellos convenios colectivos que puedan contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo, motivos de impugnación que se han visto reforzados cuando se reconoce una legitimación activa específica a organismos específicos como el Instituto de la Mujer y sus homólogos autonómicos para reforzar el cumplimiento de los convenios colectivos en esta materia.

Aunque las relaciones entre la normativa estatal y los convenios colectivos no se reducen a una sencilla relación de dependencia jerárquica entre ellas pues, como ya acreditara la doctrina, existe una amplia gama de relaciones en las que en ocasiones prevalece la regulación convencional y en otras la regulación estatal, lo cierto es que cuando la ley se autoconfigura como imperativa o prohibitiva, ésta impide que los convenios colectivos establezcan una regulación en sentido contrario al establecido por ella.

Como se puede observar, la declaración de ilegalidad de un convenio supone el reconocimiento de una relación de colisión entre las regulaciones incluidas en dos de las fuentes de la relación laboral, relación de colisión que se resuelve, en su caso, con la expulsión del convenio colectivo infractor de normas de derecho necesario (artículos 6.3 Cci y 90.5 ET).

Por ello, el estudio de este motivo de impugnación requiere tratar dos cuestiones: en primer lugar, la determinación de los criterios, si es que existen, por los que una norma estatal se autoconfigura como norma de derecho necesario, y, en segundo lugar, qué se entiende por "legalidad vigente".

Como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia constitucional, el Convenio Colectivo dispone "en el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, dicho Convenio, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi-pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales (STC 58/1985, fundamento jurídico 3º). El Convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución (ATC 643/1986, de 23 de julio)" [STCO 177/1988, de 10 de octubre]. Por otra parte, la jurisprudencia social ha establecido y proclamado la primacía de la ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible y que, "en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 CE, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de ley, en la norma paccionada ya creada" [SSTS (Sala 4ª) de 16 de febrero de 1999 (Recurso de casación número 3808/1997)].

Con independencia de las serias dificultades que plantea la identificación de este tipo de normas, lo cierto es que todas las normas de "derecho necesario" conforman las "estructuras institucionales" del ordenamiento jurídico-laboral u "orden público laboral". Con esto, se hace referencia a todos aquellos preceptos que marcan la impronta del ordenamiento laboral para asegurar un umbral mínimo y, en ocasiones, el umbral

máximo de derechos para el trabajador y, precisamente por ello, para el cumplimiento efectivo de los mismos, el legislador restringe el campo de actuación de los convenios colectivos para que éstos se ajusten a dichos preceptos estatales, bajo sanción de nulidad pues "la negociación colectiva no puede entenderse excluyente e inmodificable, pues ello supondría frenar la evolución y el progreso del derecho del trabajo y convertir lo negocial en derecho necesario absoluto y en tantos necesarios como convenios hubiera. No puede aceptarse un debilitamiento de la imperatividad de la ley en favor de lo dispositivo, a menos que la propia ley así lo autorice, flexibilizando sus mandatos" [SSTCO 58/1985, de 30 de abril, de 20 de diciembre].

Claro que estas normas que conforman las estructuras institucionales no se mantienen inamovibles con el paso del tiempo. De hecho, pueden variar y sufrir modificaciones según cuáles sean las prioridades que el legislador establezca en cada coyuntura. Por ello, no es de extrañar que cada reforma legislativa suponga modificaciones en los preceptos de derecho necesario en relación con el contrato individual de trabajo y, en especial, con respecto a la disponibilidad de esos preceptos por parte de la negociación colectiva.

Ahora bien, ¿cómo se puede identificar las normas de derecho necesario? Sin duda, ésta es uno de los problemas tradicionales que tiene planteado el Derecho del Trabajo. Ante la frecuente ausencia de un pronunciamiento expreso del legislador acerca de la naturaleza jurídica de los preceptos estatales, aunque no estaría de más que éstos incluyesen la calificación sobre su naturaleza jurídica específica pues, únicamente, la utilización correcta de las reglas sobre la interpretación de las normas permite obtener conclusiones seguras sobre esa cuestión.

Asimismo, "la ilegalidad de un convenio, como se desprende del art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, solo se produce cuando tal convenio viola normas legales de derecho necesario. No existe ilegalidad si las disposiciones del convenio se oponen a las de otro convenio diferente, ni tampoco cuando la contradicción se da entre distintos

artículos o cláusulas de un mismo convenio; no siendo posible, en estos últimos casos, basar la ilegalidad de tal convenio" [STSS de 30 de septiembre de 2008].

En cuanto al segundo de los presupuestos anunciados anteriormente, esto es, que la legislación conculcada esté "vigente" (art. 90.5 TRLET y 163.1 LJS), permite configurar qué tipo de impugnación de convenio se puede tramitar a través de esta modalidad procesal y, por ende, descarta el éxito de aquellas pretensiones de nulidad cuando se contraviene legislación derogada o legislación que aún no haya entrado en vigor.

En relación con el requisito de que la legislación conculcada esté "vigente", basta su presencia en el momento de instar la demanda o la comunicación de oficio. Si con posterioridad a ese momento, la legislación vulnerada pierde vigencia, en mi opinión, debe continuar la tramitación procedimental hasta que se dicte la correspondiente sentencia a fin de determinar, en su caso, la inadecuación al ordenamiento jurídico del convenio colectivo impugnado y de los efectos jurídicos producidos durante tal período.

Otra cuestión relacionada con el requisito de la vigencia de la legalidad se centra en los supuestos en que la norma conculcada es posterior al convenio. En estos casos, se plantea si los convenios colectivos únicamente están sometidos a la legalidad vigente en el momento de su entrada en vigor quedando, entonces, inmunes frente a las normas dictadas posteriormente, o si, por el contrario, los convenios colectivos pueden incurrir en una ilegalidad sobrevenida pues "el art. 37.1 CE, ni por sí mismo ni en conexión con el art. 9.3 CE, puede oponerse o impedir la producción de efectos de las Leyes en la fecha dispuesta por las mismas..." [STCO 210, 1990, de 20 de diciembre].

Se trata de un motivo de impugnación que carece de precedentes normativos en la rama social del Derecho y esta ausencia de base dogmática ha provocado, a la vista de los supuestos jurisprudenciales [STS 15 marzo 1993, que la lesividad no aparezca

como un motivo de impugnación claramente diferenciado del otro, esto es, la conculcación de la legalidad vigente.

De hecho, las valiosas aportaciones de la doctrina científica para superar la mencionada confusión entre estos dos motivos de impugnación, aportaciones que se han dirigido a encuadrar la lesividad en alguna figura dogmática ya existente en la teoría general del Derecho no ha tenido, lamentablemente, un seguimiento generalizado.

En este sentido, a juicio de algún autor, el control de no lesividad de los convenios colectivos se ha inspirado en la figura del contrato en daño a tercero. El contrato en daño a tercero aparece cuando al celebrar un contrato y precisamente a causa de la celebración del contrato, los contratantes ocasionan un daño a una tercera persona, y ello tanto si el contrato se realiza precisamente con este específico propósito, es decir, si existe coincidencia de ambos contratantes con tal finalidad, como si es sólo uno de ellos quien desea la producción del daño, y, por tanto, se podría aprovechar los principios básicos que rigen esta figura procedente del Código civil para determinar el alcance y significado de la lesividad como motivo de impugnación de los convenios colectivos.

Para otro sector doctrinal, la configuración de la lesión grave a terceros no aparece como un motivo distinto de la conculcación de la legalidad vigente, dado que, en la mayoría de los casos la lesión supondrá un abuso de derecho o un fraude de ley, en definitiva, una vulneración de lo prescrito en los artículos 6 y 7.2 del Código Civil.

En cualquier caso, lo cierto es que el legislador ha establecido dos posibles motivos de impugnación y aunque en la mayoría de las ocasiones resulta muy difícil la diferenciación entre una acción por lesividad y una acción por ilegalidad (S TC 81/1990, de 4 de mayo, Recurso de Amparo número 315/1988), se pueden distinguir los siguientes elementos identificadores de la lesividad: en primer lugar, la existencia de

una lesión o "daño" grave y, en segundo lugar, que tal lesión recaiga sobre un interés, interés que debe ser merecedor de tutela por el ordenamiento jurídico. El análisis de uno y otro elemento identificador permitirán obtener un cabal conocimiento de este motivo de impugnación.

En relación con el tipo de lesión previsto en el art. 90.5 TRLET, ésta se origina a través del contenido pactado en un convenio colectivo. Desde luego, un convenio colectivo será impugnable por lesividad cuando haya producido una lesión real y efectiva pero, también, se podrá atacar la validez de un convenio colectivo cuando se presuma que resulta ser potencialmente lesivo a los intereses de terceros.

Otra característica imprescindible de la lesión prevista para impugnar un convenio colectivo es que repercuta a una persona o grupo de personas determinado. De este modo, las lesiones que ocasionan "daños generales" (las derivadas de una devaluación de la moneda, de una modificación legislativa etc.) son supuestos que no constituyen motivo de nulidad de los convenios colectivos. Seguramente, por ello, entre los requisitos exigidos de la comunicación de oficio se ha de hacer constar una relación de terceros reclamantes y el interés de los mismos que se intenta proteger (art. 164.2 LJS).

En cuanto a la exigencia de la intencionalidad de las partes, es cuestión pacífica que el ánimo subjetivo de las partes no configura la causa impugnatoria, al contrario, sea cual sea la intencionalidad de las partes, puede aparecer la lesividad a terceros prevista en los arts. 90.5 TRLET y 163 LJS "la denuncia... requiere... la existencia de un daño no necesariamente causado con animus nocendi" [STS de 15 de marzo de 1993].

En cuando a la exigencia de que la lesión sea "grave", desde luego, descarta aquellos perjuicios nimios o de insignificante entidad. En cualquier caso, la interpretación de la gravedad de la lesión está íntimamente relacionado, como se verá a

continuación, con el interés lesionado de modo que, cuando más tutelado se encuentre el interés lesionado, menos tolerable será el perjuicio admisible.

Por lógica, este interés lesionado ha de ser, desde luego, un "interés legítimo" pues, de lo contrario, carece de sentido establecer medios para su tutela jurídica. De este modo, se puede afirmar que el primer fundamento de la protección de los intereses lesionados por los convenios colectivos reside en el art. 24.1 CE. En efecto, en el art. 24.1 CE no sólo se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva para el ejercicio de los derechos sino, también, para el ejercicio de los "intereses legítimos", esto es, intereses merecedores de tutela jurídica por los juzgados y tribunales.

En este sentido, únicamente es relevante la lesión que erosione un interés que reciba de iuris una tutela jurídica o, en otras palabras, que resulte ser un interés digno de protección para el ordenamiento jurídico. En este sentido, únicamente es relevante la lesión que erosione un interés que reciba de iuris una tutela jurídica o, en otras palabras, que resulte ser un interés digno de protección para el ordenamiento jurídico. Por ello, como se señala en el voto particular "Esta exclusiva no la establece la Ley en beneficio de quienes regentan una Oficina de Farmacia sino que tiene como único designio y justificación la garantía del usuario, de que quién no sea técnico no puede expender un producto farmacéutico, con lo que se consigue asegurar la eficacia en su dispensación, atendiendo con ello al interés constitucional de la salud de la ciudadanía, pero esta regulación no se dirige a proteger los intereses de los titulares, quienes sólo de forma derivada y secundaria pueden resultar beneficiados con este régimen" [STS 15 de marzo de 1993] y por las repercusiones salariales del pago delegado a cierta Comunidad Autónoma [STS de 21 de octubre de 2010]. Aún se ha de matizar el término "interés lesionado" pues, no se debe confundir "interés" con "derecho subjetivo". La lesión que ocasiona el convenio colectivo a un tercero puede recaer sobre un derecho subjetivo derivado del derecho objetivo, o, sobre una mera situación jurídica que no esté tutelada explícitamente. En el primer caso, la acción por lesividad se confunde con la ilegalidad;

en el segundo, si el lesionado es un tercero al convenio colectivo, acciona el auténtico control de no lesividad [STS de 21 de octubre de 2010].

Aunque pueda resultar paradójico, la acción por lesividad se ha empleado para efectuar un control de legalidad de los convenios colectivos a instancia de sujetos que carecen de legitimación activa para ello, resolviendo, en parte, el déficit de legitimación activa existente en la acción por ilegalidad, a costa de la confusión conceptual de los correspondientes motivos de impugnación, actuación que se ha enfatizado con ocasión del control de legalidad de convenios colectivos de ámbito autonómicos que no son impugnados por ilegalidad por parte de la autoridad laboral regional competente. En definitiva, como se verá, últimamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ocasiones, ha difuminado la diferenciación conceptual entre ilegalidad y lesividad. Como prueba de ello, en búsqueda de una justicia material, reconoce legitimación activa a terceros al convenio colectivo para que se impugne un convenio colectivo cuando conculca la legalidad vigente.

Así, cuando la Administración Central pretende impugnar convenios colectivos, cuyo ámbito territorial no supera al de una Comunidad Autónoma, por conculcación de la legalidad vigente, supuesto en el que evidentemente la Administración Central carece de título de legitimación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no duda en concederle la condición de tercero en defensa de un discutible interés difuso de la Administración Central que aparece lesionado con ocasión de la omisión de la autoridad laboral de ámbito autonómico. En suma, la defensa de la ley y del ordenamiento jurídico en cualquiera de sus manifestaciones, y específicamente la defensa de la ley frente a posibles lesiones derivadas del ejercicio de la autonomía colectiva, comporta el reconocimiento de legitimación activa al Estado para impugnar directamente convenios colectivos, cuando, como ocurre en el caso, el Delegado del Gobierno que dirige la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma entiende que la autoridad laboral de ésta no ha desempeñado de oficio las competencias de control que le corresponden" [STS de 10 de junio de 2003].

Como señalara la doctrina, para este motivo específico de impugnación, en el art. 91.2.2 TRLET se ha establecido un denominado "recurso de nulidad" cuando el laudo se ha dictado contraviniendo el proceso de elaboración preestablecido en el correspondiente compromiso arbitral y la actuación arbitral haya ocurrido ultra vires.

Como se puede observar, aunque esto pueda parecer que los laudos están sometidos a unos motivos tasados de impugnación, esta apariencia queda desmentida por la remisión global a los motivos genéricos de impugnación de los convenios colectivos. Desde luego, la actuación arbitral no puede ser enjuiciada respecto de la bondad o acierto de la actuación arbitral para evitar que el control judicial pueda revisar la decisión de fondo del árbitro.

El control judicial de los laudos ha de compaginar el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, que se garantiza a través de la revisión jurisdiccional de los laudos, y la concesión de una mayor relevancia a los medios extrajudiciales de resolución de conflictos colectivos, impidiendo que el juzgado o sala actúe como una segunda instancia del árbitro que dictara el correspondiente laudo.

La competencia con carácter exclusivo y excluyente en materia de impugnación de convenios colectivos corresponde al orden social de la jurisdicción de conformidad con lo establecido en el art. 2.h) LJS.

Entre los juzgados y tribunales del orden social de la jurisdicción, de conformidad con las reglas de competencia objetiva previstas en la norma procesal, queda establecido el tipo de órgano jurisdiccional que debe conocer en instancia.

No obstante, habida cuenta de la posible existencia de diversos órganos que disponen de competencia objetiva en dicho ámbito territorial, se hace preciso la

aplicación de otro tipo de reglas que indiquen con mayor precisión qué juzgado o tribunal es el que resulta definitivamente competente dando efectividad al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE). La atribución del conocimiento a un determinado órgano judicial, con una concreta demarcación territorial, se efectúa a través de la aplicación de las normas sobre competencia territorial.

Precisamente, en la regulación sobre la competencia territorial (arts. 10 y 11 LJS) es donde se concentra la principal problemática pues, como es sabido, también, existen referencias expresas acerca de cuál ha de ser el órgano judicial competente en materia de impugnación de convenios colectivos.

Lógicamente, estas normas sobre competencia territorial sólo están previstas para la determinación de la competencia de los Juzgados de lo Social y de las Salas los Tribunales Superiores de Justicia, pues, tanto la Sala 4ª el Tribunal Supremo como la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional son órganos judiciales con una única sede en la villa de Madrid y tienen jurisdicción en toda España [STSS 14 de octubre de 2008].

Estos Tribunales, por definición, no precisan una regulación procesal sobre su competencia territorial.

Por esto, la norma de competencia territorial se aplica con posterioridad a la norma de competencia objetiva porque la norma sobre competencia territorial sólo despliega su eficacia cuando la de competencia objetiva designa un tipo de órgano judicial que dispone de varias sedes en la demarcación territorial correspondiente, y, entonces, una vez se ha procedido al reparto de asuntos, normas de contenido ajeno al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (STCO 170/200, de 26 de junio, Recurso de amparo 4095/1995).

Así pues, cuando se atribuye la competencia objetiva a un Juzgado de lo Social o a una Sala de un Tribunal Superior de Justicia, dada la pluralidad de éstos en sus

respectivas circunscripciones territoriales, el "juez ordinario predeterminado por la ley" no queda suficientemente designado y han de ser las normas de competencia territorial, en atención a los criterios establecidos en los arts. 10 y 11 del LJS, las normas que procederán a concretar qué Sala de lo Social del TSJ, si existieran varias, o qué Juzgado de lo Social de los de la Capital de provincia, o de ámbito infraprovincial, existentes resultará ser el competente.

En relación con los Juzgados de lo social, el art. 10.2.h) LJS establece la correspondencia entre la circunscripción territorial del Juzgado de ámbito provincial o inferior, y el ámbito de aplicación del convenio impugnado, esto es, será competente el Juzgado de lo Social que disponga de una demarcación territorial igual o superior que el ámbito de aplicación del convenio colectivo impugnado.

Por ello, aunque ya se venía aplicando por el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Reforma de la Ley Procesal de 2009 ha dado nueva redacción al artículo 5.1 LJS por la que "si los órganos jurisdiccionales se estimaren incompetentes para conocer de la demanda por razón de la materia, del territorio..., dictarán auto declarándolo así y previniendo al demandante ante quién y cómo puede hacer uso de su derecho". Así, ya ha quedado definitivamente resuelta la cuestión acerca de si los órganos jurisdiccionales del orden social de la jurisdicción podían, o no, aplicar de oficio la excepción de incompetencia por razón de su territorio.

A la vista del tenor literal mencionado, en mi opinión ya no hay duda, esto es, cuando el ámbito territorial del convenio colectivo impugnado supera la demarcación territorial del juzgado o sala en el que se ha planteado la demanda, las partes podían presentar la excepción de incompetencia territorial. A partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, confirmada por la redacción de la LJS 2011, también, el órgano jurisdiccional podrá apreciar de oficio su propia incompetencia territorial mediante su declaración en auto, auto en el que deberá prevenir al demandante ante qué órgano ha de presentar la correspondiente demanda o

comunicación de oficio sobre impugnación de convenio colectivo. Así ya lo venía interpretando algún sector jurisprudencial (STSJ Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social), sentencia número 1119/1997, de 4 diciembre).

En opinión de alguna Sala y con un criterio muy discutible, se afirmaba que "de acuerdo con lo expresamente estipulado en el art. 7.a) de la Ley de Procedimiento Laboral las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los procesos que refiere, entre los que se encuentran los de impugnación de convenios colectivos "cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma...". Como quiera que de acuerdo con lo indicado en el hecho probado 1º la disposición impugnada afecta exclusivamente a un convenio colectivo de la provincia de Alicante, resulta patente que al extenderse la competencia de los Juzgados de lo Social en general al ámbito provincial (art. 92.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), debe entenderse que el ámbito del conflicto no es superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social, por mucho que en la provincia de Alicante existan Juzgados en poblaciones distintas de la capital de provincia que delimitan el ámbito de su Jurisdicción, pues ello responde a circunstancias excepcionales (necesidades del servicio o proximidad a determinados núcleos de trabajo) que no alteran la regla general de la jurisdicción provincial de los Juzgados de lo Social, y que debe determinar según se ha indicado que la impugnación de un convenio colectivo de ámbito provincial deba ventilarse ante los Juzgados de lo Social de Alicante" (STSJ (Comunidad Valenciana) de 14 de noviembre de 2003, Rollo núm. 22/2003).

Como ya señalara la doctrina de modo sencillo y claro, "parte es quien pretende y frente a quien se pretende", sin embargo, si se traslada este aforismo al estudio del proceso de impugnación de convenios colectivos se observa que junto a las partes del proceso, propiamente dichas, intervienen otros sujetos sobre los que su condición de parte aparece discutida.

Sin duda, esta problemática obedece a la falta de precisión en las referencias normativas que se han ocupado de regular la legitimación de las partes en el proceso de impugnación de convenios colectivos.

Así, el art. 90.5 TRLET emplea la lacónica expresión "previa audiencia de las partes" y el derogado art. 136 de la LPL de 1980 se referían a los sujetos legitimados de modo absolutamente impreciso (a los efectos de su citación al acto del juicio) como "las partes intervinientes en el convenio". Como puede adivinarse, ante esta falta de precisión, doctrina científica y jurisprudencia tuvieron que proporcionar soluciones para resolver las insuficiencias que presentaba la normativa entonces vigente.

Además, en el proceso de impugnación de convenios colectivos, junto a las partes procesales en sentido estricto, se prevé la participación de otros sujetos que, sin alcanzar la condición de legitimados en el proceso, desempeñan un papel impulsor del control judicial de los convenios colectivos. A la tarea de identificar unos y otros se dedican los epígrafes siguientes. Por supuesto, el estudio y determinación de los sujetos legitimados exige adoptar el criterio sistemático que la propia normativa adopta para su regulación, esto es, la legitimación activa para impugnar los convenios colectivos depende de cual sea el motivo de impugnación alegado. Más específicamente, la Ley de la Jurisdicción Social ha incorporado nuevos sujetos cuya legitimación se reconoce exclusivamente cuando la ilegalidad del convenio colectivo reside de una discriminación directa o indirecta por razón de sexo como son el Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas en el art. 165.1.a) in fine LJS.

En cambio, la legitimación pasiva es la misma, esto es, cualquiera que se el motivo de impugnación que se alegue en la demanda o en la comunicación de oficio. Estos razonamientos sirven de guía para los siguientes epígrafes.

La autoridad laboral siempre actúa en el proceso de impugnación de oficio por propia decisión, aunque, en ocasiones, esta actividad pueda ser instigada por los particulares o por otros órganos de la Administración encargados de velar por el respeto de la legalidad vigente o de la no lesividad de los convenios colectivos. En cualquier caso, la autoridad laboral no queda vinculada a iniciar el proceso de impugnación de oficio por el hecho de que un denunciante o un tercero reclamante sostenga que un convenio colectivo conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros.

De ahí que, la autoridad laboral sea la única que puede iniciar el proceso de impugnación de oficio. Sin embargo, tal actuación no lleva aparejada la adquisición de la condición de parte del proceso. En efecto, en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (art. 90.5) y en el texto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (art. 163.1), únicamente se le encomienda la tarea de remitir a la jurisdicción competente la correspondiente comunicación de oficio, y, a partir de ahí, ya no participa de la relación jurídico-procesal. Como gráficamente ha señalado la doctrina "la autoridad laboral es una parte ausente del procedimiento".

La autoridad laboral a la que hace referencia el art. 90.5 TRLET es el órgano de la Administración laboral competente en materia de convenios colectivos sea General o Autonómica. A la misma, le corresponde con carácter exclusivo la presentación de la comunicación de oficio en materia de impugnación de convenios colectivos de trabajo.

En relación con la Administración central, ante la ausencia de una normativa específica, tradicionalmente se ha interpretado, interpretación avalada por el Tribunal Constitucional [STCO 4/1987, de 23 enero], que los órganos de la administración competentes a estos efectos son los determinados por el art. 19.1 RDLRT, esto es, los Delegados del Ministerio de Trabajo para la impugnación de los convenios colectivos cuyo ámbito de aplicación territorial sea provincial o inferior, y la Dirección General de Trabajo para la impugnación de los convenios colectivos que afecten a varias

provincias, esquema que se ha visto profundamente alterado por el traspaso de competencias en materia laboral a las Comunidades Autónomas.

Cuando la impugnación de la autoridad laboral, estatal o autonómico, no la sostienen denunciante, está prevista la intervención del Abogado del Estado o, en su caso, del correspondiente Letrado de Comunidad Autónoma. Como se ha dicho, su actuación se limita a aquellos procesos iniciados a instancia de la autoridad laboral en los que no hubiera denunciante, esto es, que los sujetos que disponen de legitimación activa no estiman fundada la posición de la autoridad laboral que contiene la comunicación de oficio (artículo 164.5 LJS). Como se puede observar, se persigue evitar que se produzca un desistimiento "forzado" y, por ello, la postulación de la comunicación de oficio correrá a cargo del Abogado del Estado o del Letrado autonómico.

Si el razonamiento jurídico sólo atendiera a la ratio de esta modalidad procesal, esto es, que se permitiera la eliminación de convenios colectivos totalmente ilegales; de los parcialmente ilegales y suprimir la apariencia de estatutarios de convenios colectivos que sólo son extraestatutarios se estaría en presencia de una actuación "en interés de ley" y, por tanto, se podría llegar a la conclusión de que en el proceso de impugnación de convenios colectivos se habría de reconocer legitimación activa a cualquier ciudadano, cualquiera que fuese su grado de conexión con el convenio colectivo impugnado, o, en otros términos, que la facultad de interponer la correspondiente pretensión habría de concederse sin más limitaciones que las derivadas del reconocimiento de la capacidad para ser parte en cualquier tipo de procesos. Por ello, a quien no tiene capacidad para ser parte se le deniega la legitimación activa en atención a que no se encuentran debidamente constituidos en el momento de la firma del convenio "Pues bien, la actora fue reconocida por la Dirección General de Trabajo, según el fáctico 3º, el 4 de abril de 1997, lo cual dice claramente que sólo desde entonces tenía personalidad y capacidad de negociar. Pero el Convenio Colectivo había sido firmado el 7 de enero anterior, cuando ANAPAL no existía «de iure» aunque sí, seguramente, «de

facto». Por lo tanto, la conclusión resulta evidente: mal podía negociar quien no existía, y resultaba imposible a los negociadores del Convenio convocar a un ente abstracto o invisible, pues debe tratarse de entes colectivos o personas concretas y con personalidad jurídica para tales efectos".(SAN de 17 de febrero de 1999, Procedimiento número 206/1998)

Sin embargo, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se inclina por una atribución restrictiva de la facultad de interponer este tipo de pretensión, pues se reconoce sólo a determinados sujetos. Como se puede comprobar, la Ley Rituaria sólo reconoce la titularidad de la legitimación a los sujetos enumerados en el artículo 165.1 LJS; sujetos que, además, han de ostentar la condición de "interesadas" para la litis en concreto, cuando el motivo de nulidad sea la conculcación de la legalidad vigente pues, como afirma la jurisprudencia, "la lista es cerrada, hasta el punto de que ningún otro sujeto, aunque acredite interés en ello, puede promover este tipo de procesos" [STS de 9 abril de 2003 .

Cualquiera que sea el motivo de impugnación alegado, la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de impugnación de convenios colectivos es la de una auténtica parte del proceso con las facultades inherentes al mismo, incluso tras lo dispuesto en el art. 163.4 LJS, la de iniciar por sí mismo el proceso (artículo 165.4 LJS), intervención del Ministerio fiscal que se ha visto ampliada por la nueva Ley de la Jurisdicción, cualquiera que sea la vía de iniciación en lógica consonancia con lo dispuesto en el artículo 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal.

En relación con la vía de oficio, el Ministerio Fiscal tiene reconocida su condición de parte en los procesos de impugnación de convenios colectivos iniciados mediante comunicación de la autoridad laboral, esto es, basta la presentación de la comunicación de oficio ante el Juzgado o Sala competente para que deba ser citada, en todo caso, al Ministerio fiscal en su condición de parte del proceso. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 164.6 LJS.

En cuanto a la vía de impugnación directa, el Ministerio Fiscal siempre será parte en esta vía de iniciación. Sin duda, la principal novedad respecto de la legislación anterior consiste en que ahora el Ministerio Fiscal puede iniciar directamente el proceso de impugnación, sin esperar que alguno del resto de los sujetos legitimados presente la correspondiente demanda ante la Juzgado o Sala competente en consonancia con su Estatuto Orgánico que el encomienda la defensa de legalidad.

Además, la Ley de Jurisdicción Social incorpora una consolidada doctrina de los tribunales que confiere un papel relevante al Ministerio Fiscal. Sólo por esto merecería una valoración positiva en la medida en que confiere rango normativo a la doctrina asentada por los tribunales ordinarios y por el Tribunal Constitucional.

En efecto, es conocida la doctrina que en los supuestos de litigios individuales o plurales en defensa de los intereses de los propios litigantes, cuando el órgano jurisdiccional estimaba la demanda en atención a la ilegalidad de los preceptos convencionales. A pesar de que el órgano jurisdiccional estimara la demanda del trabajador a título singular, la estructura y el procedimiento en el que se había entablado la litis no le permitía la declaración de nulidad de una vez por todas sino, que a lo sumo, el órgano jurisdiccional declaraba la inaplicación *uti singuli* del precepto convencional.

De este modo, el contenido adicional que se sugiere estaría en consonancia con lo previsto en los artículos 27, 123 y siguientes LJC-A, en virtud de los cuales, el juez o tribunal de lo contencioso-administrativo que en sentencia firme hubiera reputado ilegal el contenido de una disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el órgano competente para conocer del recurso directo contra la referida disposición.

Así pues, la extrapolación a los Convenios colectivos de lo previsto para las disposiciones generales ilegales, permitiría al juez o tribunal que ha estimado

inaplicable al caso el contenido de una cláusula convencional ilegal, promover la cuestión de ilegalidad de dicha cláusula al objeto de que sea eliminada del ordenamiento jurídico por contravenir los mínimos del derecho necesario. Precisamente, esa conocida doctrina se plasma en el art. 163.4 LJS cuando ordena al juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones "lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos". De conformidad con el tenor literal, el Ministerio Fiscal puede iniciar, o no, el proceso de impugnación directa puesto que la calificación judicial sobre el precepto convencional no le resulta vinculante.

Como es lógico, el Ministerio Fiscal es una parte en sentido propio y, una vez se ha presentado la comunicación de oficio o la demanda, puede actuar con libertad de criterio respecto al resto de las partes, esto es, puede continuar por sí mismo el litigio o recurrir la sentencia que se dicte pese a la conformidad del resto de las partes. En definitiva, su actuación procesal ha de ir encaminada a garantizar el respeto del principio de legalidad y para ello puede ejercitar toda la batería de recursos que el ordenamiento procesal pone al resto de las partes del proceso.

En cuanto a las consecuencias de la ausencia en el proceso del Ministerio Público por falta de la preceptiva citación, la jurisprudencia ha declarado en estas ocasiones la nulidad de actuaciones a partir de la presentación de la comunicación de oficio o la demanda pues se trata de un defecto insubsanable.

Por ello, "Si a instancias de la Sala "a quo" y, a efectos de subsanar un defecto provocado por la indebida acumulación de la acción de conflicto colectivo y de impugnación de convenio colectivo, la parte demandante optó por ésta última, debió seguirse la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, regulada en el capítulo IX, del título II del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral

vigente, artículos 160 a 163 inclusive, proceso en el que, atendiendo al interés general y público que en ellos se debate, es parte el ministerio Fiscal (artículo 161. b).

La actuación de autos, prescindiendo de las normas establecidas por la ley para la sustanciación del proceso instado de impugnación de convenio colectivo, provoca, inexcusablemente --al no poder, en la fase actual, ser objeto de subsanación-- la nulidad de lo actuado, a partir de la providencia de 14 de enero de 1992, por la que se tuvo subsanado el defecto de la mencionada acumulación indebida de acciones, debiéndose retrotraer las actuaciones a tal momento procesal y seguir los autos el curso instado por las partes demandantes, correspondiente al proceso de impugnación de convenio colectivo" [STS (Sala de lo Social) de 8 julio 1994].

Un supuesto de ampliación de los sujetos legitimados en la vía de impugnación directa, ampliación demandada por la doctrina de los tribunales, consiste en el expreso reconocimiento de legitimación activa por ilegalidad para impugnar convenios colectivos a la Administración General del Estado y a las Administraciones de las Comunidades Autónomas en su propio ámbito (art. 165.1 LJS). Desde luego, presenta un significado y alcance completamente diferenciado respecto el que les confiere la legitimación reconocida en el artículo 154.d) LJS, a propósito del proceso de conflicto colectivo, pues la legitimación para promover conflicto colectivo deriva de su condición de empleadoras respecto del personal a su servicio, mientras que para la impugnación de convenios colectivos, a través del proceso de conflicto colectivo, la legitimación que se le atribuye tiene su razón de ser en la defensa de las normas laborales de ius cogens.

La actuación de los órganos de las Comunidades Autónomas en materia de control de legalidad de los convenios colectivos y los de la Administración Central en tanto que se interpretó que sólo aquella autoridad laboral que efectuara el depósito y el registro del Convenio colectivo tenía competencia para proceder a su impugnación, posibilitando ante la inacción de la autoridad autonómica la vigencia de convenios colectivos de dudosa legalidad. De hecho, alguna resolución interpretó que, a los efectos

previstos en el derogado artículo 161.1 LPL 1995, la Autoridad laboral a que se refiere dicho precepto es, exclusivamente, aquélla encargada del registro y depósito del Convenio Colectivo impugnado imposibilitando, por ende, a cualquier otra autoridad laboral. Esto condujo, entonces, de un modo un tanto forzado al reconocimiento de legitimación a los Delegados del Gobierno en el territorio de la Comunidad Autónoma para la defensa de las normas imperativas. En evitación de ese tipo de conflictos jurídicos, se ha afirmado que "el Estado conserva en todo caso facultades o competencias de control de la legalidad de los convenios colectivos de trabajo con base en lo dispuesto en los artículos 22 y siguientes de la Ley 6/1997 del Gobierno, y en jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. El resumen de la alegación podría ser el siguiente, utilizando los propios términos del escrito de formalización del recurso: «la figura del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas... personifica toda una serie de competencias para asegurar la mejor eficacia de la legislación laboral, sin que ello implique en ningún caso que queden vacías las competencias propias de la Comunidad Autónoma»" [STS de 10 de junio de 2003].

En el proceso de impugnación de Convenios Colectivos por los trámites del procedimiento de conflicto colectivo se amplía el círculo de legitimados activos al Instituto de la Mujer y los Organismos de igualdad de las Comunidades Autónomas siempre que el contenido de alguna de las cláusulas del Convenio sea discriminatorio por razón de sexo. Sin duda, constituye el lógico desarrollo de las previsiones establecidas en el art. 90.6 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores

Más específicamente, constituye el reconocimiento de esta clase de legitimación sui generis como resultado del mandato contenido en el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya virtud «La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes

reguladoras de estos procesos» en el que la Ley de Jurisdicción lo ha entendido referido no sólo al Instituto de la Mujer sino a los órganos homólogos de las Comunidades Autónomas.

Además de la exigencia consistente en la naturaleza colectiva de los sujetos legitimados para impugnar los convenios colectivos por ilegalidad, el art. 165.1.a) LJS estipula que dichas representaciones han de acreditar un interés para intervenir en el proceso de impugnación de un convenio colectivo. Para ello, el citado artículo concluye con el adjetivo "interesadas", esto es, la legitimación activa se limita a los sujetos enumerados en el art. 165.1.a) LJS, que, además, dispongan de un interés para accionar en dicho proceso.

Desde luego, ya se puede adelantar que las representaciones de trabajadores y empresarios enumeradas en el art. 165.1.a) LJS adquieren la condición de "interesadas", y, por tanto, la legitimación activa en el proceso de impugnación de convenios colectivos por ilegalidad cuando se invoque y se disponga de un interés legítimo en el correspondiente proceso (TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social), sentencia número 901/1999 de 13 abril).

Pero, ¿en qué consistirá o cómo se manifestará la presencia de ese interés legítimo en el sujeto que ocupa la posición jurídica de legitimado activo?. En cuanto a los criterios interpretativos propuestos del término "interesadas" que contiene el art. 165.1.a) LJS se puede resumir en lo siguiente: algún sector doctrinal hace hincapié en la remisión que el art. 165.1 LJS efectúa a "los trámites del proceso de conflicto colectivo", estimando que el régimen jurídico aplicable para el proceso de impugnación de convenios colectivos será el establecido en la modalidad procesal de conflictos colectivos y, por ende, adoptan las reglas sobre legitimación activa que se establecen en el mismo. Por otro lado, aquéllos que opinan que el proceso de impugnación de convenios colectivos es una modalidad procesal con una regulación propia, sin perjuicio

que para ciertos trámites imprevistos en la misma se haya de acudir, de modo supletorio, al proceso de conflictos colectivos.

En relación con la primera interpretación propuesta, la presencia del interés legítimo exigido para acceder al proceso de impugnación se manifestará cuando el ámbito de representación del legitimado activo sea igual o superior que el ámbito territorial y funcional del convenio colectivo impugnado pues, "con independencia de la amplitud subjetiva que pueda tener la denuncia de la ilegalidad del convenio, los denunciados calificados que han de adquirir la condición de parte son los que menciona el ap. a) del número 1 del art. 162 sin perjuicio de que, cuando se trate de convenios de ámbito empresarial o inferior, este precepto pueda, a su vez, completarse con lo que disponen los arts. 151.c) y 160.2 de la LPL" [STS 10 de febrero de 1992]. Este criterio de correlación de ámbitos de representación y ámbito territorial del convenio impugnado ha sido defendido en escasas ocasiones por la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo y, de hecho, este Tribunal cambió de criterio en sentencias posteriores. A esa conclusión se llega, porque se considera que, "con carácter general, es obligado partir de dos precisiones, las cuales han sido puestas de relieve por esta Sala en pronunciamientos varios: 1ª) la remisión que a los trámites del proceso de conflicto colectivo se hace, cuando se trata de esta impugnación «directa», en terminología que la práctica anterior a las nuevas Leyes de Procedimiento Laboral había consagrado, es meramente supletoria, es decir, se estará a los trámites del mentado proceso, pero en lo relativo a las partes y su requisitos se aplicará las normas incluidas en esta modalidad impugnativa, pues contiene previsiones específicas que predominan sobre las que señalan el trámite del proceso de conflicto colectivo; lo cual quiere decir que las reglas sobre legitimación contenidas en los arts. 152 y 153 LPL, no son aplicables aquí, ni por ende es de exigencia lo atinente al ámbito de actuación del ente colectivo promotor ni la condición de representativo que el mismo pueda ostentar; a la inversa, estas características serán insuficientes para fundamentar la legitimación en el presente proceso, sometido a prescripciones específicas" [TS (Sala de lo Social), sentencia de 14 abril 2000. Recurso de Casación número 982/1999 y TS (Sala de lo Social), sentencia de 23 marzo 1994. Recurso número 2256/1992]

La jurisprudencia ha establecido que la acreditación de interés legítimo, y, por consiguiente, la condición de "interesadas" se obtiene cuando los representados por el sujeto demandante están incluidos en los ámbitos funcional y personal del convenio colectivo impugnado. Ciertamente, este es el criterio que mantiene en la actualidad la Sala 4ª del Tribunal Supremo con ocasión de la interpretación del término "interesadas", esto es, "el interés de que venimos hablando presupone que la declaración judicial perseguida coloca al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio o que con la persistencia o mantenimiento de la situación jurídica preexistente se le ocasiona un perjuicio o se le mantiene en posición de agravio. Esta Sala ha identificado el interés mencionado por la norma: así, cuando señala que la asociación demandante en el caso «está desde luego interesada en la impugnación por quedar sus representados incluidos en el campo de aplicación del convenio y por afectar el mismo a las posibilidades de negociación estatutaria de la propia demandante» (STS 15 febrero 1993, ya citada); o lo que es lo mismo: la legitimación activa corresponde a las asociaciones empresariales "interesadas" es decir, «a aquellas asociaciones de empresas "interesadas" en la impugnación por estar sus representados incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio" SSTS (Sala de lo Social), sentencia de 14 abril 2000. Recurso de Casación número 982/1999;(Sala de lo Social) Sentencia de 20 marzo 2007 y 11 de noviembre de 2009.

En relación con las representaciones sindicales, aunque referido a la impugnación de un convenio colectivo de eficacia personal limitada, la jurisprudencia no duda en reconocer la legitimación activa "para promover el presente proceso a sindicatos cuyas secciones sindicales representan a más del cincuenta por ciento de los trabajadores de la empresa, porcentaje que los hace suficientemente representativos, conforme a los artículos 6 y 7 de la Ley 11/1985, de 2 de agosto, cuyo artículo 2-2-d) y los legitima para promover el presente procedimiento, máxime cuando, como ha declarado esta Sala en su sentencia de 9 de noviembre de 2009 (RCO 106/08) y las que en ella se citan, basta a estos efectos, con que el sindicato esté implantado en el ámbito del conflicto". STS (Sala de lo Social) 7 de diciembre de 2010.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo está utilizando un mismo significado del término "interesadas" para proceder al reconocimiento de la condición de legitimado activo con independencia de que se trate de representaciones empresariales o sindicales, esto es, que el sindicato o la asociación empresarial esté incluida en el ámbito de aplicación del convenio colectivo impugnado.

Se trata de resolver si un sujeto de naturaleza colectiva, que reúne todas las exigencias establecidas en el art. 165.1.a) LJS, dispone, o no, de legitimación activa en atención al hecho de ser una de las representaciones firmantes del mismo. Desde luego, la regulación establecida en la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos guarda absoluto silencio acerca de esta cuestión. A pesar de ello, las referencias que efectúa la ley a los sujetos firmantes pueden servir de guía interpretativa para determinar si los sujetos firmantes pueden ocupar la posición de legitimado activo. En relación con el art. 165.2 LJS, que se refiere a las partes firmantes como "representaciones integrantes de la comisión negociadora", establece que estarán pasivamente legitimadas, lo cual resulta poco significativo si se interpreta con lo estipulado en el art. 166.1 LJS que exige que las partes citadas al acto del juicio han de alegar, en primer término, la postura procesal, de conformidad u oposición, respecto de la pretensión interpuesta.

En definitiva, estos preceptos contemplan la posibilidad de que una parte firmante pueda adherirse a una pretensión de nulidad de un convenio colectivo interpuesta por la autoridad laboral o por otro sujeto legitimado ex art. 165.1.a) LJS. En cambio, no se pronuncia acerca de la posibilidad de que un sujeto firmante impugne directamente cuando sostiene la ilegalidad del convenio colectivo.

A juicio de la mayoría de la doctrina legal, se deduce la falta de legitimación activa de los sujetos firmantes en atención a la ausencia del empresario individual en la enumeración de sujetos legitimados prevista en el art. 165.1.a) LJS y, con carácter general, es sencillo admitir que aquellas representaciones que suscriben y formalizan un

convenio colectivo no pueden ir contra sus propios actos y atacar la legalidad del convenio colectivo que, en su día, firmaron, cualquiera que sea la causa de impugnación alegada ilegalidad o lesividad. "Tiene razón el MF, aunque no la articule en forma a los fines de su estimación en el recurso. Y ello es así porque del art. 162.1 a) TALPL resulta que en el proceso de impugnación instado directamente por la parte, que se fundamente en la ilegalidad de un convenio colectivo, no puede impugnarlo el firmante del mismo. Esta regla general se desprende con claridad al observar que el citado precepto no legitima para impugnar un convenio a la empresa, que ha sido --en un convenio de empresa-- uno de los que lo han suscrito. El art. 162 a) TALPL legitima a la representación legal o sindical de los trabajadores; y la disyuntiva responde a esa regla consistente en que si negoció la representación legal (comité de empresa), sólo puede impugnar el convenio la sindical, o viceversa, pues el art. 87.1 ET legitima para negociar los convenios de empresa o de ámbito inferior a «las representaciones sindicales si las hubiere» [STS de 9 de mayo de 1994]. Con mayor razón, si quien pretende impugnar es la única asociación empresarial firmante [STS Sala de lo Social de 11 de noviembre de 2010].

Como es sabido, el art. 165.1.b) LJS encomienda la legitimación activa, cuando el motivo de la impugnación fuera la lesividad, a los terceros, "terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado". En cualquier caso, los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo no tendrán la consideración de terceros [STS (Sala de lo Social) de 2 de marzo de 2007].

Desde luego, lo único que parece claro es que los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo no tendrán la consideración de terceros. Se puede afirmar que la definición que efectúa el art. 165.1.b) LJS conlleva una restricción tan intensa del término "terceros" que, en realidad, constituye un supuesto de impugnación que ha quedado con un "escaso juego" ya que "excluye de la noción a todos aquéllos que potencialmente están más en peligro de sufrir las consecuencias negativas de un exceso en el ejercicio de las facultades normativas de los negociadores", esto es, a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo impugnado. De ahí, que los auténticos supuestos de

impugnación de convenios colectivos por lesión grave a terceros hayan resultado ser tan esporádicos e incluso se llega a constituir una asociación empresarial al tiempo de impugnar un convenio colectivo para facilitar el reconocimiento de la legitimación activa por lesividad [STS (Sala de lo Social) de 2 d marzo de 2007].

Se trata, pues, en estas ocasiones, de una ilegalidad que las partes firmantes del convenio colectivo pretenden encubrir, dado que son las únicas legitimadas para impugnar, de conformidad con lo estipulado en el art. 165.1. a) LJS, y, por consiguiente, ha de ser un tercero al convenio colectivo alegando lesión grave en sus intereses y, por los cauces procesales del control de no lesividad, quien discuta la validez del convenio colectivo que lesiona sus intereses al mismo tiempo que infringe alguna norma constitucional, legal o reglamentaria del orden jurídico vigente Lógicamente, en estos casos está servida la confusión entre los dos motivos de impugnación y, por ende, la determinación de la consideración de tercero resulta imposible como ya se ha acreditado anteriormente.

Esta potestad y este interés legítimo de la Administración General del Estado de plantear acciones jurisdiccionales sobre los contenidos de los convenios colectivos de trabajo pueden calificarse, a los efectos de la aplicación de las categorías conceptuales que utiliza la legislación procesal laboral, tanto de defensa de la legalidad como de reacción frente a disposiciones lesivas. En realidad, dichos títulos de legitimación se confunden en este particular supuesto; y a los dos se refiere el recurso del Abogado del Estado, que invoca en el motivo primero el interés legítimo de la Administración General del Estado en hacer «desaparecer el perjuicio» de una eventual vulneración del ordenamiento jurídico, y defiende en el motivo segundo una «legitimación activa amplia» para defender la legalidad frente a las transgresiones que puedan contener los convenios colectivos".[STS de 10 de junio de 2003 y STS de 23 de octubre de 2007].

Están legitimadas del lado pasivo de la acción "todas las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio" (artículo 165.2 LJS). Tal

precepto deja sin resolver cuáles serán las partes llamadas a defender la validez del convenio colectivo pues, aquél no determina en qué preciso instante se ha de pertenecer a la comisión negociadora. En efecto, no es extraño que a lo largo del procedimiento de elaboración del convenio, la composición de la comisión negociadora sufra variaciones, variaciones que, siguiendo el tenor literal del precepto, podría alterar la composición de las representaciones de la legitimación pasiva. Como argumento interpretativo que se basa en los precedentes normativos, sería útil acudir a lo que disponía la Ley de Bases de Procedimiento Laboral. En este sentido, allí se establecía con absoluta claridad que la legitimación pasiva corresponde "a quienes tuvieren la condición de partes firmantes del convenio colectivo impugnado" (Base 28.3 de la Ley 7/1989). Por ello, se interpretaba que podía ostentar la condición de legitimado pasivo un Comité intercentros, esto es, por el hecho de que había sido una de las representaciones firmantes del convenio colectivo. En efecto, "...el art. 163.2 LPL es igualmente inequívoco y explícito a la hora de establecer la legitimación pasiva en el proceso de impugnación de convenios colectivos, que es la vía procesal elegida y adecuada para tramitar la demanda impugnatoria de la CGT. A tal fin previene que «estarán pasivamente legitimadas todas las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio». En el presente caso es evidente, por lo antes dicho, que las representaciones que constituyeron la comisión negociadora del Acuerdo fueron la empresa y su Comité Intercentros, que en este caso son los titulares únicos del derecho negocial cuyo resultado se cuestiona y los primeros interesados en sostener su legitimidad. Sin embargo la CGT que ha demandado a NMSA, como era obligado, no dirigió su demanda --que es el escrito cuya presentación determina la constitución de la relación jurídico-procesal-- al Comité Intercentros ni ha pedido luego que se le llamara, para que pudiera defender un derecho que, por explicitado en el art. 163 LPL, la CGT estaba obligada a conocer desde el primer momento" [STS de 14 de julio de 2000].

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del litisconsorcio pasivo establecido por la ley, esto es, la ausencia de cualquiera de las partes firmantes al acto del juicio por no haber sido demandadas, la Ley de la Jurisdicción Social considera que es un defecto subsanable de la demanda, de ahí que, previo apercibimiento por parte del

Secretario judicial, las partes demandantes dispongan de un plazo de cuatro días para la ampliación de la demanda a aquél o aquéllos que no fueron debidamente demandados, de lo contrario, esto es, si no se atiende el apercibimiento, el Secretario judicial deberá dar cuenta "al Tribunal o (sic. Juzgado) para que por el mismo resuelva sobre su admisibilidad" (artículo 81.1 y 81.2 LJS).

En general, la tramitación de los conflictos jurídicos se encuentra salpicada de numerosos trámites previos dirigidos a la evitación de la litis, o, dicho en otros términos, a obtener una solución extrajudicial del conflicto que haga necesario acudir a los juzgados y tribunales para resolverlo. En cambio, la propia Ley de la Jurisdicción Social en su art. 64.1, en relación con la conciliación y en el art. 70 LJS, respecto de la reclamación previa, establece un tratamiento excepcional en la tramitación del proceso de impugnación de convenios colectivos al suprimir la presentación de estos trámites extraprocesales, y, por tanto, basta la presentación de la comunicación de oficio o de la demanda para iniciar válidamente esta modalidad procesal.

Se ha afirmado, como fundamento de este tratamiento excepcional, que la naturaleza del conflicto que se dilucida en el proceso de impugnación de convenios colectivos consiste en efectuar un control abstracto de la ilegalidad o lesividad de un convenio colectivo y, por consiguiente, este tipo de pretensión no admite que se pueda resolver a través de una solución transaccional que toda conciliación o reclamación previa significa. Como es sabido, este tipo de proceso se insta una vez que el procedimiento de elaboración del convenio colectivo ya ha finalizado por las representaciones negociadoras y, por tanto, no existe posibilidad de reabrirlo para solventar los defectos de que adolezca el convenio colectivo. Además, la propia naturaleza del conflicto, esto es, es un conflicto que se plantea en interés de ley imposibilita la adopción de soluciones al mismo a través de acuerdos de transacción o acuerdo extrajudicial del mismo. Como es sabido, la determinación de si una norma -- convenio colectivo, aquí-- vulnera lo dispuesto por otra que tenga reconocida su condición de norma de derecho necesario afecta al orden público laboral y, por

consiguiente, corresponde con carácter exclusivo esta decisión a los juzgados y tribunales. Tampoco la Comisión Paritaria del Convenio constituye una sede adecuada para la solución de los conflictos que consistan en la conculcación de la legalidad vigente. Como ha declarado la STCO 184/1991, de 30 de septiembre, "lo que impide a las partes del convenio colectivo es que se puedan establecer comisiones con función de modificación o regulación de condiciones de trabajo" que sería el objeto de la actividad de la Comisión Paritaria si se le reconociera facultades para resolver los conflictos originados por la conculcación de la legalidad vigente o una lesión grave a terceros. Para disponer de un cabal conocimiento de las diferencias entre las "comisiones de administración" y las "comisiones de negociación" (STCO 73/1984 y sobre la impugnación por ilegalidad de un convenio colectivo que atribuye funciones de negociación a la comisión paritaria, y STS (Sala 4ª) de 28 de enero de 2000 (número Recurso de Casación 1760/1999)).

La comunicación de oficio o la demanda interpuesta por la autoridad laboral o por los sujetos legitimados, respectivamente, debe reunir en su contenido una serie de requisitos que dependen del motivo impugnatorio alegado, esto es, por conculcación de la legalidad vigente o lesión grave al interés de terceros. Específicamente, en los supuestos que la autoridad laboral se haya dirigido a la jurisdicción competente por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias por razón de sexo, aquélla podrá recabar el asesoramiento y, en su caso, poner en conocimiento del Instituto de la Mujer o de los organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas tal comunicación de oficio, en función de su ámbito territorial (art. 90.6 TRLET). Sin perjuicio de esta puesta en conocimiento, el Instituto de la Mujer no adquirirá la condición de parte en la modalidad de oficio.

Se trata de un documento escrito que debe reunir, además de los requisitos generales de la demanda (art. 80 LJS), unos requisitos específicos establecidos en los párrafos 1 y 2 del art. 164.1 LJS para la comunicación de oficio, requisitos específicos que coinciden con los establecidos para la demanda, siguiendo lo estipulado en el art.

165.3 LJS. Junto a la comunicación de oficio o la demanda, la autoridad laboral, o, el legitimado activo, respectivamente, ha de incluir tantas copias del convenio colectivo impugnado como representaciones demandadas y una más para el Ministerio Fiscal (art. 165.3 LJS).

En caso de ausencia de alguno de los requisitos mínimos de la demanda o de la comunicación de oficio, con carácter general, "El Secretario judicial advertirá a la parte de los defectos u omisiones de carácter formal en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días" (art. 81.1 LJS). Este plazo destinado a subsanar los defectos, omisiones o imprecisiones apreciadas por el Secretario Judicial se prolonga hasta diez días, cuando tales incidencias concurren en la comunicación de oficio presentada por la autoridad laboral (art. 164.3 LJS). En el supuesto de que tales defectos u omisiones no hayan sido debidamente subsanados, a juicio del Secretario Judicial, éste "...dará cuenta al Tribunal para que por el mismo se resuelva sobre su admisión.» (art. 81.2 LJS).

Por último, el art. 27.1 LJS ya no se prohíbe taxativamente que, en un mismo juicio, puedan acumularse a otras las acciones de impugnación de convenios colectivos. Actualmente, si se ejercitaran acciones indebidamente acumuladas, el secretario judicial requerirá al demandante para que en el plazo de cuatro días subsane el defecto, eligiendo la acción que pretende mantener. En caso de que no lo hiciera, o si se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las acciones, dará cuenta al tribunal para que éste, en su caso, acuerde el archivo de la demanda. Por ello, como se vio anteriormente, aunque se ha corregido el abuso de la excepción de inadecuación de procedimiento, para la doctrina legal "Constituye jurisprudencia reiterada de esta Sala, la facultad-deber que tiene el órgano judicial de conocer aquellas anomalías producidas en el proceso que, aún, no denunciadas afectan al orden público procesal. No cabe la menor duda que todo lo relativo al procedimiento adecuado afecta al orden público, y sin que quepa admitir --dado el carácter necesario de los preceptos que lo regulan-- un proceso convencional hecho a la medida de las partes o del propio órgano jurisdiccional.

Si a instancias de la Sala "a quo" y, a efectos de subsanar un defecto provocado por la indebida acumulación de la acción de conflicto colectivo y de impugnación de convenio colectivo, la parte demandante optó por ésta última, debió seguirse la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, regulada en el capítulo IX, del título II del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral vigente, artículos 160 a 163 inclusive, proceso en el que, atendiendo al interés general y público que en ellos se debate, es parte el ministerio Fiscal [artículo 161. b)].

La actuación de autos, prescindiendo de las normas establecidas por la ley para la sustanciación del proceso instado de impugnación de convenio colectivo, provoca, inexcusablemente --al no poder, en la fase actual, ser objeto de subsanación-- la nulidad de lo actuado", (STS de 8 de julio de 1994 (Recurso de Casación número 3626/1992).

Como es sabido, antes del comienzo del juicio oral, es preciso que se cite a las partes. Así, el art. 166.1 LJS, establece que el Secretario judicial citará a las partes mencionadas en el apartado 4º del art. 164 LJS, además del Ministerio Fiscal. En este punto, la regulación del proceso de impugnación de convenios colectivos mantiene la omisión acerca de cuál ha de ser el plazo en el que se debe citar a las partes. Por tanto, para rellenar el contenido de esta imprevisión se ha de acudir, en atención a la remisión a los trámites del proceso de conflictos colectivos, a la regulación establecida en esa modalidad procesal. En este último proceso, se establece que se citará a las partes dentro de los cinco días siguientes al de la admisión a trámite de la demanda (artículo 160.1 LJS). No obstante, las dudas surgen en relación con la determinación del plazo para el proceso de impugnación a instancia de la autoridad laboral en el que no está prevista la remisión expuesta. Ante tal laguna, cabe efectuar dos posibles interpretaciones: una: se ha de proceder a una interpretación analógica de la solución ofrecida para el proceso de oficio y, por tanto, el plazo, al igual que en el proceso de impugnación directa, sería de cinco días y, dos: se puede justificar que ante la ausencia de previsión en la regulación

de la modalidad procesal de impugnación de oficio, se acuda al proceso supletorio por excelencia de las modalidades procesales, esto es, el proceso ordinario (art, 102.1 LJS).

De seguir este último criterio, el plazo para citar a las partes sería de diez días siguientes a la presentación de la demanda (artículo 82.1 LJS). A mi parecer, esta última solución es la correcta en atención a que el proceso de oficio únicamente se remite al proceso ordinario.

En esta línea, en el supuesto previsto en el art. 164.5 LJS, esto es, cuando la comunicación de oficio presentada por la autoridad laboral no hubiera denunciante que sostenga la comunicación de oficio y, por tanto, la postulación corresponde a la representación legal de la correspondiente autoridad laboral, se establece que "se le concederá un plazo de veintidós días para la consulta a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado o al organismo que establezca su legislación propia" (art. 82.5 LJS).

En relación al proceso de impugnación directa, una vez presentada la demanda y citadas las partes, el Secretario Judicial señalará la fecha para la celebración del juicio, que tendrá lugar "en única convocatoria, dentro de los cinco días siguientes al de la admisión a trámite de la demanda" (artículo 160.1 LJS). Como es sabido, la urgencia en el despacho de estos asuntos será absoluta, si bien conservarán su preferencia los señalamientos fijados para los procesos de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. Tras la comparecencia de las partes al acto de juicio, éstas alegarán, en primer término la postura procesal que adopten, esto es, la exteriorización de su posición jurídica, de adhesión u oposición, respecto de la pretensión interpuesta (artículo 166.1 LJS).

El único pronunciamiento acorde con la función jurisdiccional en el marco de un proceso destinado, principalmente, a reforzar la preeminencia de la ley imperativa o prohibitiva frente a regulaciones convencionales transgresoras de las mismas es el de una sentencia de contenido "negativo", esto es, aquélla que se limita a suprimir la vigencia de los preceptos de rango inferior que entren en contradicción con los de rango superior cuando éstos se autocalifiquen como indisponibles para la negociación colectiva y, de este modo, evitar que tales preceptos convencionales puedan constituir fundamento jurídico válido para la regulación de algún aspecto de las relaciones individuales o colectivas que mantienen trabajadores y empresarios.

En tales casos en que se declare la nulidad, la renegociación es el único procedimiento para remediar el vacío provocado en la regulación convencional. Además, la declaración de nulidad sólo recae sobre el acuerdo final de la comisión negociadora y, por tanto, todos los trámites anteriores efectuados por la comisión negociadora desde su constitución hasta el momento de la declaración de nulidad resultan ser válidos, salvo que la declaración de nulidad se fundamente en el incumplimiento de alguno de los requisitos que jalonan el procedimiento de elaboración de los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.

En atención a las peculiaridades expuestas de este tipo de sentencias, no es extraño afirmar que el juzgador se comporta como si de un auténtico "negociador negativo" se tratara, esto es, la declaración de nulidad del convenio colectivo va a extender sus efectos, a las partes intervinientes en el proceso de impugnación, y, también, a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación, sin embargo, en mi opinión, no es preciso atribuir carácter "normativo" a las sentencias dictadas en la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos para explicar los efectos que le son propios.

En relación con la extensión de sus efectos, es preciso resaltar que la sentencia del proceso de impugnación de convenios colectivos, desde la entrada en vigor de la

LJS, "una vez firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso" art. 166.2 in fine. Este precepto, es preciso ponerlo en relación con el efecto aparejado en las sentencias de inaplicación de los convenios colectivos que, como es sabido, el art. 163.4 LJS exige que el Juez o Tribunal las ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal para que éste, en su caso, las impugne por la vía directa.

Pues bien, lo que se pretende con lo dispuesto en el art. 163.4 y en el art. 166.2 LJS es el mismo objetivo, esto es, la inexistencia de sentencias contradictorias en materia de control de legalidad de un mismo convenio colectivo. Esto se condiciona, como no podía ser de otra manera, a la firmeza de la sentencia del proceso de impugnación y produce efectos de cosa juzgada en todo tipo de procesos. En mi opinión, nada tiene esto que ver con un efecto *ex tunc* de la sentencia, puesto que la extensión de estos efectos requiere que los procesos individuales estén aún pendientes de resolución. Es más, lo lógico sería, aunque se echa en falta una previsión al respecto en la LJS, que se paralizara la tramitación de las demandas individuales de nulidad hasta que no se obtuviera firmeza la pretensión instada por los sujetos legitimados para ello en el art. 165 LJS.

En el art. 166.3 LJS se prevé que la sentencia declare la nulidad total del convenio colectivo impugnado. En concordancia con estos preceptos, el art. 90.1 TRLET exige que los convenios colectivos estatutarios deban celebrarse por escrito, de lo contrario, se impone la sanción de nulidad, puesto que la exigencia de forma escrita constituye un requisito "*ad solemnitatem*" para la validez de estos convenios colectivos atendiendo a las exigencias derivadas de los principios de seguridad jurídica y publicidad presentes en el sistema de la negociación colectiva. Por las mismas razones, la falta de forma escrita en los convenios colectivos ajenos a la regulación del Título III del Estatuto de los Trabajadores lleva aparejada su nulidad total.

Como es lógico, este tipo de nulidad provoca la expulsión del convenio colectivo del ordenamiento jurídico y la desaparición de todos los efectos jurídicos que haya ocasionado con anterioridad a la declaración de su nulidad, esto es, como si el convenio colectivo nunca hubiera existido.

Junto a este tipo de nulidad derivado de la falta de forma escrita, la jurisprudencia ha establecido otro tipo de efectos en las sentencias que reconocen la nulidad total de los convenios colectivos estatutarios, cuando ésta se deriva del incumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos en su procedimiento de elaboración, esto es, el previsto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.

En estos casos, el fallo de la sentencia declara la nulidad total del convenio colectivo estatutario por los motivos antes expuestos y salva su validez como convenio colectivo de eficacia limitada. Esta conversión, a juicio de la práctica judicial y de la doctrina mayoritaria, se condiciona al hecho de que el convenio colectivo extraestatutario haya observado los requisitos generales exigidos para la validez de los contratos y previstos en el Código Civil.

En este sentido, se afirma que si el convenio colectivo no reúne todos los requisitos establecidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, ciertamente, perderá su condición de convenio colectivos con eficacia personal "erga omnes", pero, no puede dejar de reconocerse la existencia de un pacto de eficacia limitada, esto es, aplicable a las partes firmantes y a los sujetos afiliados a las mismas si reúne los requisitos que el Código civil exige a los acuerdos entre las partes.

Junto a la declaración de nulidad total, del art. 166.3 LJS se colige que el resultado del control judicial efectuado a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos podrá consistir en una declaración de nulidad parcial, esto es, aquélla que se limita a la expulsión del ordenamiento jurídico de

aquellos preceptos convencionales que conculcan la legalidad vigente o lesionan gravemente el interés de terceros, dejando, en su caso, a salvo la validez del resto del convenio colectivo en su vertiente estatutaria.

En los supuestos de declaración de nulidad parcial se plantea cuál ha de ser el significado y efectos de las llamadas cláusulas de vinculación a la totalidad que pretenden salvaguardar lo que se denomina el equilibrio interno del convenio colectivo. Afortunadamente, se trata de un problema que la jurisprudencia ha resuelto ya satisfactoriamente. En este sentido, se afirma que "...la tesis del equilibrio interno del convenio, que tiene como punto de partida el carácter contractual y sinalagmático del mismo, en razón a que las disposiciones de determinados preceptos de todo convenio colectivo se compensan, corresponden y contrarrestan con lo que se ordena en otros preceptos del mismo, de modo tal que en la regulación estatuida en el Convenio compone o construye una estructura equilibrada de situaciones, obligaciones y derechos, en la que se considera que las partes intervinientes en la negociación del mismo consiguen una estabilidad o equivalencia entre las concesiones hechas y las ventajas obtenidas, equivalencia que quebraría en el supuesto de que algunas normas concretas del convenio fuesen anuladas, perviviendo el resto. Por ello, los defensores de esta tesis del equilibrio del convenio, sostienen que en tales casos debe decretarse la nulidad" total del pacto colectivo al quedar roto el sinalagma de concesiones recíprocas que se habían estipulado; sobre todo cuando en el propio convenio se establece una cláusula de vinculación a la totalidad.

Pero este criterio doctrinal, que encontró particular acogida en diversas resoluciones del extinguido TCT, entró en franco declive en la década de los años noventa, no siendo posible actualmente seguir propugnando su vigencia y aplicación. Las razones que justifican el abandono de la referida tesis, son en esencia las siguientes:

a) En primer lugar, no parece muy acertado mantener que el equilibrio interno del convenio se rompa por causa de la anulación de uno o varios preceptos del mismo que infrinjan normas legales de derecho necesario, toda vez que precisamente dicho

equilibrio se asienta sobre la base intangible e inalterable de estas normas de derecho necesario, y ha de entenderse establecido y construido por todas aquellas cláusulas del convenio que respeten esas normas, no pudiendo computarse a tal efecto las cláusulas que las vulneran.

b) La doctrina comentada otorga al convenio una desmesurada protección, casi inmunidad, frente a las impugnaciones parciales del mismo, es decir, frente a las impugnaciones de artículos o cláusulas concretos de él, por cuanto que aquéllos que estimen que esos artículos o cláusulas específicos vulneran una disposición legal de derecho necesario o incluso una norma de la CE, ven reducidas sus posibilidades de actuación a la siguiente alternativa: o bien instan la total "nulidad de tal pacto colectivo o bien se abstienen de formular impugnación alguna; dado que la impugnación de los preceptos concretos si prosperase provocaría también la nulidad" total del convenio, según la tesis comentada. Si a esto se añade que generalmente la declaración de "nulidad total de un convenio comporta un cúmulo de perjuicios e inconvenientes para todos aquellos comprendidos en el ámbito de aplicación del mismo, en especial para los trabajadores, que pierden los derechos y ventajas que tal convenio les había reconocido, volviéndose a aplicar unas condiciones de trabajo ya superadas y obsoletas, que correspondían a un período anterior y ya vencido; se comprende perfectamente que, de seguirse propugnando la referida doctrina del equilibrio del convenio, la inclusión en cualquiera de ellos de una cláusula de vinculación a la totalidad, constituya un verdadero blindaje o coraza frente a un buen número de posibles impugnaciones, puesto que en no pocos casos quienes estaban interesados en formular tales impugnaciones, renunciarán a ello a la vista de las muy graves consecuencias y daños que de las mismas pueden derivarse.

Por consiguiente, interpretar las cláusulas de vinculación a la totalidad de un convenio en un sentido tan literal y extremado como lo hace la doctrina del equilibrio negocial, supone abrir un amplio portillo para poder vulnerar el principio de legalidad que en nuestro ordenamiento proclama con carácter fundamental y genérico el art. 9.3 CE, y en relación estricta con la negociación colectiva lo recoge el art. 85.1 ET; y además constituye un fuerte obstáculo para la plena vigencia del derecho fundamental a

la tutela judicial efectiva que reconoce e instaura el art. 24.1 CE, dado que tal interpretación de las cláusulas de vinculación a la totalidad de los convenios colectivos, de hecho provoca un numeroso y frecuente abandono del ejercicio de acciones judiciales por parte de aquéllos que tenían pleno derecho a las mismas.

Es por ello por lo que en los últimos 10 años la doctrina, tanto jurisprudencial como científica, ha puesto en tela de juicio la referida tesis del equilibrio del convenio. Y así la TC S 189/1993 de 14 Jul., manifestó que «por encima de esta situación de equilibrio interno producto del pacto están las normas de Derecho necesario»; y la sentencia de la Sala 4ª del TS de 29 Oct. 1990 explicó que aun cuando «es cierto que todo convenio constituye un todo unitario... ello no significa, de ninguna forma, que por tal causa tenga que aplicarse y que se considere válido y eficaz un precepto del convenio que infringe claramente la CE».

Así pues, no puede considerarse acertado el entendimiento de las cláusulas de vinculación o sometimiento a la totalidad que propugna la tesis del equilibrio contractual del convenio, pues otorga a éstas un sentido y alcance que no se corresponden con los caracteres, conformación y fines de la negociación colectiva, ni tampoco con la verdadera naturaleza y objetivos de tales cláusulas. La interpretación adecuada de las mismas no impide, ni puede impedir las impugnaciones parciales o de preceptos concretos de un convenio colectivo, ni obliga a que las consecuencias de tales impugnaciones tengan que pasar necesariamente, si prosperan, por la "nulidad de todo el correspondiente convenio; antes al contrario, aunque existan en un convenio cláusulas de vinculación a la totalidad, la estimación de las demandas de impugnación de disposiciones específicas del mismo no lleva necesariamente consigo la declaración de la nulidad" total de ese convenio, puesto que la consecuencia normal o propia de tal estimación será únicamente la declaración de la "nulidad total de la eficacia del artículo o artículos concretos del convenio que fueron objeto de tal impugnación".(STS de 22 de septiembre de 1998, Recurso de Casación número 263/1997).

Una vez dictada la sentencia, especialmente si es anulatoria, ésta se comunica a la autoridad laboral a los efectos de su depósito y registro. Los artículos 166.2 LJS y 303 del LJS se establece que la sentencia que se dicta en esta modalidad procesal será ejecutiva desde que se dicte, no obstante el recurso que contra ella pudiera interponerse y sin perjuicio de las limitaciones que pudieran acordarse para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación.

El régimen jurídico que se establece para la ejecución de la sentencia en la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos se aparta de la regla general de la ejecución de las sentencias. Este tratamiento particular consiste en otorgar un tratamiento a las sentencias dictadas en instancia como si fueran auténticas sentencias firmes al considerarlas inmediatamente ejecutivas, con independencia que se interponga el correspondiente recurso de suplicación o casación.

Como es sabido, en general todas las sentencias contienen una fecha que coincide con el día en que el Juez o Tribunal ha dictado el fallo. Una vez se ha dictado, se notifica a las partes el contenido de la misma para que, a partir del momento en que se les notifica, puedan instar los correspondientes trámites de ejecución de las sentencias en sus propios términos. Sin embargo, en la modalidad procesal sobre impugnación de convenios colectivos se adelanta el momento en que se puede iniciar la ejecución porque el contenido de la misma está predeterminada por el propio art. 166.3 LJS.

XI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 7 de noviembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 1 de Valladolid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimo la demanda interpuesta por Don Bartolomé contra la empresa QUAVITAE SERVICIOS ASISTENCIALES, declaro la improcedencia del despido y condeno a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración, debiendo el trabajador en el plazo de CINCO DÍAS, contados a partir de la notificación de esta resolución, optar entre la readmisión en las mismas condiciones que reglan antes de producirse el despido o por el abono de una indemnización de 39456 euros. En el supuesto de no optar el trabajador por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera. Cualquiera que sea la opción ejercitada por el trabajador, la empresa deberá abonar los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 45,72 euros diarios. Se absuelve a CRUZ ROJA ESPAÑOLA OFICINA AUTONÓMICA DE CASTILLA Y LEÓN de las pretensiones deducidas en su contra en este proceso».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «Primero.- El demandante, Don Bartolomé, con DNI nº NUM000, ha venido prestando servicios para Cruz Roja Española Oficina Autónoma de Castilla y León con una antigüedad de 1/01/1993, categoría profesional de Operador Central, jornada de 30 horas semanales en el centro de trabajo de Valladolid, y percibiendo un salario mensual de 1.390,55 Euros, con inclusión de pagas extras. Segundo.- En el contrato de 6/10/1997 se hace constar que el objeto del presente contrato es "ATENDER CENTRAL DE TELEASISTENCIA Y CENTRO DE COORDINACIÓN DE LA ASAMBLEA AUTONÓMICA DE CRUZ ROJA EN CASTILLA Y LEÓN". Tercero.- El actor es representante de los trabajadores desde el 13/03/2012. Cuarto.- Cruz Roja tenía adjudicado el contrato de teleasistencia en el municipio de Ponferrada por adjudicación del citado Ayuntamiento. Quinto.- Con fecha 14/03/2014, el Ayuntamiento de Ponferrada comunica a Cruz Roja que: "Por medio del presente se le informa que una vez adjudicado el contrato de servicio de TELEASISTENCIA DOMICILIARIA EN EL MUNICIPIO DE PONFERRADA a la empresa QUAVITAE SERVICIOS ASISTENCIALES, conforme al Pliego de Condiciones Técnicas, en el

plazo de dos meses a contar desde el 10 de marzo de 2014 se debe proceder a realizar las gestiones pertinentes, tales como comunicación de datos de los usuarios a la nueva entidad, sustitución de terminales etc., para que la misma comience con la prestación del servicio". Sexto.- Con fecha 4/04/2014 se le comunica al actor lo siguiente: "Estimado Trabajador: Le informamos que el Excmo. Ayuntamiento de Ponferrada, para quien prestamos el Servicio de Teleasistencia Domiciliaria, programa en que usted trabaja, ha adjudicado la contratación del mismo a la empresa S.A.R. QUAVITAE . Por tanto, la relación laboral que mantenemos quedará extinguida con fecha 20 de abril de 2014, al subrogarse en la misma la citada empresa S.A.R. QUAVITAE, pasando usted a integrarse en su plantilla de trabajadores a partir del 21 de abril de 2014. En este acto le adjuntamos propuesta de cantidades que por saldo y finiquito le corresponden en cumplimiento de la normativa laboral vigente. Sin otro particular que comunicarle, rogando firme la presente en prueba de recepción, le saluda atentamente". Séptimo.- El 16/04/2014 se le notifica que: "Estimado trabajador: Le informamos que la fecha de subrogación de su contrato laboral como Operador de Teleasistencia a la empresa S.A.R. QUAVITAE., nueva adjudicataria del Servicio de Teleasistencia Domiciliaria del Ayuntamiento de Ponferrada, y que le fue comunicada con fecha 4 de abril de 2014, se ha pospuesto hasta el 10 de mayo de 2014, al notificarnos la empresa adjudicataria que se remiten a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones Técnicas, en que se establece plazo de dos meses desde la fecha de adjudicación del contrato de 10 de marzo de 2014, para esta gestión. Por tanto, la relación laboral que mantenemos quedará extinguida con fecha 09 de mayo de 2014, al subrogarse en la misma la citada empresa S.A.R. QUAVITAE, pasando usted a integrarse en su plantilla de trabajadores a partir del 10 de mayo de 2014. En este acto le adjuntamos nuevamente propuesta de cantidades que por saldo y finiquito le corresponden en cumplimiento de la normativa laboral vigente. Sin otro particular que comunicarle, rogando firme la presente en prueba de recepción, se despide". Octavo.- Con fecha 6/05/2014 se le comunica lo siguiente: "Estimado trabajador: Por medio del presente escrito le informamos que el día 10 de mayo de 2014 dejará usted de pertenecer a la plantilla de la Cruz Roja Española, siendo dado de baja en la misma y debería pasar a pertenecer a la plantilla de la empresa S.A.R. QUAVITAE, en virtud de la subrogación por parte de esa empresa del contrato de trabajo que usted tiene con Cruz Roja Española. Como se le informó en su día el

Ayuntamiento de Ponferrada (León), ha adjudicado el Servicio de Teleasistencia Domiciliaria del citado Ayuntamiento a la empresa S.A.R. QUAVITAE, con domicilio en C/ San Máximo, 3-9 Edificio B- la Plante - 28041 Madrid, con CIF: B-65022311. Este servicio hasta ahora venía siendo desarrolla por Cruz Roja Española, y al cual usted pertenece. Por ello y en virtud de la aplicación de los artículos 70 y 71 del vigente VI Convenio Colectivo marco estatal de Servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la autonomía personal, la empresa adjudicataria del servicio tiene la obligación de subrogarse en su contrato de trabajo con el mantenimiento de sus condiciones laborales. Habiendo recibido con fecha 30 de abril certificado de la Secretaría General del Ayuntamiento de Ponferrada, en que se nos notifica como nueva fecha de finalización del servicio por esta entidad el 10 de mayo de 2014, le informamos que a partir del día 10 de mayo de 2014 se extinguirá su relación laboral con Cruz Roja Española y debería pasar usted a integrar la plantilla de la empresa S.A.R. QUAVITAE desde el 11 de mayo de 2014, manteniendo su salario y su antigüedad, tal y como establecen los artículos 70 y 71 del citado Convenio Colectivo . Copia de esta carta se entrega a sus representantes legales y también a la empresa S.A.R. QUAVITAE, la cual ya ha sido informada de su obligación en materia de subrogación, y a la que se le ha entregado toda la documentación exigida por el citado Convenio Colectivo. Junto con esta carta ponemos a su disposición la cantidad que le corresponda en concepto de liquidación de haberes con esta entidad". Noveno.- Con fecha 4/04/2014, Cruz Roja Española notifica a la empresa S.A.R. QUAVITAE Servicios Asistenciales el siguiente escrito: "Estimados/as Señores/as: Con fecha 14 de marzo de 2.014, el Excmo. Ayuntamiento de Ponferrada no ha notificado la adjudicación del contrato indicado a la empresa S.A.R. QUAVITAE y el plazo máximo de dos meses desde el 10 de marzo de 2014 para realizar las gestiones pertinentes para finalizar la prestación de servicio y que éste pueda ser iniciado por ustedes. Les informamos que, al haber resultado su empresa la nueva adjudicataria, Cruz Roja Española en León cesará en la prestación del citado servicio con fecha 20 de abril de 2.014 y, en cumplimiento del artículo 70 del Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y desarrollo de la autonomía personal (BOE N° 119 de 18/05/2012), para la subrogación del personal de esta empresa adscrito al Servicio de Teleasistencia, les hacemos entrega en este acto de la

siguiente documentación: 1. Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de las cuotas de Seguridad Social, así como una declaración jurada del Secretario Autonómico acreditando este extremo. 2. Certificación individual de cada trabajador en que constan los datos siguientes en relación con el personal de Teleasistencia que se subroga:

- Apellidos u nombre
- NIF
- Domicilio
- N° Seguridad Social
- Tipo Contrato
- Antigüedad- Jornada y horario
- Vacaciones
- Conceptos retributivos no incluidos en convenio.
- Otras condiciones y pactos.

3. Fotocopias de las nóminas, TC! Y TC" de los últimos 7 meses.

4. Fotocopia de contrato de trabajo.

5. Certificación de horas totales de trabajo por categoría de la Central de Teleasistencia y de Unidad de Servicio, aportando copia de TC2 de los últimos 12 meses del personal adscrito tanto a la Central de Teleasistencia como a las Unidades de Servicio Territorial de León y Ponferrada, a efectos de acreditar el cumplimiento de la proporcionalidad de personal subrogado en las categorías de instalador (1 persona jornada completa), - auxiliar administrativo (1 persona 37,5% jornada) y operador (1,19 jornadas completas: 1 persona 85, 7% y una persona 33% jornada). 6. Certificación de usuarios a efectos de la Unidad de Servicio Teleasistencia y Central de Teleasistencia objeto de la contrata y totales. Les informamos que la finalización de la prestación de servicios por parte de Cruz Roja Española se hará efectiva el 20/04/2014, iniciándose la relación laboral con los trabajadores el 21/04/2014 en su empresa". Décimo.- Mediante

escrito de 16/04/2014 la empresa S.A.R. QUAVITAE notifica a Cruz Roja Española lo siguiente: "Muy Sres. Nuestros: Habiendo valorado el Pliego de Condiciones del concurso de Servicios de Teleasistencia Domiciliaria de Ponferrada, les comunicamos que la documentación que enviaron el pasado día 4 de abril relativa a varios/as trabajadores/as de su plantilla, no procede entregarla a nuestra entidad al no venir obligada a la subrogación de su personal, al igual que el posterior burófax remitido a nuestra empresa el pasado día 10 de abril. Por todo ello, les comunicamos que vamos a proceder a la devolución de la documentación mediante envío por mensajero a su dirección". Undécimo.- El 12/05/2014 el actor se presentó en la sede de la Oficina Autonómica de Cruz Roja en Castilla y León y se le informó que ése ya no era su centro de trabajo al haber finalizado su relación laboral con Cruz Roja por la subrogación de su contrato a la empresa S.A.R. Quavita e Servicios Asistenciales. Duodécimo.- Por el Secretario del Comité Autonómico de Cruz Roja Española en Castilla y León se certifica: "Que las cifras de aplicación a efectos de cálculo de jornadas a subrogar en aplicación del Convenio Colectivo Servicios de Atención a Personas dependientes son: N° terminales adscritos a la contrata Ayuntamiento de Ponferrada son 615. N° usuarios totales atendidos por Teleasistencia Castilla y León: 15.199. Proporción que representa la contrata Ayuntamiento Ponferrada respecto del total: 4,05%.Puesto que el total de horas de personal adscrito a Central de Teleasistencia en categoría de Operador Teleasistencia son 49.400, aplicando la proporción de 4,05% resultan un total de 2.000,70 horas anuales de trabajo a subrogar, lo que se traduce en 1,10 jornadas completas. Lo que se certifica a efectos de acreditación de cumplimiento de lo previsto en el artículo 70 del Convenio Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal". Decimotercero.- El Censo Plantilla de Operadores Teleasistencia de Cruz Roja en Castilla y León es el que consta al folio 220, el cual se da íntegramente por reproducido. Decimocuarto.- Ni en el pliego de cláusulas administrativas ni en el de prescripciones técnicas para la contratación del servicio de teleasistencia domiciliaria del Ayuntamiento de Ponferrada se hace referencia alguna a la subrogación de trabajadores en caso de cambio de la adjudicataria del servicio. Decimoquinto.- El demandante presentó conciliación previa el 23/05/2014, celebrándose el acto el 5/06/2014, con el resultado de "sin avenencia"».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación legal de D. Bartolomé y de Quavitae Servicios Asistenciales se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, sede de Valladolid, dictó sentencia en fecha 28 de mayo de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Que DESESTIMANDO los recursos de Suplicación interpuestos por Don Bartolomé y por la mercantil SAR QUAVITAE contra la Sentencia del Juzgado de lo Social N° 1 de Valladolid, de fecha 7 de noviembre de 2.014, (Autos núm. 545/2014), dictada a virtud de demanda promovida por Don Bartolomé contra precitada recurrente y CRUZ ROJA ESPAÑOLA sobre DESPIDO, y en su consecuencia, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia recurrida, CONDENANDO asimismo a la empresa recurrente SAR QUAVITAE al pago de las costas causas en las que incluimos en concepto de honorarios de Letrado impugnante del recurso la cantidad de 400.-euros».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, por la representación letrada de Quavitae Servicios Asistenciales se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 14 de noviembre de 2014 (rec. 2228/2014).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, excepto por D. Bartolomé, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 4 de julio de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El trabajador ha venido prestando servicios por cuenta Cruz Roja Española desde el 1 de enero de 1993, constando en el contrato suscrito el 6 de octubre de 1997 que el mismo tenía por objeto "atender central de teleasistencia y centro de coordinación de la asamblea autonómica de Cruz Roja en Castilla y León" hallándose su centro de trabajo situado en Valladolid. Cruz Roja ha tenido adjudicado el contrato de teleasistencia del Municipio de Ponferrada hasta el 14 de marzo de 2014 en que pasó a

ser adjudicataria la codemandada Quavitae Servicios Asistenciales. El 4 de abril de 2014 Cruz Roja Española comunica al actor la extinción de la relación laboral con efectos del 20 de abril de 2014 y la subrogación con Sar Quavitae.

La sentencia de instancia estimó la demanda por despido frente a Quavitae y la desestimó frente a Cruz Roja española, resolución que fue confirmada en suplicación.

Reurre Quavitae en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 14 de noviembre de 2014 por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

En la sentencia de comparación se confirma la sentencia de instancia que había condenado a Cruz Roja Española por despido improcedente en la demanda interpuesta por una trabajadora frente a dicha entidad y a Quavitae S. A. R.

La demandante había suscrito contrato de duración determinada con Cruz Roja española el 16 de junio de 2012, "para desarrollar actividades de operadora auxiliar dentro del programa teleasistencia domiciliaria de acuerdo a prórroga hasta resolución de concurso para la ejecución de dicho servicio del convenio firmado con al FEMP". La Adjudicación del servicio de teleasistencia con Cruz Roja española finalizó el 1 de enero de 2013 si bien mientras duró el periodo de licitación para la adjudicación de aquel, Cruz Roja ha venido prestando ese servicio que finalmente fue adjudicado a Quavitae S .A R., estimándose la finalización de los servicios de Cruz Roja para el 18-20 de febrero de 2014, una vez hubiera concluido el proceso de instalación de los nuevos terminales por parte de la adjudicataria. El contrato con Quavitae tiene fecha de 21 de enero de 2014.

Cruz Roja Española remitió a Quavitae la oportuna comunicación junto con la documentación relativa a los trabajadores.

La sentencia considera que no es de aplicación el artículo 70.1 del Convenio Colectivo sectorial por no concurrir el presupuesto de que la actora hubiera estado adscrita exclusivamente al servicio de teleasistencia domiciliaria de Avilés que es el que constituye el objeto del contrato entre el Ayuntamiento de Avilés y la empresa Quavitae. Así, el contrato de obra o servicio determinado suscrito con la la trabajadora no establece su adscripción a un determinado servicio de teleasistencia, sino que se

formaliza para desarrollar las actividades de operadora auxiliar dentro del programa de Teleasistencia domiciliaria firmado con la FEMP actividad que siguió desempeñando tras finalizar la vigencia de ese convenio el 1 de enero de 2013, añadiendo que consta probado que figura como personal a subrogar en el Servicio de teleasistencia en Gijón , lo que evidencia que no ha estado adscrita de manera exclusiva al servicio que la recurrente sino que la actividad de operadora siguió desempeñando tras finalizar la vigencia de ese convenio.

En definitiva la tesis aplicada por la sentencia supone afirmar que el contrato se celebró con la F E M P y ello supondría la prestación indistinta en cualquiera de los municipios de la federación en lugar de serlo tan solo en una determinada contrata. Por el contrario la recurrida considera de aplicación el artículo 71 del mismo convenio, norma que no condiciona la obligación de subrogar a la adscripción exclusiva de los trabajadores de la empresa saliente, habiendo satisfecho la saliente, Cruz Roja Española suficientemente las obligaciones de información convencional, todo lo cual lleva a la Sala a desestimar los recursos del trabajador y de la empresa entrante, Quavita e frente a la sentencia dictada en instancia.

Pese a las peculiaridades que pudiera revestir cada uno de los litigios enfrentados, existe, entre ambos notas comunes que permiten establecer la contradicción. En ambos se ha planteado la cuestión relativa a la necesidad de que el trabajador afectado por el cambio de titular de la contrata preste servicios con carácter exclusivo en aquella a la que se refiere el servicio, en los dos casos ha existido un pliego de condiciones del que no se ha aportado dato que sirva de manera decisiva para resolver la cuestión. Ninguno de los dos trabajadores ha prestado servicios en exclusiva para la contrata. Así, en la recurrida el contrato se celebra para prestar servicios en la Central de Teleasistencia de la Cruz Roja Española, resultando afectada por el cese en la adjudicación la actora que corresponde al Ayuntamiento de Ponferrada. En la sentencia de contraste, la trabajadora suscribió el 15 de junio de 2012 contrato con Cruz Roja para prestar servicios en la contrata con la F E M P contrato que finalizó el 1 de enero de 2013 si bien la anterior contratista Cruz Roja debía permanecer hasta el fin del proceso de nueva citación, calculado para el 18 o 20 de febrero de 2014. La nueva adjudicación tuvo lugar el 21 de enero de 2014 y nos estamos refiriendo al Ayuntamiento de Gijón.

Mientras la sentencia de comparación se atiene estrictamente a lo dispuesto en el artículo 70 del Convenio Sectorial del que sin embargo dice aceptar su aplicación a efectos meramente dialécticos, la sentencia recurrida entiende que no es de aplicación el artículo 70 del mismo convenio y acude al artículo 71. El tenor literal de los respectivos artículos es el siguiente:

«Artículo 70.- Adscripción del personal en las empresas, centros y servicios afectados por el ámbito funcional de presente convenio.- Con el fin de mantener la estabilidad del personal en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación:

1.- Al término de la concesión de una contrata, el personal adscrito a la empresa saliente, de manera exclusiva en dicha contrata, pasará a estar adscrito a la nueva empresa titular de la contrata quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, debiendo entregar al personal un documento en el que se refleje el reconocimiento de los derechos de su anterior empresa, con mención expresa al menos a la antigüedad y categoría, dentro de los 30 días siguientes a la subrogación.

En este sentido, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo precedente, para que el personal adscrito a la empresa saliente sea subrogado, deberá concurrir alguno de los siguientes supuestos:

a) Personal en activo que vengán prestando sus servicios para la empresa saliente con una antigüedad mínima de 3 meses, sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo.

b) Personal que en el momento del cambio de titularidad de la contrata, se encuentren en suspensión del contrato con derecho de reincorporación (con enfermedad, accidentados/as, en excedencia; baja maternal, etc.) y que reúna con anterioridad a la suspensión de su contrato de trabajo la antigüedad mínima establecida en el apartado a).

c) Personal que con contrato de sustitución, supla a alguno del personal mencionado en los apartados a) y b).

d) Personal de nuevo ingreso que, por exigencias de la empresa o entidad contratante, se haya incorporado al centro, como consecuencia de la ampliación del contrato dentro de los últimos 90 días.

La empresa cesante deberá comunicar al personal afectado la pérdida de la adjudicación de los servicios, así como el nombre de la nueva empresa adjudicatario tan pronto tenga conocimiento de dichas circunstancias.

2) Todos los supuestos anteriormente contemplados se deberán acreditar fehaciente y documentalmente por la empresa saliente a la empresa entrante, con una antelación mínima de 15 días naturales antes de la fecha del término de su contrata o en el plazo de los 3 días hábiles siguientes a la fecha desde que tuviese conocimiento expreso formal de la adjudicación, si ésta fuera posterior, la documentación siguiente:

a) Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de las cuotas de la Seguridad Social, así como una declaración jurada de la empresa saliente en este sentido.

b) Certificación en la que se haga constar, en relación a la totalidad del personal de plantilla a subrogar, lo siguiente:

Apellidos y nombre

D.N.I. Domicilio

Nº de la seguridad social

Tipo de contrato

Antigüedad

Jornada y horario

Fecha de disfrute de las vacaciones

Conceptos retributivos no incluidos en convenio

Otras condiciones y pactos

Fotocopias de las nóminas, TC1 y TC2, de los últimos siete meses de la totalidad del personal a subrogar.

Fotocopia de los contratos de trabajo

d) Documentación acreditativa de la situación de excedencias, incapacidad temporal, baja maternal y paternal, interinidad o sustitución análoga del personal que, encontrándose en tal situación, deben de ser adscritos a la nueva adjudicataria del servicio.

e) En cualquier caso, el contrato, de trabajo entre la empresa saliente y el personal sólo se extingue en el momento que se produzca de derecho la subrogación del mismo a la nueva adjudicataria.

f) En caso de subrogación de representantes del personal durante su mandato (tanto del comité de empresa, como delegados/as de personal o de la sección sindical), la empresa entrante respetará las garantías sindicales establecidas en el presente convenio y demás legislación vigente.

Las personas que hubieran sido elegidas en proceso electoral referido al centro objeto de subrogación, mantendrán su condición de representantes del personal a todos los efectos en la nueva empresa concesionaria, siempre que el número total de representantes del personal no exceda del que pudiera corresponder por la plantilla.

No desaparece el carácter vinculante de este artículo en el caso de que la empresa adjudicataria del servicio suspendiese el mismo por un período inferior a los 2 meses; dicho personal con todos sus derechos se adscribirá a la nueva empresa.

Tampoco desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el arrendatario del servicio suspendiese el mismo por un período no superior a 6 meses, siempre que se acredite que el servicio se hubiese reiniciado con la misma u otra empresa.

Las empresas entrante y saliente respetaran siempre el calendario vacacional, concediéndose el disfrute total del período de vacaciones tal y como esté asignado en dicho calendario y con independencia de la parte proporcional de vacaciones que se haya devengado en cada empresa.

En el supuesto de que se produzca la subrogación una vez comenzado el año natural, la empresa entrante y la saliente realizarán las compensaciones económicas necesarias para el cumplimiento de lo anterior.

Caso de que no se produjera acuerdo entre ambas empresas en la compensación económica, la empresa en cuyo seno se haya disfrutado el período vacacional completo descontará en la nómina de trabajador o trabajadora o, en su caso, en la liquidación la cantidad correspondiente al período devengado en la otra empresa; la empresa en cuyo seno no se disfruten vacaciones abonará al personal la parte proporcional de vacaciones que le corresponda junto con la liquidación o en la primera nómina, según el caso.

En los casos de falta de acuerdo, la empresa que no haya cotizado a la seguridad social el período correspondiente a las vacaciones devengadas vendrá obligada a abonar a la otra empresa la cantidad correspondiente a dichas cotizaciones.

De la efectiva compensación económica entre las empresas se entregará copia a la representación unitaria o sindical del personal, a la asociación empresarial y a la comisión paritaria del convenio.

El personal percibirá de la empresa cesante la liquidación de los haberes y partes proporcionales de gratificaciones que le pudieran corresponder.

El mecanismo de subrogación, definido en el presente artículo operará automáticamente con independencia del tipo de personalidad de la empresa de que se trate, ya sea física, jurídica o de cualquier clase.

La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes que vincula: empresa o entidad pública cesante y nueva adjudicataria.

g) La adjudicataria saliente tendrá la facultad de acordar libremente con las personas afectadas por la subrogación la permanencia en su plantilla, sin que ello genere a la adjudicataria entrante la obligación de asumir el vínculo con un personal diferente.

Artículo 71.- Adscripción del personal en las empresas dedicadas al servicio de teleasistencia.

Teniendo en cuenta lo manifestado en el artículo precedente y, dado el carácter específico del sector de la teleasistencia, en caso de finalización, pérdida, rescisión,

cesión o rescate de una contrata mercantil, de un conjunto de contratas, siempre que se extingan simultáneamente), el procedimiento a seguir será el siguiente:

En atención a las características del sector, únicamente se consideran subrogables la plantilla perteneciente a las categorías de los grupos B, C y D. En consecuencia, las previsiones del presente artículo, y las obligaciones de asunción de personal que en él se regulan, no operarán en relación con el grupo A.

A efectos de determinar el número de trabajadores y trabajadoras a subrogar en cada una de las categorías existentes dentro del grupo B, C y D, en caso de pérdida de una contrata, deberán realizarse los cálculos que se detallan a continuación.

En el caso de que la extinción afecte a una central de teleasistencia y a una o varias unidades de servicio, se realizarán por separado para la central de teleasistencia y para la unidad o las unidades de servicios, de manera que se obtenga, por separado, el número de personas a subrogar en la central de teleasistencia y el número de personas a subrogar en la unidad o las unidades de servicio. A estos efectos se entenderá por:

Central de teleasistencia: 'Unidad productiva con sustantividad propia compuesta al menos por un servidor informático, una unidad receptora y distribuidora de llamadas y puestos de personal teleoperador; de forma que al menos uno de los puestos cuente con un turno cerrado de operadores que atiendan el servicio las 24 horas del día, los 365 días del año.

Unidad de servicio de teleasistencia: Equipo sin sustantividad propia y dependiente de una central de teleasistencia que presta servicios en un ámbito geográfico determinado, atendiendo a una o varias contratas mercantiles. Puede contar con puestos de atención, siempre que ninguno de ellos cuente con un turno cerrado de personal teleoperador que atiendan el servicio las 24 horas del día, los 365 días del año.

El procedimiento de cálculo será el siguiente:

1.3.1.- El número de personas que integrarán la plantilla saliente en cada categoría se calculará, a los solos efectos de subrogación, por el total de horas de trabajo realizadas (ordinarias, complementarias y extraordinarias) en la unidad de servicio y/o en la central de teleasistencia a que se encuentre adscrita la contrata que va a

extinguirse, durante los 12 meses naturales precedentes a la fecha de finalización de la contrata, incluyendo tanto las jornadas completas como las parciales; y se dividirá por la jornada anual establecida en el presente convenio. Dicho cálculo se realizará de forma diferenciada para cada una de las categorías existentes en la unidad, de servicio o en la central de teleasistencia. El cálculo del personal subrogable será proporcional al número de personas usuarias asignadas a la contrata saliente, en relación al total de personas usuarias asignadas a la contrata saliente, en relación al total de personas usuarias de la unidad de servicio o central de teleasistencia.

En todo caso, el proceso de subrogación entre empresas garantizará el empleo existente en el momento de la subrogación.

1.3.2.- El número de la plantilla calculada se aplicará a cada una de las categorías subrogables.

1.4.- Las personas concretas a subrogar, se determinarán, con independencia de la modalidad de su contrato laboral, de conformidad con los criterios siguientes:

1.4.1.- La empresa saliente, elaborará un listado que comprenda a todo el personal de cada categoría, cualquiera que sea su contrato, existente en la unidad de servicio o central de teleasistencia (en su defecto), con expresión de la fecha de antigüedad de cada trabajador y trabajadora, y su porcentaje de jornada contratada; y lo ordenará en orden descendente, de mayor a menor antigüedad.

Se excluirán en todo caso aquel personal que no cumplan los requisitos de antigüedad que se especifican en el artículo 60. 1 a), ya que estos no se considerarán subrogables.

El personal miembros del comité de empresa de la entidad cesante en el servicio se integrarán en las listas y formarán parte del colectivo a subrogar en las mismas condiciones que el resto del personal de la empresa.

1.4.2.- Atendiendo al número de trabajadores y trabajadoras a subrogar por categoría (calculado por el procedimiento establecido en el apartado 1.3) se elegirá alternativamente, una persona del comienzo y otro del final de la lista, hasta completar

el número total de jornadas a subrogar conforme la fórmula establecida en el apartado 1 .3.3.

1 .5.- Obligaciones de la empresa saliente:

La empresa saliente tiene obligación de remitir la documentación prevista en el artículo 60 y en los plazos allí fijados.

Además de dicha documentación se requiere la aportación de la declaración jurada suscrita por el apoderado de la empresa saliente, conforme al modelo que se deberá aprobar por la comisión paritaria, en la que se hagan constar, por separado, los datos siguientes adjuntando la documentación acreditativa:

Número de horas de trabajo en la central de teleasistencia y/o en la/las unidades de servicio que afecte la subrogación en los 12 meses anteriores a la fecha de convocatoria del concurso público, o en la fecha de petición de ofertas a las empresas (si la entidad destinataria del servicio no fuera una administración pública), acompañando a tal efecto los TC2 correspondientes al citado periodo, de todo el personal adscrito a la central de teleasistencia y/o a la/s unidad/es de servicio.

Número de personas; usuarias afectas a la contrata objeto de la subrogación, en la fecha de convocatoria del concurso público, o en la fecha de petición de ofertas a las empresas (si la entidad destinataria del servicio no fuera una administración pública), acompañando a tal efecto la certificación acreditativa emitida por la persona apoderada, con poder suficiente, de la entidad contratante del servicio.

Número total de personas usuarias afectas a la central de teleasistencia y a la/s unidad/es de servicio afectadas por la subrogación, en la fecha de la convocatoria del concurso público, o en la fecha de petición de ofertas a las empresas (si la entidad destinataria del servicio no fuera una administración pública), acompañando a tal efecto la certificación/es acreditativa/s emitida/s por persona apoderada, con poder suficiente, de la entidad/es contratante/s del servicio.

1.6.- La adjudicataria saliente tendrá la facultad de acordar libremente con las personas afectadas por la subrogación la permanencia en su plantilla, sin que ello genere a la adjudicataria entrante la obligación de asumir el vínculo con un personal diferente.»

A la vista de las circunstancias de hecho que concurren de cada controversia y la ratio decidendi de cada resolución cabe apreciar la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LJS.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción del artículo 70 del VI Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal , en lo sucesivo CCMESAPDDPAP.

Constituye el eje de la argumentación del recurso que la carta dirigida por Cruz Roja española al trabajador despedido hace referencia al artículo 70 del convenio antes citado así como el hecho acreditado en el ordinal primero del relato histórico según el cual el objeto del contrato suscrito con el demandante es de "atender central teleasistencia y centro de coordinación de la Asamblea Autonómica de Cruz Roja en Castilla y León".

La sentencia recurrida ha prescindido de la aplicación de artículo 70 del CCMESA PDDPAP, en el que efectivamente figura como requisito para que opere la subrogación a cargo de la empresa entrante la adscripción del personal de la saliente de manera exclusiva en dicha contrata y ha aplicado el artículo 71.

El citado precepto contempla una situación peculiar, la de las centrales de teleasistencia, a la que esté adscrita la contrata . Éste es el supuesto coincidente con la organización de teleasistencia de Cruz Roja, cuya central atiende diferentes territorios. El punto 1.3.1 del artículo 71 ya citado establece el número de personas que integrará la plantilla saliente en cada categoría por el total de horas realizadas en la central de teleasistencia a que se encuentre adscrita la contrata que va a extinguirse, durante los doce meses naturales anteriores precedentes a la fecha de finalización de la contrata, estableciendo una regla de cálculo de manera que el del personal subrogable será proporcional al del número de personas usuarias asignadas a la contrata saliente, en relación al total de personas usuarias de la unidad de servicio o central de teleasistencia .

La norma viene así a establecer una regla que resuelva la operatividad del personal al servicio de la central, mutatis mutandi, en modo fungible. Desaparece así la exigencia de adscripción exclusiva a la contrata al devenir irrelevante dado el funcionamiento de una central y de ahí la sustitución de la adscripción exclusiva por la

regla de proporcionalidad, conjurando de esta forma el riesgo de subrogar a un número de personas superior al que con exclusividad o sin ella nunca hubieran sido necesarias para atender la demanda de asistencia proveniente del territorio al que afecta la contrata.

En el caso de la sentencia de contraste se advierte, también, que la trabajadora fue contratada en el programa concertado por Cruz Roja con la F E M P, haciendo referencia los hechos declarados probados a dos Ayuntamientos, el de Gijón y el de Avilés, lo que indica también la existencia de una central de teleasistencia de Cruz Roja que atiende los distintos territorios ateniéndose la referencial estrictamente a las previsiones del artículo 70 del Convenio Colectivo para el Personal de la Oficina Autonómica de Cruz Roja en Castilla y León sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 71 del texto convencional.

Las consideraciones antes expuestas conducen a unificar lo resuelto con arreglo a la sentencia recurrida que al entender de esta Sala aplicó la buena doctrina ya que , por otra parte no se ha combatido las reglas de cálculo que Cruz Roja Española aportó para establecer el resultado de aplicar el artículo 71, precepto que también cita en la carta de despido sin limitarse a invocar el artículo 70 lo que por otra parte tampoco resultaría vinculante para la empleadora.

Por lo expuesto, visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso, con imposición de las costas a la recurrente, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo dar a las consignaciones el destino que legalmente corresponda.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Quavita e Servicios Asistenciales, representado por el Letrado D. Fernando Muñoz Lanza, contra la sentencia dictada el 28 de mayo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, en recurso de suplicación nº 296/2015. Con imposición de las costas a la recurrente, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo dar a las consignaciones el destino que legalmente corresponda.

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

Así se acuerda y firma.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 3 de mayo de 2013 el Juzgado de lo Social nº 11 de Sevilla dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1) Doña. Otilia ha venido prestando sus servicios para EMVISESA desde el día 12 de julio de 2006, en virtud de contrato de trabajo con la categoría profesional de gestor administrativo N-IV, percibiendo por ello un salario diario a efectos de despido de 80,75 euros.

2) A la relación laboral resulta de aplicación el Convenio Colectivo de la empresa.

3) En fecha 24 de febrero de 2012, se dicta laudo arbitral en la que se declara nula la constitución de la mesa electoral en el proceso electoral a que dio lugar el preaviso electoral nº 953/11.

El laudo obra a los folios 190 a 193 de las actuaciones y se da por reproducido.

Doña. Otilia formó parte de la candidatura de UGT presentada en fecha 27 de enero de 2012, en relación con el proceso electoral expresado.

La Consejería de Empleo dictó resolución de fecha 8 de marzo de 2012, por la que denegó el registro del acta electoral, indicando como razón de dicha decisión "en función de laudo arbitral"

Frente al laudo arbitral se presentó demanda.

En fecha 27 de julio de 2012, se celebra una asamblea de trabajadores. En la misma se acuerda declarar desierto el proceso de presentación de candidatos y se

acuerda promover nuevamente elecciones a representante de trabajadores. Se presenta preaviso de celebración de elecciones en fecha 27 de julio de 2012. Tras los trámites oportunos se realiza la votación y se eligen a 9 trabajadores como representantes, todos pertenecientes a la candidatura ATE.

En septiembre de 2012, la trabajadora le comenta a D. Humberto, responsable de recursos humanos de la empresa, que renuncia a formar parte de candidatura de UGT.

4) La evolución de la venta y alquileres de viviendas públicas desde enero de 2009 a 30 de septiembre de 2012 ha disminuido en un 93%.

En el año 2009 se iniciaron 245 viviendas, en el año 2010, 450, en el año 2011, 104 y en el año 2012, no se inició ninguna.

De las 16 obras que estaban en ejecución a octubre de 2012, a marzo de 2013, solo quedan en ejecución 10 obras, de las citadas, están paralizadas dos y siete tienen prevista su finalización en junio de 2013.

5) La trabajadora estaba adscrita al área de planificación, apoyo y control, sección de obras y proyectos que se dedica principalmente a la puesta en marcha, ejecución seguimiento y recepción de obras, en concreto la trabajadora se dedicaba principalmente a la gestión de postventa, esto es tramitación de reclamaciones de los compradores e inquilinos, e introducción de facturas en el sistema informático.

Junto con la actora, prestaba servicios un perito y un delineante dedicados a calificación de viviendas y vinculaciones y elaboración de catálogos.

6) El día 4 de octubre de 2012, la empresa demandada entrega a la actora carta donde se le comunica el despido objetivo por causas organizativas y productivas, con fecha de efectos de dicho día. La comunicación obra a los folios 8 a 10 de las actuaciones y se da por reproducida. La actora percibió cheque por importe de 10.094,22 euros.

7) Al menos 6 trabajadores más han sido despedidos en la misma fecha.

8) Tras el despido de la trabajadora, sus funciones son desarrolladas por los otros dos compañeros expresados en el hecho probado quinto.

9) La actora tenía concedido un préstamo por la empresa. En el acta de fecha 23 de mayo de 2008 está prevista como causa de cancelación de los préstamos, que el beneficiario pierda su condición de empleado de EMVISESA. Se da por reproducida la documental obrante en los folios 73 a 86 de las actuaciones.

10) Con fecha 22 de octubre de 2012, se presentó la correspondiente solicitud de conciliación, que se tuvo por intentada sin efecto con fecha 22 de noviembre de 2012. La presente demanda se interpuso el día 5 de noviembre de 2012.

En el acto de conciliación se formula reconvención, reclamando la suma de 416,54 euros por error en la liquidación abonada a la actora en concepto de descuento del real decreto.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda interpuesta por Doña. Otilia contra EMVISESA en reclamación por DESPIDO, debo declarar y declaro el mismo como DESPIDO OBJETIVO PROCEDENTE, condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración.

Se estima la demanda de reclamación de cantidad deducida por Doña. Otilia contra EMVISESA, condenando a ésta a abonar a aquella la suma de 5.268,37 euros.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Doña. Otilia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), la cual dictó sentencia en fecha 22 de octubre de 2014 , en la que consta el siguiente fallo:

«Que debemos estimar el recurso interpuesto por la representación Letrada de Doña Otilia, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 11, de Sevilla, de fecha 3 de mayo 2013 , recaída en los autos en Reclamación por Despido, instados por la recurrente, debiendo ser la misma revocada, declarando el despido improcedente, condenando a EMVISESA a que readmita a la actora en su puesto de trabajo, con pago de los salarios de tramitación o la indemnice en la cantidad de 45 días por año de servicio, por los períodos anteriores al 12 de febrero 2012, prorrateándose por meses los inferiores a un año y 33 días, por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año sin que

el importe indemnizatorio resultante pueda ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso, debiendo la actora en caso de readmisión, reintegrar la indemnización percibida y en caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización, con devolución parcial, si acaso, de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, y la cancelación también parcial de los aseguramientos prestados, costas 600 €».

TERCERO.- Por la representación de EMVISESA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) -y tras ser requerida para que seleccionara una sentencia de contraste entre las varias citadas en su escrito de interposición del recurso- el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 18 de octubre de 1996, (rollo 708/96).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 16 de noviembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de junio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La empresa demandada recurre en casación para unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

Andalucía (Sevilla), de 22 octubre 2014 (rollo 2360/2013) que, estimando el recurso de suplicación de la trabajadora demandante, estima la demanda de despido y declara la improcedencia del mismo.

Las relaciones laborales entre la empresa y sus trabajadores se rigen por el convenio colectivo de ámbito empresarial, cuyo art. 52.3.5 a) establece que los representantes legales de los trabajadores tendrán, como competencias, entre otras, emitir informe previo a la ejecución por parte de la dirección de las decisiones que adopten sobre reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquella.

Para la sentencia recurrida, el incumplimiento por parte de la empresa de la obligación impuesta en el convenio impide el análisis de las razones del despido objetivo que se amparaba en causas organizativas y de producción.

2. El recurso aporta, como sentencia contradictoria, la dictada por la misma Sala de Sevilla el 18 de octubre de 1996 (rollo 708/1996).

Se trataba allí del despido por causas objetivas de varios trabajadores, que había sido declarado nulo en la instancia. La Sala de suplicación excluye la nulidad por la falta de puesta a disposición de la indemnización, y acaba declarando la improcedencia por inexistencia o insuficiencia de causa de las extinciones, mas razona también que las previsiones del convenio aplicable al caso, según las cuales debe emitirse informe previo del comité de empresa en caso de reestructuración de plantilla, no abarcan a los despidos operados al amparo del art. 52 c) del Estatuto de los trabajadores (ET).

3. Se da, pues, la identidad exigida por el art. 219.1 LRJS , dado que en ambos casos se aborda la posibilidad de que la negociación colectiva incluya requisitos formales para la válida extinción de los contratos al amparo del indicado art. 52 c) ET y, en concreto, cláusulas que establezcan el informe previo en caso de reestructuración de plantillas.

SEGUNDO.- 1. Los requisitos formales del despido por causas objetivas, se establecen en el art. 53.1 ET, consistiendo en esencia en: a) comunicación escrita al trabajador, expresando la causa; b) puesta a disposición de la indemnización; y c) concesión de un plazo de preaviso.

El precepto establece asimismo la intervención de la representación legal de los trabajadores, precisamente en el apartado c). Éste ha sido interpretado por esta Sala IV del Tribunal Supremo en el sentido de entender que la obligación de la empresa respecto de ésta es la de entregar copia de la decisión extintiva. Hemos declarado que «hay un error en la redacción de este precepto, pues la copia que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores no es la del preaviso, que no es en sí mismo una comunicación del despido, sino una parte del contenido de la comunicación del cese. Por tanto, la exigencia de información a los representantes sindicales del art. 53.1.c) ET no se refiere realmente al preaviso, sino a la comunicación del despido del apartado a) de este número; comunicación en la que debe exponerse la causa de la decisión extintiva y en la que normalmente, aparte de esta mención preceptiva de la causa, deben contenerse también las referencias a la concesión del preaviso y a la puesta a disposición de la indemnización, si bien el preaviso podría no incluirse en la comunicación» (STS/4ª de 18 abril 2007 -rcud. 4781/2005-, 7 marzo 2011 - rcud. 2965/2010-, 8 noviembre 2011 -rcud. 364/2011- y 10 febrero 2016 - rcud. 2502/2014-).

Respecto de la forma en que ha de llevarse a cabo esa comunicación a la representación legal de los trabajadores, hemos rechazado que puede ser meramente verbal (STS/4ª de 7 marzo 2011 -rcud. 2965/2010 -, antes citada).

El requisito de la entrega de la copia lo hemos puesto en relación con lo dispuesto en el art. 64 ET, en la medida que constituye un elemento esencial para que los representantes unitarios puedan conocer la situación de la empresa.

El texto vigente del art. 53 ET -tras la Ley 35/2010, de 7 de septiembre-, así como el art. 122 LRJS , atribuyen la calificación de improcedencia al despido que no cumpla los requisitos formales.

2. Según resulta acreditado, en el caso presente la empresa no solicitó informe previo al comité de empresa. Contrariamente a lo que indica el Ministerio Fiscal, no se discute, en cambio, que sí se entregó copia de la comunicación del despido (de hecho, consta acreditado documentalmente). El argumento de la parte actora se ciñe a la necesidad de entender que debía exigirse que el Comité de empresa, no sólo fuera informado mediante la copia del despido, sino que emitiera el indicado informe previo.

3. Para analizar la cuestión que así se suscita no resulta decisivo el dato de que el convenio colectivo contenga una específica previsión al respecto. En realidad, la cláusula del pacto convencional no hace sino reproducir en este punto la más estricta literalidad del art. 64.5 ET.

El citado art. 52.3.5 del convenio dispone: «3. Los Delegados de Personal o el Comité de Empresa tendrán las siguientes competencias: (...) 5º Emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte de la Dirección de las decisiones adoptadas sobre las siguientes cuestiones: a. Reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla (...)».

Por consiguiente, con o sin norma convencional al respecto, la cuestión del informe previo debe ser abordada en atención a la relación que pueda haber entre las competencias del Comité de empresa y la facultad empresarial de llevar a cabo extinciones individuales o plurales al amparo del art. 52 c) ET.

4. Ya hemos indicado cuáles son los requisitos formales que la ley establece para efectuar el despido objetivo y también hemos visto cuál es el papel que el precepto legal específico -el art. 53.1 ET - confiere a la representación legal de los trabajadores.

Pues bien, no cabe confundir esa perspectiva que el legislador otorga a la representación unitaria en el despido individual con la que se le atribuye en lo que en el art. 64 ET se denomina «reestructuración de plantilla». Es cierto que los despidos del art. 52 c) ET están etiológicamente vinculados con ese concepto, pero también lo es que la competencia de consulta otorgada en el art. 64 ET está claramente desarrollada para el despido colectivo en el art. 51 ET , al que debe considerarse referida.

Si en nuestra doctrina vinculábamos la necesidad de entregar copia de los despidos individuales a aquella regulación del art. 64 ET lo era precisamente para poner de relieve que la información ofrecida por los despidos individuales resulta relevante para el ejercicio de las facultades del comité en materia de reestructuración -no en vano, las causas y el número de trabajadores constituyen datos significativos para la eventual acción del comité-.

Más, no cabe extender la obligación de consultar previamente a la representación de los trabajadores también en caso de despido individual.

TERCERO.- 1. En suma, debemos estimar el recurso de la empresa, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de dicha clase interpuesto por la trabajadora. En consecuencia, confirmamos la sentencia del Juzgado de instancia.

2. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 228 y 235.1 LRJS, no procede la imposición de costas, debiendo procederse a la devolución del depósito dado para recurrir y dar a la consignación el destino legal.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por EMVISESA contra la sentencia dictada el 22 de octubre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en recurso de suplicación nº 2360/2013 , interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de mayo de 2013 , dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Sevilla, en autos número 1313/2012, seguidos a instancias de D^a. Otilia contra EMVISESA, de la que fueron parte FOGASA y el Ministerio Fiscal. En consecuencia casamos y anulamos la citada sentencia y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos el recurso de dicha clase, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Sevilla. Sin costas. Acordamos la devolución de los depósitos dados para recurrir, debiendo darse a la consignación el destino fijado legalmente.

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

Así se acuerda y firma.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias presentó demanda de oficio de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que resolviendo la cuestión planteada se pronuncie sobre la legalidad del convenio colectivo.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de oficio sobre impugnación de convenio colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 28 de junio de 2016 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos íntegramente la demanda de oficio presentada por la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias y, en consecuencia: 1.- Declaramos que el convenio colectivo para la empresa "Emplea Outsourcing S.L", presentado para registro el día 21 de octubre de 2015, no se ajusta a la legalidad vigente, por haber sido negociado por sujeto no legitimado para ello, no procediendo ni su registro ni su publicación. 2.- Condenamos a las demandadas "Emplea Outsourcing S.L" y D. Secundino a estar y pasar por la anterior declaración, a los efectos oportunos».

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

«1º.- En un documento fechado el 11 de marzo de 2015 y suscrito por un total de 15 trabajadores de la empresa "Emplea Outsourcing S.L." (de un total de 22 trabajadores referidos en dicho documento) se recoge que dichos trabajadores manifestaban, en relación con una comunicación notificada el 5 de marzo de 2015, relativa a la negociación de convenio colectivo de empresa que sustituiría al anterior convenio colectivo de aplicación que "haciendo uso de la facultad contemplada al respecto (...) al no existir en la referida Empresa representación legal de los trabajadores para la tramitación del presente procedimiento" atribuían su representación a D. Secundino.

2º.- EL 21 de octubre de 2015 tuvo entrada en el aplicativo informático de registro de convenios colectivos de la Comunidad Autónoma de Canarias solicitud de inscripción y depósito del convenio colectivo de empresa de la entidad "Emplea Outsourcing S.L", indicándose que la comisión negociadora del mismo estaba integrada, por la parte social, por D. Secundino.

3º.- El 3 de noviembre de 2015 la Dirección General de Trabajo comprobó que en el programa de registro de elecciones a representantes de los trabajadores no figuraba ninguna acta electora a nombre de la empresa "Emplea Outsourcing S.L".

4º.- Solicitado informe a la inspección de trabajo, se emitió el mismo el 6 de noviembre de 2015 (recibido en la Consejería el 12 de noviembre), señalándose en él que, con respecto a las partes que concertaban el convenio, únicamente constaban dos firmas en cada una de las páginas, sin que se hiciera referencia alguna a la identidad de los firmantes, de modo que no estaba acreditada la identidad ni la legitimación para negociar de quienes firmaban. Aparte de lo anterior, hizo varias observaciones sobre el contenido del convenio colectivo que consideraba que infringía la normativa legal aplicable.

5º.- El 4 de diciembre de 2015 la Dirección General de Trabajo acordó requerir al representante que había presentado el convenio colectivo para que en plazo de 10 días subsanara las deficiencias detectadas en el convenio presentado, entre ellas que aportara acta de elección de delegados de personal si la hubiera, y que en caso contrario podría promover los acuerdos que precisen entre la representación empresarial y la de los trabajadores como acuerdo de empresa a través del mismo aplicativo REGCON.

6º.- Se presentó el 15 de enero de 2016 el convenio colectivo con las correcciones normativas señaladas en el informe de la inspección de trabajo, pero sin presentarse acta alguna de elección de delegados de personal.

7º.- En "Emplea Outsourcing S.L" no se han celebrado elecciones para delegados de personal o comité de empresa, no existiendo este tipo de representantes legales de los trabajadores».

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de D. Secundino. Su Letrada, Sra. Luengo Reyes, en escrito de fecha 18 de

junio de 2016, formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art. 207.e) de LPL, por infracción del art. 87.1 ET en relación con el art. 82.1 ET en conexión con el art. 37.1 CE .

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 28 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Debemos decidir si es válido un convenio colectivo de ámbito empresarial. El problema surge porque el único centro de trabajo con que cuenta la empresa carece de representantes legales de los trabajadores y quien los ha representado en la negociación desarrollada es un compañero elegido al efecto. El asunto es similar al resuelto por nuestra STS 485/2017 de 6 de junio.

1. Antecedentes relevantes.

A) La empresa ("Emplea Outsourcing S.L.") cuenta con un total de veintidós personas en su plantilla. El 11 de octubre de 2015, quince de ellas suscriben un documento conforme al cual "haciendo uso de la facultad contemplada al respecto (...) al no existir en la referida Empresa representación legal de los trabajadores para la tramitación del presente procedimiento" atribuyen su representación a D. Secundino.

B) El 21 de octubre de 2015 se presenta a registro, ante la Autoridad Laboral autonómica correspondiente, el convenio colectivo suscrito por la mercantil empleadora y el Sr. Secundino.

C) En la empresa no se han celebrado elecciones para delegados de personal o comité de empresa.

D) Con fecha 10 de marzo de 2016 la Autoridad Laboral formula demanda de oficio por entender que concurre falta de legitimación de la representación social,

habiéndose conculcado las exigencias del artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

2. Sentencia recurrida.

La STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 553/2016, ahora recurrida, estima la demanda de oficio presentada por la Consejería de Empleo y Políticas Sociales de Canarias y declara que el convenio en cuestión "no se ajusta a la legalidad vigente, por haber sido negociado por sujeto no legitimado para ello, no procediendo ni su registro ni su publicación".

La resolución judicial, con amplia cita de jurisprudencia y extenso razonamiento expone diversos argumentos por los que el convenio colectivo no es válido. En esencia, sostiene lo que sigue:

Las reglas sobre legitimación y representatividad en la negociación de convenios colectivos estatutarios requieren una triple legitimación (inicial, plena, decisoria).

La concurrencia de los requisitos exigidos para la negociación del convenio ha de comprobarse en el momento en que se constituye la comisión negociadora.

Debe existir una correspondencia entre el ámbito de la representación de quienes negocian y el de aplicación del convenio colectivo.

Las exigencias legales en la materia poseen carácter de orden público.

No cabe equiparar una representación "ad hoc" como la contemplada en el art. 41 ET con la unitaria o sindical exigida por el artículo 87 ET .

Las comisiones habilitadas para negociar medidas de flexibilidad (modificaciones sustanciales y análogas), o para impugnarlas, no poseen la capacidad de negociar un convenio colectivo.

El resultado de la negociación, a lo sumo, podría considerarse un acuerdo extraestatutario, aplicable en cuanto mejorara el convenio colectivo sectorial vigente, pero sin que proceda su registro y publicación como verdadero convenio colectivo.

3. Recurso de casación.

Con fecha 18 de julio de 2016 la Abogada del Sr. Secundino formaliza recurso de casación. Lo encauza a través del art. 207.e) de la LRJS por infracción del art. 82.1 del ET en relación con el art. 37.1 de la Constitución y de la jurisprudencia.

Advierte que la solución de la instancia aboca a que las empresas en que no haya representación legal de los trabajadores (RLT) sean privadas del derecho a negociar su propio convenio colectivo, máxime si se tiene en cuenta que el empleador no puede promover elecciones para que se constituya aquélla.

Invoca la doctrina de la STS 18 marzo 2014 (rec. 114/2013), que reconoce (a la comisión ad hoc) legitimación activa para impugnar un despido colectivo pese a que la Ley solo faculta a la RLT. También cita una SAN que valida la negociación a cargo de los sindicatos más representativos al carecer la empresa de secciones sindicales y de RLT.

4. Alegaciones e Informe.

A) Con fecha 2 de agosto de 2016 la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias presenta su escrito de oposición al recurso. Advierte que: a) Se están replanteando las mismas cuestiones que las suscitadas en la instancia y que los argumentos de la sentencia recurrida no han quedado desvirtuados. b) La representación ad hoc no aparece entre los sujetos legitimados para negociar un convenio de empresa. c) La legitimación de las comisiones ad hoc solo es válida en los casos expresamente contemplados por la norma.

B) Con fecha 9 de agosto de 2016, el representante del Ministerio Fiscal ante la Sala de instancia emite Informe sobre el recurso. Coincide con la posición acogida por la sentencia recurrida y advierte que las sentencias aducidas por el recurrente no contemplan el mismo problema que aquí.

C) Con fecha 12 de enero de 2017 el representante del Ministerio Fiscal ante este Tribunal emite el Informe pedido por el art. 214.1 LRJS. Se inclina por la desestimación del recurso, toda vez que considera acertados los argumentos acogidos en la sentencia recurrida.

Expone que el convenio colectivo vulnera el principio de correspondencia y que cuando una empresa carece de RLT no existe posibilidad de que se negocie un convenio colectivo con tal ámbito.

5. Preceptos invocados.

Para aligerar el ulterior razonamiento, conviene recordar el tenor de los preceptos básicos en orden a la resolución del problema:

A) El artículo 37.1 de nuestra Constitución dispone que la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

B) El primer tramo del artículo 87.1 ET prescribe que en representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité.

C) El artículo 41.4 ET diseña el periodo de consultas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo que posee alcance colectivo. Por exclusiva referencia a las empresas con un solo centro de trabajo (que es el supuesto ahora afrontado) consagra la preferencia de las secciones sindicales (respaldadas por la mayoría representativa) para la negociación, reitera la capacidad del órgano de representación unitaria y añade una nueva posibilidad: en el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma .

SEGUNDO.- Doctrina de la Sala.

Para resolver la cuestión debatida interesa recordar tres postulados esenciales de la doctrina que hemos venido sentando sobre la materia: a) La triple legitimidad exigida para que se pueda suscribir válidamente un convenio de carácter estatutario; b) El hito negocial en el que ha examinarse la concurrencia del mencionado requisito; c) La necesidad de que quienes negocian lo hagan en correspondencia con su radio de representación.

1. Legitimación y representatividad para negociar convenio de empresa.

Son numerosas las ocasiones en que hemos abordado cuestiones relacionadas con el cumplimiento de los requisitos para que pueda entenderse válidamente constituida la comisión negociadora de un convenio colectivo de los disciplinados por el Estatuto de los Trabajadores (con eficacia general y normativa). Por ejemplo, puede verse las SSTS 7 marzo 2012 (rec. 37/2011); 20 mayo 2015 (rec. 6/2014); 9 junio 2015 (rec. 149/2014); 10 junio 2015 (rec. 175/2014); 21 diciembre 2015 (rec. 6/2015); 23 febrero 2016 (rec. 39/2015) y 21 noviembre 2016 (rec. 20/2016). Entre las más recientes están las SSTS 61/2017 de 25 enero y 224/2017 de 16 marzo. Seguidamente se resume lo esencial de su doctrina respecto de la triple legitimación para negociar los convenios colectivos estatutarios. Así, venimos distinguiendo:

A) La capacidad, poder genérico, legitimación "inicial o simple" para negociar, la que da derecho a formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo estatutario a los representantes de los trabajadores o de los empresarios con la concreción derivada esencialmente del ámbito del convenio, contemplada en el art. 87 ET en relación con los arts. 37.1 CE, 6 y 7.1 LOLS y 82 ET .

B) La legitimación propiamente dicha, legitimación "plena o interviniente o deliberante o complementaria", o derecho de los sujetos con capacidad convencional a intervenir en una concreta negociación colectiva, determinante en cada supuesto, en proporción a la representación real acreditada y proyectada en el ámbito del convenio, de que la referida comisión negociadora esté válidamente constituida, establecida en el art. 88.1 y 2 ET . Se puede ser capaz para negociar y no estar legitimado para hacerlo en un supuesto singular, pero no al contrario, dado que, en definitiva, conforme al art. 88.2 ET, tratándose de convenio colectivo supraempresarial la legitimación plena tan solo se

alcanza a partir de la constitución válida de la comisión negociadora, esto es, "cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones ... representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso".

C) La legitimación "negociadora" o "decisoria" mediante la que se determina quién puede aprobar finalmente el convenio estatutario partiendo del grado o nivel decisorio de representación necesario para alcanzar acuerdos dentro de la propia comisión negociadora. Es la contemplada en el art. 89.3 ET (Los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones). Solamente alcanzarán eficacia acuerdos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones. Ese voto ha de ponderarse de modo proporcional, referido a la "mayoría representada en la mesa de negociación y no al número de los componentes de cada uno de los bancos que integran la mesa".

2. Momento para examinar la suficiente representatividad.

Buena parte de las sentencias mencionadas en el apartado precedente se ocupa de precisar el momento en que ha de existir y probarse la legitimación: el del inicio de las negociaciones del convenio colectivo, esto es, cuando se constituye la mesa negociadora, por lo que hay que excluir de cómputo las variaciones posteriores a la constitución de la comisión negociadora.

Esta regla se aplica a los distintos tipos de legitimación anteriormente referidos, pues si el art. 89.3 ET exige para la aprobación del convenio el voto mayoritario de cada una de las dos representaciones es evidente que se está remitiendo a la configuración de esas representaciones al constituirse la comisión negociadora (art. 88.1.2º ET). Ésta, a su vez, ha de tener en cuenta los niveles de representatividad existentes en el momento de iniciarse la negociación, pues entonces es cuando ha de fijarse la legitimación inicial del art. 87.2 ET, que otorga el derecho a participar en la negociación colectiva formando parte de la comisión negociadora (art. 87.5 ET). Es, por tanto, el nivel de representatividad existente en ese momento el que debe tenerse en cuenta a efectos del cómputo de las representaciones previsto en el art. 89.3 ET.

La aplicación del criterio contrario no sólo rompería la necesaria correspondencia entre la legitimación inicial y el nivel de representatividad de la comisión negociadora, de una parte, y la determinación de la denominada legitimación decisoria, por otra, sino que resulta contrario a la seguridad jurídica por introducir incertidumbre sobre los niveles de representatividad con un cuestionamiento constante de éstos incompatible con el desarrollo normal y estable de un proceso de negociación. Desde esta perspectiva y no constando la fecha del inicio de las negociaciones hay que excluir de cómputo las variaciones posteriores a la constitución de la comisión negociadora.

3. Virtualidad del principio de correspondencia.

Son numerosísimas las sentencias en las que hemos proclamado la enorme relevancia del "principio de correspondencia" en materia de negociación y convenios colectivos. Entre muchas, puede verse las SSTS de 20 de junio de 2006, rec. 189/2004; de 3 de diciembre de 2009, rec. 84/2008; de 1 de marzo de 2010, rec. 27/2009; de 29 de noviembre de 2010, rec. 244/2009; de 24 de junio de 2014, rec. 225/2013; de 25 de noviembre de 2014, rec. 63/2014; 20 mayo 2015, rec. 6/2014; 15 junio 2015, rec. 214/2014; 18 febrero 2016, rec. 93/2015; 20 junio 2016, rec. 52/2015; 28 junio 2016, rec. 218/2015; 27 septiembre 2016, rec. 1236/2015 o 22 noviembre 2016, rec. 20/2016: entre las más recientes, las SSTS 23/2017 de 11 enero; 190/2017 de 7 marzo; 324/2017 de 18 abril y 404/2017 de 8 mayo . Recordemos seguidamente lo esencial de su doctrina.

A) El principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo, y en su aplicación concreta a los comités de empresa y delegados de personal de la empresa, exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de los trabajadores ha de corresponderse estrictamente con el de afectación del convenio colectivo. No afecta a la legitimación (que es una cuestión de orden público) el hecho de que los restantes centros de trabajo de la empresa carezcan de representación unitaria, pues la elección de los órganos de representación unitaria de los centros de trabajo compete a los trabajadores de dichos centros y su inexistencia no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo.

B) Esa regla se mantiene en todo caso. El comité elegido por uno o varios centros de trabajo no puede arrogarse la representación de los trabajadores de otros centros. Aunque en el momento de la negociación no exista en los otros centros de trabajo representación legal de los trabajadores; en este caso la empresa solo podía negociar con la representación de los centros que si los tenían, salvo que hubiese negociado con las secciones sindicales de empresa si las hubiere. Ese dato no impide declarar que el establecimiento en el convenio de un ámbito geográfico estatal excede de las posibilidades de disposición de la comisión negociadora.

C) La circunstancia de que no existan en ese momento otros centros de trabajo tampoco impide declarar que el convenio colectivo en que se dispone un ámbito geográfico estatal excede de las posibilidades de disposición de la comisión negociadora, por producirse una falta de correspondencia entre el ámbito de representación del banco social y el ámbito de eficacia del convenio. La ruptura de aquella correspondencia impediría "la participación de los ulteriores trabajadores incorporados a la empresa en centros de trabajo distintos. De ahí que no cabía a las partes negociadoras incluir una regla de imposición futura de un convenio en cuya negociación no pudieron haber intervenido dichos trabajadores".

E) Los vicios en la configuración de la comisión negociadora resultan insubsanables, ni siquiera reduciendo su ámbito a los centros de trabajo correspondientes a la representación unitaria que formó parte de la misma, " al no ser tal la voluntad de las partes ni la finalidad con la que se constituyó". Y no siendo la intención de las partes, ni siquiera subsidiariamente, la de atribuir eficacia en cualquier otro ámbito al convenio colectivo que se había pactado como de ámbito nacional, no puede la empresa instar unilateralmente el reconocimiento de tal nueva condición, lo que supondría alterar en lo sustancial y a petición de una solo de los firmantes la naturaleza del negocio jurídico que fue fruto de la concordante voluntad de ambas en razón de una específica finalidad que no tuvo en cuenta las particulares condiciones de uno u otro centro de trabajo. Sin perjuicio, claro está, de los posteriores acuerdos en tal sentido que pudieren alcanzarse en un ulterior proceso de negociación entre la empresa y la representación de los trabajadores que respete el insoslayable principio de correspondencia.

A lo que debe añadirse, que lo negociado y finalmente pactado bajo la forma de un convenio colectivo de empresa comporta que las partes han actuado en consideración a los presupuestos legales ineludiblemente asociados a ese concreto ámbito de afectación, con los especiales efectos jurídicos que la normativa legal atribuye a tan singular clase de convenio en el art. 82.4 ET , significadamente, su indisponible prioridad aplicativa en determinadas materias respecto a lo de ámbito sectorial estatal, lo que no admite parangón con la muy distinta naturaleza jurídica de un convenio de centro de trabajo. Es por todo ello que no cabe entender subsanado tan esencial vicio de origen que supone la vulneración del principio de correspondencia, para reconducir al ámbito de un determinado centro de trabajo lo que había sido pactado como convenio colectivo de empresa, con base únicamente a la petición unilateral de una sola de las partes.

TERCERO.- Legitimación negocial de las representaciones "ad hoc".

1. Formulación del motivo de recurso.

Como se ha apuntado, el motivo único de recurso entiende que las comisiones ad hoc (legalmente previstas a efectos de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales, suspensión contractual, reducción de jornada o inaplicación de convenio) vienen legitimadas para negociar un convenio colectivo cuando no existe RLT.

En suma, postula una interpretación amplia del artículo 87.1 ET de manera que cuando, en una empresa, no haya RLT queda acudir al nombramiento de representantes específicos para la negociación.

2. Legitimación de las comisiones específicas.

A) La regulación aplicable al caso (idéntica a la ahora vigente) no escapa a la escasa sistemática con que están contempladas las instituciones laborales de carácter colectivo que comportan reestructuraciones. El artículo 41.4 ET aborda la cuestión (al hilo de cómo introducir modificaciones sustanciales) y otros preceptos se remiten a él exponiendo que " la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo". Esto es lo que puede verse en los artículos 40.2 ET (tercer párrafo, respecto de movilidad geográfica), 47.1 ET (sexto

párrafo, para reducciones de jornada o suspensiones del contrato de trabajo), 51.2 ET, (segundo párrafo, para despidos colectivos) y 82.3 ET (quinto párrafo, para inaplicaciones de convenio).

B) Para todos esos supuestos, cuando se está ante una empresa que posee un único centro de trabajo (como aquí sucede) o ante supuesto en que se adoptan mediados que solo van a afectar a un único centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponde al comité de empresa o a los delegados de personal, dejando ahora al margen las secciones sindicales.

En defecto de tales órganos representativos es cuando los trabajadores pueden atribuir su representación a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por empleados "de la propia empresa" y elegida democráticamente. De igual modo, pueden optar por una comisión (con un máximo de tres miembros) designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

C) Nada similar a lo recién expuesto aparece cuando el legislador disciplina la legitimación para negociar convenios colectivos de empresa.

3. Consideraciones específicas.

Sin perjuicio de hacer nuestras las atinadas consideraciones que alberga la sentencia recurrida, y dando respuesta explícita a la correcta exposición del recurso de casación, seguidamente exponemos las líneas argumentales que impiden su éxito.

A) Hay que salir al paso de la protesta formulada en el recurso, considerando que constituye una discriminación el que las empresas sin RLT se vean privadas de la posibilidad de negociar su propio convenio colectivo.

La Constitución de 1978 no diseña un modelo cerrado de relaciones laborales, ni más concretamente de negociación colectiva, correspondiéndole al legislador estatal, en el ejercicio de las funciones que la propia Constitución le confiere, configurar el que considere más idóneo en cada momento (STC 11/1981, de 8 de abril). La Ley puede elegir, entre las distintas posibles, la alternativa que estime más adecuada, no solo para

alcanzar los objetivos que aquélla le impone, sino también para adoptar las medidas que garanticen su realización (STC 8/2015, de 22 de enero).

El carácter estatutario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan los requisitos de mayoría representativa que el ET exige para la regularidad del convenio colectivo, al que se otorga un plus de eficacia, por el carácter erga omnes del llamado convenio colectivo estatutario (STC 108/1989, de 8 junio).

Por tanto: la Constitución no garantiza que toda empresa pueda disponer de un convenio colectivo de carácter estatutario. Que la Ley establezca requisitos de legitimación o representatividad y que anude a su cumplimiento el acceso al régimen jurídico de los convenios con eficacia normativa y general resulta del todo acorde con la Ley Fundamental.

B) Para la válida negociación de un convenio colectivo estatutario se requiere el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el art. 87.1 del ET en cuanto a la legitimación de las partes negociadoras, en este caso la parte social. Si en la empresa no existen representantes unitarios de los trabajadores falla el presupuesto sobre el que se edifica la construcción legislativa (órgano de representación unitaria, o secciones sindicales que posean mayoría en ella).

Para poder disponer de un Convenio Colectivo propio, de empresa, es imprescindible contar con una representación legal permanente de los trabajadores; no basta con formar una peculiar y limitada comisión "ad hoc" cuya única función sea negociar un convenio que tiene vocación de permanencia y de afectación al ámbito de toda la empresa.

C) La comisión contemplada en los artículos 41.4 ET y otros concordantes no puede equipararse a la RLT sin específica disposición que así lo diga.

La tesis del recurso acabaría conduciendo a extender las competencias del comité de empresa (art. 64 ET) a las representaciones específicamente designadas para cada materia. Ni lo permite así la literalidad de los distintos preceptos (arts. 40 , 41 , 47, 82 ET), ni ello sería lógico. Una estructura estable es distinta a otra efímera; un sistema de elecciones cuidadosamente regulado (Título II ET y normas del RD 1844/1994) es bien diverso a la designación democrática pero abierta (art. 41.4 ET). Tampoco

aconsejaría esa homologación la muy diversa conexión sindical que poseen la RLT (promoción, respaldo, cómputo a efecto de representatividad, etc.) y las representaciones ad hoc.

D) Tampoco cabe equiparar los casos en que el legislador permite que actúe una comisión específica y la negociación del convenio colectivo. Asumimos en este pasaje la lúcida argumentación de la sentencia recurrida:

Incluso admitiendo esa discutible legitimación de las comisiones "ad hoc" para negociar la inaplicación del convenio, no se puede equiparar una negociación de un convenio colectivo estatutario a esa inaplicación, pues esta última es, según el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores , siempre causal (cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, señala el 82.3), temporalmente limitada (ha de fijarse expresamente la duración y no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa), e impugnabile en vía judicial en términos más amplios de los previstos para los convenios colectivos (por ejemplo, por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la suscripción del acuerdo). Mientras que, en la negociación de un convenio colectivo de empresa no se exige ninguna causa concreta para poder apartarse de la regulación sectorial -dentro los amplios límites marcados por el 84.2 del Estatuto de los Trabajadores-, y esa regulación específica de empresa puede responder a puros criterios de oportunidad no revisables jurídicamente, con una permanencia en el tiempo mucho más amplia que la que puede tener un acuerdo de descuelgue del convenio - puede pactarse su duración indefinida hasta la sustitución por un nuevo convenio del mismo ámbito-, y que solamente se puede revisar judicialmente (artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores) en caso de contravenir normas legales de derecho necesario o lesionar gravemente el interés de terceros -teniendo en cuenta, además, que esos "terceros" ni siquiera serían los propios trabajadores afectados por el convenio colectivo-, precisamente porque esa regulación no tiene que responder a causa justificada alguna. En definitiva, de la hipotética capacidad para negociar lo "menor" (la suspensión o inaplicación parcial del convenio estatutario) no se puede extraer capacidad para negociar lo "mayor" (el propio convenio estatutario).

E) Estas comisiones de trabajadores creadas "ad hoc" únicamente tienen legitimación para actuar como interlocutores en el periodo de consultas previo a las decisiones en materia de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, reducciones de jornada o suspensión de contratos de trabajo de carácter colectivo o despido colectivo (artículos 40.2 , 41.1 , 47.1 y 51.2 del Estatuto de los Trabajadores). Lo que hemos admitido es que si estas comisiones están legitimadas para negociar y alcanzar acuerdos en esos extremos expresamente previstos por la Ley, también lo han de estar para ser parte en los procedimientos judiciales en los que se impugnen dichos acuerdos o la medida empresarial adoptada sin pacto.

Esa legitimación procesal es exclusivamente la abierta por las sentencias de la Sala que invoca el recurso.

F) El ET no ha querido abrir la legitimación para negociar convenios de empresa (o ámbito inferior) a representaciones específicamente designadas al efecto. Se trata de una decisión legítima y acorde con las especiales garantías que el ordenamiento atribuye a los convenios negociados de acuerdo con el Título III de tal Ley (eficacia general y normativa, sistema de prórrogas, publicidad, fiscalización por la Inspección de Trabajo, etc.).

Además de la anomalía procesal que ello comporta, carece de sustento la invocación que el trabajador-representante lleva a cabo sobre una posible vulneración de derechos de la empresa. La Constitución no garantiza derechos absolutos y el propio artículo 37.1 se remite a "la ley" para concretar los términos de lo allí garantizado.

G) En fin, la doctrina albergada por sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es inhábil para fundamentar la casación, por lo que no podemos entrar a examinarla.

CUARTO.- Resolución.

Cuanto llevamos expuesto conduce a una clara conclusión: no se han dado las infracciones que el recurso denuncia.

Así, de conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso interpuesto por el Sr. Secundino. Pese a resultar vencido, sin embargo, las

previsiones del artículo 235 LRJS impiden que deba cargar con las costas causadas por su actuación procesal.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Secundino , representado y defendido por la Letrada Sra. Luengo Reyes. 2) Declarar la firmeza de la sentencia 553/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife), de 28 de junio, dictada en autos nº 2/2016, seguidos a instancia de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias, contra la empresa "Emplea Outsourcing S.L.", dicho recurrente y el Ministerio Fiscal, sobre impugnación de convenio colectivo. 3) No realizar imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de la Federación de Industria Afines y Trabajadores Agroalimentarios de la Unión General de Trabajadores (FITAG-UGT) y de la Compañía Logística de Hidrocarburos, S.A. (CLH S.A.), se presentó demanda sobre impugnación de convenios de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se declare: «Que estime la demanda y en definitiva declare la nulidad de lo dispuesto en los siguientes preceptos del Convenio Colectivo de CLH y su personal (BOE de 20 de junio de 2011) por resultar contrarios al principio de igualdad establecido en los artículos 14 de la Constitución y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores : La letra Al del número 1 del artículo 25 del convenio colectivo que tiene el siguiente tenor literal: "La jornada de trabajo, en cómputo anual,

será de 1.699 horas/año de trabajo efectivo, comenzando y finalizando la misma en el puesto de trabajo. Dicha jornada será de 1.697 horas en 2011, de 1695 horas en 2012, de 1.693 horas en 2013 y de 1691 horas/año a partir del 2014". La Disposición Adicional Séptima que tiene el siguiente tenor literal: "Disposición adicional séptima. Aportaciones al Plan de Pensiones. A) Aportación ordinaria: La aportación del Promotor al Plan de Pensiones será de un 3,5 % del salario computable, entendiéndose como tal la suma del salario base y los complementos de antigüedad, turnicidad, plus de relevo y el de PMER. El porcentaje de la aportación obligatoria del trabajador será el 0,5% de su salario computable y del 1% a partir de los 45 años. 8) Aportación extraordinaria consolidada para los años 2011 y siguientes: A partir de la firma del Convenio Colectivo, la empresa reconoce una aportación extraordinaria anual al Plan de Pensiones a favor de los trabajadores con relación laboral en la empresa a partir del 1 de agosto de 1997. Dicha aportación extraordinaria tendrá los valores que, en función de la edad de cada trabajador a 30 de junio de cada año, se indican en el Anexo 1A.2 para el año 2011. Los citados valores se actualizarán y revisarán, para años sucesivos de conformidad con los criterios fijados en los artículos 82 y 83 del convenio. El exceso de aportación, si lo hubiere, derivado de la aplicación de la revisión prevista en el artículo 83, se destinará a aportación de ahorro del partícipe. Esta aportación se ingresará en el Plan de Pensiones en la primera quincena del mes de enero de cada año". Lo establecido en la disposición transitoria sexta del convenio solo y únicamente respecto de la previsión de que el trabajador haya sido contratado antes de la fecha de 12 de septiembre de 1995, como condición para aplicarse el régimen jurídico de duración y cómputo de jornada (apartado 5) y de aportaciones al Plan de Pensiones (apartado 13).»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 26 de octubre de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «En la demanda de impugnación de convenio colectivo promovida por () contra (), desestimamos las excepciones de litispendencia y efecto negativo de cosa juzgada. Estimamos

parcialmente la demanda, en los siguientes términos: - Declaramos la nulidad de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de CLH y su personal (BOE 20-6-11) en su art. 25.1.a). - Declaramos la nulidad de lo establecido en el apartado 4 de la Disposición Transitoria 62 únicamente respecto de la previsión de que el trabajador haya sido Contratado antes de la fecha de 12-9- 95. - Declaramos la nulidad de lo establecido en el apartado 13 de la Disposición Transitoria 61 únicamente respecto de la previsión de que el trabajador haya sido Contratado antes de la fecha de 12-9-95, debiendo entenderse válido exclusivamente para los trabajadores contratados antes del 1-9-97. Desestimamos la demanda en lo restante.»

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- El 14-4-92 el Director de Recursos Humanos de CAMPSA y los delegados sindicales de UGT y CCOO en CAMPSA suscribieron un preacuerdo, que obra en autos y se tiene por reproducido, en cuya disposición 13P se establecía la obligación de la empresa de realizar aportaciones mensuales de cantidades fijas al plan de pensiones. SEGUNDO.- En 1992, el personal de CAMPSA, que contaba con un plan de pensiones en el que la empresa realizaba aportaciones fijas, se integra en CLH. TERCERO.- En el Convenio Colectivo para el Personal de Tierra de CLH para el año 1993 (BOE 14-10-93) se regulan las aportaciones al plan de pensiones en su DA 9^a. Contempla una aportación mensual de 9000 pesetas por trabajador fijo de plantilla, con posibilidad de que los trabajadores que no estuvieran adheridos al Plan de Pensiones de CAMPSA se adhirieran. Igualmente, se establece una "aportación extraordinaria" al Plan de Pensiones de CAMPSA por cada trabajador fijo, como transformación del premio de jubilación. CUARTO.- En el Convenio Colectivo para el Personal de Tierra de CLH para los años 1994-1996 (BOE 10-7-96), las aportaciones al plan de pensiones se regulan en la DA 8^a, estableciendo una aportación mensual fija a cargo de la empresa, así como "aportaciones extraordinarias". QUINTO.- En el BOE de 10-12- 97 se publica el Acuerdo Marco del Grupo Repsol -Grupo al que pertenecía CLH-, con vigencia desde el 1-1-97, en cuyo art. 12 se establece una aportación del promotor al plan de pensiones de un 3,5% del salario computable, así como una aportación a cargo de cada trabajador de entre un 0,5% y un 1%, según se establezca en el seno de cada empresa por la representación sindical. SEXTO. - En el Convenio Colectivo para el

Personal de Tierra de CLH para los años 1997-1998 (BOE 24-9-97), la DA 8ª establece que, para el personal contratado a partir del 17-7-97, la aportación del promotor al Plan de Pensiones será de un 3,5% del salario computable. Igualmente, la disposición reconoce "como condición más beneficiosa y a título personal de los trabajadores de la Compañía ingresados con anterioridad al 11-97" una aportación periódica mensual de cantidad fija y, en su caso, una "aportación extraordinaria". SÉPTIMO.- En el Convenio Colectivo para el Personal de Tierra de CLH para los años 1999-2001 (BOE 31-12-99), la DA 8ª mantiene la aportación del promotor al plan de pensiones de un 3,5% del salario computable, para el personal contratado después el 17-7-97, y establece la aportación obligatoria del trabajador del 0,5% de su salario computable y del 1% a partir de los 45 años. Se reconoce "como condición más beneficiosa y a título personal, a los trabajadores de la Compañía ingresados con anterioridad al 17 de julio de 1997" una aportación periódica mensual de cantidad fija. Se establecen "aportaciones extraordinarias". En los mismos términos se pronuncia el Convenio Colectivo para el Personal de Tierra de CLH para los años 2002-2003 (BOE 5-12-03), si bien en este caso se trata de la DA 7ª. Por otra parte, el Convenio para los años 1999-2001 establece en su art. 25 un régimen de jornada general y una jornada más reducida para los trabajadores pertenecientes a la plantilla de la Compañía al 12-9-95, "como condición más beneficiosa y a título personal". Similar previsión se contiene en el Convenio para los años 2002-2003. OCTAVO.- En el Convenio Colectivo para el Personal de Tierra de CLH para los años 2004-2009 (BOE 13-9-06), la DA 7ª mantiene la aportación del promotor al plan de pensiones de un 3,5% del salario computable, para el personal contratado después el 17-7-97, y establece la aportación obligatoria del trabajador del 0,5% de su salario computable y del 1% a partir de los 45 años. La DT 6ª se dedica al "Personal de CLH, S.A. con fecha de ingreso anterior a 12-09-95", a los que califica como "procedentes del anterior sistema de categorías laborales" y, en tal sentido, les reconoce "las siguientes condiciones estipuladas en anteriores convenios colectivos de empresa". En el apartado 4 alude a la duración y cómputo de la jornada. En el apartado 13 se refiere a las aportaciones al plan de pensiones, contemplando una aportación periódica mensual a cargo de la Compañía por cada trabajador fijo, más una aportación extraordinaria anual a favor de los trabajadores contratados antes del 1-8-97. NOVENO.

- El Convenio Colectivo para el personal de tierra de CLH para los años 2010-2015

(BOE 20-6-11) fue suscrito por la representación sindical de UGT en la empresa, que es la mayoritaria, así como por CCOO, mientras que CGT no lo rubricó. Establece en su artículo 25.1, sobre el régimen general de duración y cómputo de jornada, lo siguiente: "1. Duración y cómputo de jornada. A. La jornada de trabajo, en cómputo anual, será de 1.699 horas/año de trabajo efectivo, comenzando y finalizando la misma en el puesto de trabajo. Dicha jornada será de 1.697 horas en 2011, de 1695 horas en 2012, de 1.693 horas en 2013 y de 1691 horas/año a partir del 2014. (...)". Por su parte, la Disposición Transitoria Sexta del convenio colectivo regula la duración y cómputo de la jornada en su apartado 4 el para el personal de CLH con fecha de ingreso anterior a 12 de septiembre de 1995 en los siguientes términos: "4. Duración y cómputo de jornada. La duración de la jornada, con comienzo y finalización en el centro de trabajo, tendrá para este personal, los siguientes cálculos anuales: a) De 1.678 horas/año para el personal de los grupos de técnico superior, técnico medio y administrativo, pudiendo oscilar la duración de la jornada diaria entre 6 y 8 horas, que, con carácter general, se realizará en horario continuado. Por lo que se refiere al personal de Oficinas Centrales se estará, en cuanto a duración y tipo de jornada, a lo regulado en el apartado II del Art. 25 del Convenio. b) De 1.699 horas/año para el personal de los grupos de técnicos ayudantes, especialistas y operarios cualificados, pudiendo oscilar la duración de la jornada diaria entre 7 y 9 horas. Sin embargo, para el personal perteneciente a los grupos Mencionados en el párrafo anterior y que estén adscritos a un régimen de tres o más turnos, el cálculo anual de jornada será de 1.686 horas/año, siendo la duración de la jornada diaria de 8 horas. La jornada de 1.699 horas/año, mencionada en el párrafo anterior, pasará a ser de 1.697 a partir de 2011, de 1.695 a partir de 2012, de 1.693 a partir de 2013 y de 1.691 a partir de 2014. Asimismo tienen reconocidos el «premio de asiduidad», «tiempo no trabajado» y «tiempo de bocadillo», regulados en los artículos 64 , 38 y 35, respectivamente, del Convenio Colectivo de CLH del año 1993 . Por otra parte, a los Especialistas de Sala de Control procedentes del anterior sistema de categorías laborales, no le aplicará la rotación de puestos inherente al nuevo régimen de trabajo de Cuadrante Anual Conjunto (CAC) previsto en el Artículo 25.111 del Convenio. Para 91 resto de cuestiones relacionadas con la duración y cálculo de jornada, se estará a lo dispuesto en el Art. 25 del Convenio." La DA 7º del vigente Convenio, en materia de aportaciones al Plan de Pensiones establece lo siguiente:

"Disposición adicional séptima. Aportaciones al Plan de Pensiones. A) Aportación ordinaria: La aportación del Promotor al Plan de Pensiones será de un 3,5 % del salario computable, entendiéndose como tal la suma del salario base y los complementos de antigüedad, turnicidad, plus de relevo y el de PMER. El porcentaje de la aportación obligatoria del trabajador será el 0,5% de su salario computable y del 1 % a partir de los 45 años. B) Aportación extraordinaria consolidada para los años 2011 y siguientes: A partir de la firma del Convenio Colectivo, la empresa reconoce una aportación extraordinaria anual al Plan de Pensiones a favor de los trabajadores con relación laboral en la empresa a partir del 1 de agosto de 1997. Dicha aportación extraordinaria tendrá los valores que, en función de la edad de cada trabajador a 30 de junio de cada año, se indican en el Anexo 1 A.2 para el año 2011. Los citados valores se actualizarán y revisarán, para años sucesivos de conformidad con los criterios fijados en los artículos 82 y 83 del convenio. El exceso de aportación, si lo hubiere, derivado de la aplicación de la revisión prevista en el artículo 83, se destinará a aportación de ahorro del partícipe. Esta aportación se ingresará en el Plan de Pensiones en la primera quincena del mes de enero de cada año". Por su parte la Disposición Transitoria Sexta del convenio colectivo regula la aportación al Plan de Pensiones en su apartado 13 el para el personal de CLH con fecha de ingreso anterior a 12 de septiembre de 1995 en los siguientes términos: "13. Aportaciones al Plan de Pensiones. I. Aportación ordinaria. 1) La Compañía realizará al Fondo de Pensiones una aportación periódica mensual de 138,47 euros durante 2010 y de 140,69 euros durante 2011 por trabajador fijo de plantilla nacido con posterioridad al 31 de diciembre de 1937 y hasta que el mismo cause baja en la empresa. 2) Las aportaciones previstas en el número anterior para el año 2012, se revisarán Conforme a lo regulado en el artículo 83 y se actualizarán y revisarán conforme a lo estipulado en los artículos 82 y 83 en años sucesivos en los mismos porcentajes que se actualicen y revisen los salarios base. II. Aportación extraordinaria consolidada para los años 2010 y siguientes: A partir de 1 de enero de 2001, la empresa reconoce una aportación extraordinaria anual al Plan de Pensiones a favor de los trabajadores con relación laboral en la empresa anterior a 1 de agosto de 1997. Dicha aportación extraordinaria tendrá los valores que, en función de la edad de cada trabajador a 30 de junio de cada año, se indican en los Anexos 1 B.2 y 1A.2 respectivamente para los años 2010 y 2011. Los citados valores se revisarán, en el año

2012 de conformidad con los criterios fijados en el artículo 83 y se actualizará en años posteriores según convenio. El exceso de aportación, si lo hubiere, derivado de la aplicación de la revisión prevista en el artículo 83, se destinará a aportación de ahorro del partícipe. Esta aportación se ingresará en el Plan de Pensiones en la primera quincena del mes de enero de cada año". DÉCIMO.- El Reglamento del Plan de Pensiones de CLH contempla en su art. 14 esta misma diferencia de régimen de aportaciones según que el partícipe hubiera ingresado en la empresa antes o después del 1-8-97, lo que trae causa de una condición más beneficiosa reconocida a los primeros. UNDÉCIMO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en sentencia de 5 de marzo de 2015 dictada en los autos de impugnación de convenio colectivo nº 1/2015 estimó la demanda interpuesta por UGT y anuló el art. 85.a del vigente Convenio, así como la exigencia de haber sido contratado antes del 12-09-1995 para percibir la atribución de antigüedad contenida en la DT 6ª.5, y condenó a CLH, S.A., a estar y pisar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos. Esta sentencia no .-; firme al haber sido en recurrida en casación por la empresa ante la Sala IV del Tribunal Supremo. DUODÉCIMO.- El vigente Convenio se encuentra denunciado por la empresa, y en 1.1 negociación ya iniciada del nuevo convenio se debate sobre las materias concernidas en este pleito. Se han cumplido las previsiones legales.»

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por las representaciones de la Federación de Industria Afines y Trabajadores Agroalimentarios de la Unión General de Trabajadores (FITA-UGT) y de la Compañía Logística de Hidrocarburos, S.A. (CLH S.A.), siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de mayo de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Cuestión previa.-

1.- Por la Federación de Industria y Trabajadores Agrarios de la Unión General de Trabajadores (FITAG-UGT), se presentó escrito ante esta Sala en fecha 13 de marzo

de 2017, en el que se solicita "la suspensión de la tramitación del presente recurso de casación ordinaria hasta conocer la sentencia del Tribunal Constitucional en relación al recurso de amparo (nº recurso 5547/2016 E) admitido a trámite".

La sentencia de esta Sala IV/TS respecto a la que se alega la admisión a trámite del recurso de amparo citado, es la dictada en fecha 11 de julio de 2015 , en recurso de casación núm. 193/2015, en cuya parte dispositiva se señala textualmente: que " esta Sala ha decidido Estimar el recurso de casación interpuesto por Compañía Logística de Hidrocarburos, S.A. (CLH, S.A.), contra la sentencia dictada el 5 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en procedimiento de demanda sobre impugnación de convenio colectivo núm. 01/2015, seguido a instancia de Federación de Industrias y Trabajadores Agrarios de la UGT (FITAG-UGT) y Comisiones Obreras de Industria (CC.OO. Industria) contra la ahora recurrente y la Sección Sindical de CGT en CLH, siendo parte Ministerio Fiscal, casamos y anulamos la referida sentencia, desestimando la demanda y absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra. Sin costas".

Según consta, en aquel procedimiento se interesaba -conforme al suplico de su demanda-, que se dictara sentencia por la que se «estime la demanda y en definitiva declare la nulidad de lo dispuesto en los siguientes preceptos del Convenio Colectivo de CLH y su personal (BOE de 20 de junio de 2011) por resultar contrario al principio de igualdad establecido en los artículos 14 de la Constitución y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores : Lo dispuesto en la letra a) del artículo 85 del convenio que tiene el siguiente tenor literal: " El personal percibirá el complemento salarial de antigüedad consistente en quinquenios, los cuales se devengarán a partir del primer día del mes en que se cumplan los cinco años. El importe del quinquenio será de 70,12 euros mensuales para el año 2010 y de 71,24 euros desde 1 de enero de 2011 hasta la fecha de la firma del presente convenio, en que dicho valor se fijará en 84,56 euros". Lo establecido en la disposición transitoria sexta del convenio solo y únicamente respecto de la previsión de que el trabajador haya sido contratado antes de la fecha de 12 de septiembre de 1995, como condición para generar el complemento de antigüedad en cuantía, términos y condiciones establecidos en el referido párrafo 5 de la disposición transitoria sexta, que se mantendría vigente en los mismos términos del vigente

convenio cuyo tenor literal se recoge a continuación: "5. Complemento de Antigüedad. Percibirán el Complemento de Antigüedad consistente en trienios. El importe del citado complemento vendrá determinado por la suma de los siguientes componentes: a) Los trienios perfeccionados con anterioridad al 31-12-87 con los valores unitarios que para cada nivel o subnivel retributivo figura en los Anexos 1B.7, y 1A.7 para los años 2010 y 2011. b) Los trienios perfeccionados con posterioridad al 31-12-87 con el valor único, para todos los trabajadores, por trienio y mes de 58,83 euros durante 2010 y de 59,77 euros durante 2011. Para el cómputo de antigüedad se estará a lo regulado en el artículo 85 del Convenio".

Alega el recurrente que en el presente recurso de casación, se suscita un debate esencialmente igual al resuelto por esta Sala IV/ TS de 11 de julio de 2016 (rco. 193/2015), "en lo que respecta a la jornada regulada en el Convenio Colectivo de CLH y su personal, por cuanto también se establece en el mismo un tratamiento desigual dependiendo de la fecha de contratación, en concreto el 12 de septiembre de 1995".

2.- En dicha sentencia, resolviendo la Sala las cuestiones planteadas, ante la misma alegación vertida ahora en el presente procedimiento, se examina el instituto de la cosa juzgada, señalando que:

"1.- El examen de la cuestión referida al análisis de la cosa juzgada, requiere recordar lo dispuesto en el art. 222 LEC: "1.- La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. 2.- La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley. Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularon. 4.- Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Nuestra STS de 11 de noviembre de 2008 (rec.- 207/2008), ya nos dice que este precepto establece, de una parte, el llamado efecto negativo de la cosa juzgada, "la exclusión de un proceso posterior con idéntico objeto", y de otra el denominado efecto positivo, "la vinculación del tribunal que conozca de un proceso posterior a lo resuelto ya por sentencia firme".

Precisando seguidamente que la concurrencia del efecto negativo que excluye la posibilidad de plantear un nuevo proceso, exige que "el objeto de los mismos sea idéntico, que la pretensión sea la misma, lo que no se requiere para la aplicación del llamado efecto positivo, pues la vinculación a lo antes resuelto la impone el precedente que constituye un antecedente lógico del objeto del nuevo proceso, que ya fue examinado y resuelto en otro anterior de forma prejudicial, motivo por el que la seguridad jurídica obliga a respetarlo". "El efecto positivo de la cosa juzgada requiere, aparte de la identidad de sujetos, una conexión entre los pronunciamientos, sin que sea necesaria una completa identidad de objetos que excluiría el segundo proceso de darse, "sino que para el efecto positivo es suficiente, como ha destacado la doctrina científica, que lo decidido -lo juzgado- en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona vinculándolo a lo ya fallado". Por ello, como dice nuestra sentencia de 29 de mayo de 1.995 (Rec. 2820/94), "no es necesario que la identidad se produzca respecto de todos los componente de los dos procesos, sino que, aunque en alguno de ellos no concurra la más perfecta igualdad, es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial que ha de dictarse en el nuevo juicio... Esto no significa que lo resuelto en pleito anterior sea inmodificable indefinidamente pues, si cambian las circunstancias, no opera la presunción legal pero, en caso de no producirse esta alteración, se produce la eficacia material de la cosa juzgada".

En el mismo sentido, nuestra sentencia de 3 de diciembre de 2015 (rec. 5/2015), recuerda que: "el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad que, de darse, excluiría el segundo proceso, sino que para ese efecto positivo es suficiente que lo decidido -lo juzgado- en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que

la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado". Así, la STS 12-7-2013, R. 2294/12 , contiene la siguiente doctrina: "como establece nuestra sentencia de 13 de octubre de 2000 , que recoge los criterios ya establecidos en las sentencias de 20 de mayo de 1995 , 23 de octubre de 1995 y 17 de diciembre de 1998 , el efecto positivo de la cosa juzgada no exige la completa identidad, que es propia del efecto negativo y que de darse actuaría excluyendo el segundo proceso, pues basta que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado. De ahí que, como precisa la sentencia de 17 de diciembre de 1998 y reitera la más reciente de 13 de junio de 2006 , dentro de esta concepción que pondera el elemento prejudicial de conexión lógica, hay a su vez dos posibles alternativas: una más rigurosa, de acuerdo con la cual sólo lo que se ha incorporado a la parte dispositiva de la sentencia es susceptible de producir esa vinculación que no es predicable de las declaraciones de hecho, ni de las consideraciones jurídicas, aunque éstas tengan una indudable relevancia para precisar el propio alcance de lo decidido en el fallo y una concepción más flexible, que ha sido la finalmente seguida por esta Sala, conforme a la cual la vinculación afecta también a aquellos elementos de decisión que siendo condicionantes del fallo no se incorporan a éste de forma específica, aunque actúan sobre él como determinantes lógicos. Por ello, las decisiones adoptadas en estos puntos por la primera sentencia tienen valor de cosa juzgada en el siguiente proceso".

2.- En la aplicación de estos mismos criterios al caso de autos, nada mejor que recurrir a los argumentos que sobre el particular contiene nuestra sentencia de 19 de enero de 2010, por ser justamente la misma sobre la que se predica en el recurso la existencia de cosa juzgada, al haberse dictado en un anterior proceso entre las mismas partes, en el que a su vez se había igualmente invocado esta misma excepción respecto al anterior procedimiento resuelto por la STS de 5 de marzo de 2007.

Como en ella se concluye, la anterior sentencia no produce el efecto positivo o prejudicial de cosa juzgada en el pleito actual porque lo resuelto en la misma " alcanza a la legalidad de ciertos preceptos de un determinado convenio colectivo de la empresa

Compañía Logística de Hidrocarburos CLH S.A. -el vigente para el período de 1-01-2003 al 31-12-2002- sin que dicha resolución sea antecedente lógico de lo que deba decidirse respecto a la validez de determinados preceptos de un convenio colectivo posterior de la misma empresa y los mismos trabajadores, correspondientes al período de 1 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2009, sin perjuicio de que si el contenido de los preceptos es idéntico, la resolución que se dicte ha de seguir lo dispuesto en la primera. Por todo lo cual no concurren en el supuesto debatido los requisitos que para que se produzca el efecto positivo de la cosa juzgada establece el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

3.- En aplicación de esos mismos criterios, la primera consecuencia que de ello se deriva es que no cabe en este caso el efecto negativo de la cosa juzgada, tal y como así lo acepta la propia empresa recurrente y no es objeto de discusión, y la segunda, que tampoco es aplicable el efecto positivo, en la medida en que las circunstancias que deben tenerse en cuenta para la correcta valoración jurídica de los preceptos convencionales impugnados en el presente proceso, relativos al convenio colectivo 2010-2015, no tienen que ser necesariamente las mismas que fueron consideradas por las anteriores sentencias en razón del devenir histórico de los sucesivos convenios colectivos desde la fecha a la que se remonta la cuestión litigiosa en la firma del primero de ellos correspondiente al periodo 1994-1996.

Lo que obliga a rechazar esta primera línea argumental del recurso”.

La doctrina expuesta respecto a la cosa juzgada, es de aplicación asimismo al instituto de la litispendencia, pues, ambos tienen por objeto garantizar la seguridad jurídica e impedir la existencia de resoluciones contradictorias. Así, como señala nuestra sentencia de 6 de julio de 2016 (recurso casación 155/2015), "La litispendencia tiende a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que requiere las mismas identidades que ésta: subjetiva, objetiva y causal. No basta con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos (pero no de todos), pues esto último a lo único que puede dar lugar es a la posibilidad de acumulación de ambos procesos a instancia de parte legítima, constituyendo una hipótesis distinta a la de litispendencia. Si bien nuestro ordenamiento no define el

concepto de litispendencia, la misma se configura como el anverso de la cosa juzgada y para que concurra se exige que el objeto de ambos litigios sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo, a tenor del artículo 222.1 LEC. Así lo hemos expuesto en SSTs 3 mayo 2010 (rec. 185/2007), 9 febrero 2015 (rec. 406/2014), 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015) y otras muchas que allí se citan ".

Por ello, no cabe hacer uso de los efectos suspensivos que prevé el art. 43 LEC por cuanto la cuestión de fondo no puede quedar comprometida por resoluciones judiciales contradictorias, puesto que aunque en ambos procedimientos tienen por objeto la impugnación del Convenio Colectivo de CLH SA., en cada uno de ellos se interesa la nulidad de diferentes preceptos, relativos a materias no vinculadas, sin que lo que se resuelva en un procedimiento vaya a influir en el otro.

SEGUNDO.- Pretensión y demanda.-

Por la representación de la Federación de Industria Afines y Trabajadores Agroalimentarios de la Unión General de Trabajadores (FITAG-UGT), se presentó demanda contra la Compañía Logística de Hidrocarburos, S.A. (CLH S.A.), a la que se adhirieron la Sección Sindical de CGT en CLH y Sección Sindical de CC.OO. en CLH, siendo parte el Ministerio Fiscal, sobre impugnación de convenios de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se acaba suplicando se dicte sentencia por la que estimando la demanda, se declare: « (...) la nulidad de lo dispuesto en los siguientes preceptos del Convenio Colectivo de CLH y su personal (BOE de 20 de junio de 2011) por resultar contrarios al principio de igualdad establecido en los artículos 14 de la Constitución y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores : La letra A) del número 1 del artículo 25 del convenio colectivo que tiene el siguiente tenor literal: "La jornada de trabajo, en cómputo anual, será de 1.699 horas/año de trabajo efectivo, comenzando y finalizando la misma en el puesto de trabajo. Dicha jornada será de 1.697 horas en 2011, de 1695 horas en 2012, de 1.693 horas en 2013 y de 1691 horas/año a partir del 2014". La Disposición Adicional Séptima que tiene el siguiente tenor literal: "Disposición adicional séptima. Aportaciones al Plan de Pensiones. A) Aportación ordinaria: La aportación del Promotor al Plan de Pensiones será de un 3,5 % del salario computable, entendiéndose como tal la suma del salario base y los complementos de antigüedad,

turnicidad, plus de relevo y el de PMER. El porcentaje de la aportación obligatoria del trabajador será el 0,5% de su salario computable y del 1% a partir de los 45 años. 8) Aportación extraordinaria consolidada para los años 2011 y siguientes: A partir de la firma del Convenio Colectivo, la empresa reconoce una aportación extraordinaria anual al Plan de Pensiones a favor de los trabajadores con relación laboral en la empresa a partir del 1 de agosto de 1997. Dicha aportación extraordinaria tendrá los valores que, en función de la edad de cada trabajador a 30 de junio de cada año, se indican en el Anexo 1A.2 para el año 2011. Los citados valores se actualizarán y revisarán, para años sucesivos de conformidad con los criterios fijados en los artículos 82 y 83 del convenio. El exceso de aportación, si lo hubiere, derivado de la aplicación de la revisión prevista en el artículo 83, se destinará a aportación de ahorro del partícipe. Esta aportación se ingresará en el Plan de Pensiones en la primera quincena del mes de enero de cada año". Lo establecido en la disposición transitoria sexta del convenio solo y únicamente respecto de la previsión de que el trabajador haya sido contratado antes de la fecha de 12 de septiembre de 1995, como condición para aplicarse el régimen jurídico de duración y cómputo de jornada (apartado 5) y de aportaciones al Plan de Pensiones (apartado 13).»

Se funda la demanda en la existencia de un doble régimen de condiciones contrario al principio de igualdad en la medida en que se fijan atendiendo a si la contratación tuvo lugar antes o después del 12-09-1995.

TERCERO.- Sentencia recurrida.-

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 26 de octubre de 2015 , dictada en el procedimiento 230/2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "En la demanda de impugnación de convenio colectivo promovida por * contra *, desestimamos las excepciones de litispendencia y efecto negativo de cosa juzgada. Estimamos parcialmente la demanda, en los siguientes términos: -Declaramos la nulidad de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de CLH y su personal (BOE 20-6-11) en su art. 25.1.a). -Declaramos la nulidad de lo establecido en el apartado 4 de la Disposición Transitoria 6ª únicamente respecto de la previsión de que el trabajador haya sido contratado antes de la fecha de 12-9-95. -Declaramos la nulidad de lo establecido en el apartado 13 de la Disposición Transitoria 6ª únicamente

respecto de la previsión de que el trabajador haya sido contratado antes de la fecha de 12-9-95, debiendo entenderse válido exclusivamente para los trabajadores contratados antes del 1-9-97. Desestimamos la demanda en lo restante".

La sentencia, tras desestimar la excepción de litispendencia y el efecto positivo de la cosa juzgada, entiende, que no se acredita justificación objetiva y razonable en relación a la fecha que se fija de referencia, si bien respecto de una de las pretensiones se mantiene el tratamiento diverso en función de otra fecha que sí está justificada.

CUARTO.- Recursos de casación.-

1.- Contra la referida sentencia, se formula recurso de casación ordinaria:

I.- Por la FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS Y TRABAJADORES AGRARIOS DE LA UGT (FITAG-UGT);

II.- Y por la COMPAÑÍA LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS (CLH, SA).

2.- Los recursos son impugnados, para solicitar cada parte respectivamente la desestimación del adverso.

3.- El Ministerio Fiscal emitió informe en el que interesa la desestimación de ambos recursos.

QUINTO.- Resolución de los motivos de recurso.-

I.- Recurso que formula la FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS Y TRABAJADORES AGRARIOS DE LA UGT (FITAG-UGT).

Se formula un motivo único de recurso, al amparo del art. 207 e) de la LRJS , denunciando la vulneración del art. 14 de la Constitución Española, art. 17 del Estatuto de los Trabajadores , y Disposición Transitoria 6ª apartado 13 del Convenio.

Sobre el doble tratamiento jurídico contenido en el Convenio Colectivo vigente de CLH y su personal (BOE de 20 de junio de 2011) en relación a las aportaciones al Plan de Pensiones de la empresa CLH reproduce el contenido del apartado 13 de la Disposición Transitoria Sexta del Convenio, así como la Disposición Adicional Séptima del mismo. Entiende con apoyo en dicha norma convencional que consta el presupuesto

de una diferencia de trato en el régimen de aportaciones al Plan de Pensiones de CLH establecida en el convenio colectivo impugnado.

Sobre la jurisprudencia de esta Sala IV/TS en relación al principio de igualdad en la regulación contenida en los convenios colectivos, se limita a transcribir ampliamente la STS/IV de 18 de junio de 2010 (rec. 152/2009).

Y por último, sobre la falta de justificación objetiva y razonable en el establecimiento de un doble régimen de aportaciones al Plan de Pensiones de CLH dependiendo de la fecha de contratación contenida en el Convenio colectivo impugnado, disiente de la conclusión de la sentencia recurrida por entender que no concurre justificación alguna al respecto, por lo que entiende debe anularse la "regulación peyorativa en dicha materia para los trabajadores contratados a partir del 12 de septiembre de 1995 que contiene el Convenio Colectivo impugnado por violación de los preceptos denunciados.

El recurso así formulado, ha de desestimarse.

Consta acreditado que el personal proveniente de CAMPSA tenía un Plan de pensiones de aportación fija en el momento de pasar a CLH SA, en 1997 que se decide mantener en los sucesivos convenios colectivos, que les ha permitido continuar con su misma modalidad de aportaciones hasta hoy, lo cual es compatible con el art. 6.1.e) de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, que admite la existencia de diversos regímenes de aportaciones. Y partiendo de ello, la sentencia recurrida, afirma que "Está clara, pues, la justificación objetiva y razonable de la diversidad de tratamiento entre los contratados antes o a partir del 1- 8-97. Sin embargo, lo que los demandantes atacan no es esta diferencia, sino la que opera entre los contratados antes o a partir del 12-9-95, fecha sobre la que nada se ha expuesto por la empresa que permita identificar algún tipo de justificación. Pero lo que sí ha alegado es que la inclusión del régimen aplicable a los trabajadores contratados antes del 1-8-97 en la Disposición Transitoria obedece a un error y, en efecto, así cabe deducirlo del análisis de la sucesión de convenios: desde que el convenio de 1997 contempla el subplan de aportación fija, lo hace exclusivamente para los trabajadores contratados antes del 1-8- 97, y así se mantiene en un convenio tras otro hasta que en el de 2004-2009 aparece la DT 6ª con su fecha de referencia del

12-9-95, y el subplan abandona su tradicional regulación en la Disposición Adicional para pasar a la citada DT, constando de igual modo en el convenio actualmente vigente. Es innegable que la fecha de 12-9-95 en la DT 6ª.13 no está justificada, lo que, en principio, debería llevar a la estimación de la demanda en este punto. Sin embargo, ello supondría aplicar a todos los trabajadores de la empresa, con independencia de su fecha de contratación, el subplan acordado exclusivamente para los trabajadores incorporados antes del 1-8-97, lo que choca abiertamente con la recta aplicación del principio de igualdad, pues otorgar tratamiento idéntico a situaciones que constan como dispares es tan censurable como lo inverso. Y esa disparidad de partida fue asumida por la parte demandante, cuando CCOO reconoció que el motivo de la existencia del subplan de aportación fija era la asunción de los trabajadores procedentes de CAMPSA".

Ha de aceptarse el razonamiento de instancia, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, que por la razón expuesta concluye que el contenido de la DA 7ª ha de mantenerse, al igual que lo dispuesto en la DT 6ª 13, si bien, en congruencia con el planteamiento de la controversia en el acto de juicio, "esta última no ha de resultar de aplicación a los contratados antes del 12-09-95, sino a los contratados antes del 1-8-97".

Conviene recordar la doctrina de esta Sala sobre la interpretación de los convenios colectivos que es resumida, entre otras muchas, por nuestras sentencias de 22 de enero de 2013 (RO 60/2012) 19 de junio de 2013 (RO 102/2012) y 22 de abril de 2013 (RO 50/2011). En ellas se dice: "en nuestra sentencia de 23 de septiembre de 2010 (Rec. 206/09), reproducida por la de 11 de noviembre de 2010 (Rec. 23/2010) dijimos: "Recordábamos en la STS de 15 de abril de 2010 (rec. 52/09) que el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas- (arts. 3.1 y 1281 del Código Civil).- No obstante, "la interpretación de la normas contenidas en los convenios colectivos ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes" (así, STS de 27 de enero de 2009 - rec. 2407/2007 - que cita sentencias anteriores)".

La interpretación hecha por la sentencia recurrida es acorde con el redactado literal del precepto, además de racional y lógica, y como tal ha de mantenerse.

II.- Recurso que formula la COMPAÑÍA LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS (CLH SA) .

A.- Al amparo del art. 207 d) de la LRJS , interesa la recurrente que se incorpore al relato fáctico de instancia, un nuevo hecho probado (decimotercero) para que se incluya el contenido del acuerdo conciliatorio de fecha 7 de abril 2015 (proc. 20/2015) que se da por reproducido.

Procede la desestimación de este motivo, pues como recuerda la doctrina de esta Sala IV/ TS, entre otras, en sentencia de 16 de septiembre de 2013 (Rc. 75/2012), el artículo 207.d) de la aplicable Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) establece que " el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: ... d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios ", y en interpretación del apartado d) del artículo 205 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral , del mismo tenor literal, que su precedente de la LRJS, reiteradísima jurisprudencia de esta Sala -y valga por todas la sentencia de 1 de julio de 2010 (recurso casación 91/2009)- ha venido exigiendo para que el motivo alcanzare éxito, la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos : a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental (...) obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia".

Igual criterio en relación a la alegación de errónea valoración de la prueba, ha seguido esta Sala IV/ TS, entre otras en sentencia de 7 de octubre de 2011 (rco 190/2010) recuerda los presupuestos para que proceda en casación ordinaria la revisión fáctica, con cita de la STS/IV 19-julio-2011 (rco 172/2010), y SSTs. de 12 de Marzo de 2002 (rec. 379/01), 6 de Julio de 2004 (rec. 169/03), 18 de abril de 2005 (rec. 3/04)

y 12 de Diciembre de 2007 (rec. 25/07), respecto del error en la apreciación de la prueba tiene reiteradamente declarado esta Sala (Auto de 5 de marzo de 1992 y Sentencias de 2 de junio de 1992 , 31 de marzo de 1993 y 4 de noviembre de 1995).

Al respecto, la STS/IV de 16 de julio de 2015 (rco. 180/14) resalta nuestra doctrina sobre la revisión de hechos en este trámite extraordinario de casación, para que la denuncia del error pueda ser apreciada, señala que es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: "a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rco 1959/91 -; [...] SG 03/12/14 -rco 201/13 -; [...] y SG 25/02/15 -rco 145/14 -).

Tan genéricas afirmaciones únicamente se alcanzan a comprender en toda su amplitud teniendo en cuenta ya más concretas precisiones de la Sala en orden a los antedichos requisitos. Cuales son -aparte de las que se dirán respecto de los concretos motivos revisorios-: a) que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - art. 97.2 LRJS - únicamente al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica, y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error se desprenda de manera evidente de documentos idóneos para tal fin, pero rechazando que ello pueda conducir a negar las facultades de valoración que corresponden al Tribunal de instancia, únicamente fiscalizables si no se han ejercido conforme a las reglas de la sana crítica [recientes, SSTS 02/07/14 -rco 241/13 -; 16/09/14 -rco 251/13 -; y 15/09/14 -rco 167/13 -); b) que expresamente ha de rechazarse la formulación del motivo revisorio cuando con ella se pretende que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba [obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida],

como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación (SSTS 03/05/01 -rco 2080/00 -; [...] 08/07/14 -rco 282/13 -; y SG 22/12/14 -rco 185/14 -); y c) que los documentos al efecto invocados «deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable», hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (próximas, SSTS 15/09/14 -rco 167/13 -; 16/09/14 -rco 251/13 -; y SG 18/07/14 -rco 11/13 -).".

En el presente caso, como se ha indicado, no concurren los señalados requisitos jurisprudenciales, pues lo que pretende el recurrente es introducir en el factum un acuerdo de conciliación, que deviene irrelevante, pues nos llevaría a discutir sobre la existencia de litispendencia, que es objeto del segundo motivo de recurso y se resuelve en el FJ segundo de la sentencia recurrida, y que, a mayor abundamiento, se basa en circunstancias jurídicas no alegadas en el momento procesal oportuno, y por lo tanto extemporáneas. Procede por ello la desestimación del presente motivo de recurso.

B.- Al amparo del art. 207 c) de la LRJS, denuncia el recurrente la vulneración de lo dispuesto en el art. 400 LEC y art. 24.1 CE.

Entiende el recurrente que la sentencia debió apreciar la existencia de litispendencia, al estar pendiente de sentencia el recurso 193/2015 seguido ante esta Sala IV/TS dictada en el procedimiento 1/2015.

Damos aquí por reproducido cuanto queda manifestado en el FJ primero (Cuestión previa) en relación al instituto de la cosa juzgada y la litispendencia y doctrina al respecto referida, cuya aplicación ha de conducir a la desestimación de la alegación de la recurrente. En efecto, el primer proceso se produce como consecuencia de una reclamación en materia de "antigüedad", en que lo que definitivamente se resuelva, no va a influir en lo que aquí ahora se debate, pues con independencia de la identidad de partes, no existe identidad de objeto, lo que hace imposible que opere la litispendencia, ni tampoco, la cosa juzgada.

C.- Al amparo del art. 207 e) de la LRJS , denuncia el recurrente la vulneración del art. 222.4 de la LEC , art. 17 ET y art. 14 CE .

Alega el recurrente que la sentencia recurrida debió apreciar el efecto positivo de la cosa juzgada.

Este motivo merece igual suerte desestimatoria, confirmando la afirmación contenida en la sentencia de instancia y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, pues en la sentencia que se cita de esta Sala IV/TS de 19-01-2010 , no existe pronunciamiento firme alguno respecto del régimen convencional de aportación al fondo de pensiones -ahora discutido-, limitándose el pronunciamiento a lo resuelto en relación con la duración de la jornada, y en relación con sentencias previas dictadas en relación con el Convenio 2002- 2003, en el que la regulación del art. 25 difiere del contenido del convenio 2004-2009 en el que desaparece toda mención relativa al mantenimiento de las condiciones en calidad de condición más beneficiosa, para señalar a partir del mismo que la diferencia de tratamiento obedece a que los contratados antes del 12-09-1995 proceden del anterior sistema de categorías profesionales. Todo lo cual impide apreciar el efecto positivo de la cosa juzgada.

SEXTO.- Por cuanto antecede, procede la desestimación de ambos recursos, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, y la confirmación de la sentencia recurrida. Sin costas.

FALLO:

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

Desestimar los recursos de casación interpuestos por la FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS Y TRABAJADORES AGRARIOS DE LA UGT (FITAG-UGT), y por la COMPAÑÍA LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS (CLH, SA), contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 2015 , dictada en el procedimiento núm. 230/2015, seguido a instancias de la FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS Y TRABAJADORES AGRARIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FITAG-UGT), contra la COMPAÑÍA LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS (CLH, SA), SECCIÓN SINDICAL DE CGT EN CLH, SECCIÓN SINDICAL DE CC.OO. EN CLH, y siendo parte el MINISTERIO FISCAL. Confirmar la sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de Confederación General del Trabajo se planteó demanda de tutela de libertad sindical de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia «estimando íntegramente la demanda declarando haber lugar al amparo judicial solicitado en el sentido de:

1) Que se declare la existencia de la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical por haber negado la participación del Sindicato Confederación General del Trabajo - C.G.T. en la Comisión Negociadora del nuevo Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y Organismos Autónomos dependientes de ésta,

2) Que se declare la nulidad radical de la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, así como la de aquellos Sindicatos demandados que hubieran estado conformes con la negativa a la participación del Sindicato demandante en la Comisión Negociadora,

3) Que se ordene el cese inmediato de la actuación contraria al derecho de libertad sindical,

4) Que se restablezca al Sindicato C.G.T. en la integridad de su derecho y se le reponga en su situación legal como miembro legítimo y de pleno derecho de la Comisión Negociadora del nuevo Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y Organismos

Autónomos dependientes de ésta, ordenando la nueva constitución de dicha Mesa Negociadora con inclusión del Sindicato demandante.

5) Que se condene a la Administración demandada solidariamente con aquellos Sindicatos demandados que hubieran estado conformes con la negativa a la participación del Sindicato demandante en la Comisión Negociadora, al pago de una indemnización de daños y perjuicios consistente en el abono de la cantidad de 1.000 euros por cada una de las reuniones que se hayan producido de la Comisión Negociadora sin la convocatoria del Sindicato demandante, incluida la reunión de su constitución.».

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

TERCERO.- Con fecha 26 de febrero de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimar la demanda formulada por el Sindicato Confederación General de Trabajo C.G.T en materia de tutela de libertad sindical en los autos 3/2015 contra la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y Organismos Autónomos dependientes de ésta a través de la Consejería de Hacienda y su Dirección General de la Función Pública, el sindicato Comisiones Obreras CCOO, el sindicato Unión General de Trabajadores U.G.T, el sindicato Central de Sindicatos Independiente y Sindical de Funcionarios CSI-CSIF y el Ministerio Fiscal, declarando la no vulneración del derecho a la libertad sindical del sindicato C.G.T, absolviendo a los demandados de las pretensiones que se dirigían en su contra, sin costas.».

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

« 1º.- En las elecciones sindicales celebradas en el año 2012, el sindicato Confederación General del Trabajo obtuvo los siguientes resultados:

1.- En los Comités de Empresa de SACYL: ningún representante.

2.- En los Comités de Empresa de la Consejería de Sanidad y la de familia: obtuvo 23 representantes de un total de 157 con una representación del 14,65%.

3.- En los comités de empresa de la consejería de Educación: obtuvo seis representantes de un total de 125 con una representación del 4, 80%.

4.- En los comités de empresa del resto de consejerías obtuvo 20 representantes de un total de 139 con una representación del 14,39 por cien.

2º.- Con fecha cinco de julio de dos mil trece se firma convenio colectivo para el personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y organismos autónomos dependientes de ésta por la Administración General de la la Comunidad de Castilla y León y organismos autónomos dependientes de esta y el y por las centrales sindicales UGT, CCOO, CSI, CSIF y CG que fue publicado el 28 de octubre de 2013 en el BOCyL.

3º.- Con fecha 15 de septiembre de dos mil quince tiene lugar la reunión de constitución de la comisión negociadora del próximo convenio colectivo a la que asisten los sindicatos UGT, CCOO, CSI-F junto con la Administración. En la misma se declara que el sindicato CGT carece de representatividad suficiente.».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Confederación General del Trabajo. La parte recurrida formuló impugnación a dicho recurso. Con fecha 5 de julio de 2016 se admitió el presente recurso.

SEXTO.- Admitido el recurso de casación por esta Sala, se dió traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de junio de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia, dictada en primera instancia por el TSJ de Castilla-León (sede de Burgos), por la que se desestimó la demanda formulada por el sindicato C.G.T. a fin de que se declarase su derecho a participar como miembro legítimo y de pleno derecho en la comisión

negociadora del nuevo convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad Autónoma de Castilla-León y se anulasen los actos realizados por esa Administración y demás sindicatos en desconocedores de ese derecho, condenándoles al pago de una indemnización de mil euros por cada una de las reuniones que se hubiesen producido sin su intervención.

El recurso se articula en torno a cuatro motivos de los que los dos primeros interesan la revisión de los hechos declarados probados y los otros dos el examen del derecho aplicado, si bien el último es subsidiario del anterior, por cuanto, si no se reconoce el derecho reclamado y la violación del mismo, tampoco procederá el pago de una indemnización por los inexistentes daños y perjuicios causados en ese supuesto.

SEGUNDO.- Sobre la revisión de los hechos probados.

1. El examen de los dos motivos del recurso que interesan, al amparo del art. 207-d) de la Ley Reguladora de la jurisdicción social (LJS), la revisión de los hechos declarados probados requiere conforme a la doctrina de la Sala que es resumida en nuestra sentencia de 18 de mayo de 2016 (R. 108/2015), entre otras diciendo:

«... B) En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas.

C) Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).

2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.

4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

D) De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental o pericial, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento o dictamen de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento o del dictamen pericial entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente (SSTS de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90 , o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar "de manera directa y evidente la equivocación del juzgador" pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha "por otros elementos probatorios unidos al proceso" (por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec. 19/2002)

No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas).».

2. La aplicación de la anterior doctrina obliga desestimar el primer motivo del recurso por el que se pretende que se adicione, al ordinal primero de los hechos probados, que en el total de los comités de empresa del personal al servicio de las Instituciones sanitarias públicas de la Comunidad Autónoma de Castilla-León (SACYL) se eligieron 93 representantes de los que la recurrente no obtuvo ninguno.

En efecto, se trata de un dato pacífico y aceptado tácitamente, cual reconoce la recurrente, por la sentencia en su Fundamento de Derecho Primero, antepenúltimo párrafo, cuando dice que de un total de 514 representantes la recurrente sólo tenía 49, tras haber reseñado anteriormente los representantes que tienen los comités de empresa que conforman las otras unidades electorales y, como las otras tres tienen un total de 421 representantes, resulta que una sencilla operación aritmética nos muestra que la unidad electoral llamada SACYL tiene 93, lo que hace innecesario matizar este dato que, además, no es controvertido.

3. Tampoco puede prosperar la modificación fáctica, propuesta en segundo lugar, que consiste en adicionar un nuevo hecho probado a fin de concretar el número de electores y el número de personal de residentes para la formación que tiene el SACYL en cada provincia de las nueve de Castilla-León.

La razón es que la parte recurrente no cita el documento concreto en el que se acreditan esos datos y el error del Tribunal de instancia al no tenerlos en cuenta por ser trascendentes, incluso la recurrente reconoce que posiblemente la desestimación a la

demanda no se funda en ese dato, lo que evidencia la falta de trascendencia de ese hecho, pues como luego se verá, el mismo no afecta al número de electores que pueden elegir a los representantes y delegados de los trabajadores (RLT), ni al número de los miembros de la RLT que son elegidos.

TERCERO.- El tercer motivo del recurso alega la infracción de los artículos 7-2 y 8-2-b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en relación con los artículos 4-1-c) 87-1 y 88-1 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Tras hacer una extensa exposición de los antecedentes, la parte recurrente concluye, resumidamente, que aunque es cierto que a su sindicato pertenecen menos del 10 por 100 de los 541 miembros de la RLT, pues sólo tiene 49 representantes, piensa que proporcionalmente sí alcanza ese porcentaje: si se descuenta del número total de representantes en la RLT, los que corresponden a electores que, pese a tener esa condición y estar representados por los comités de empresa elegidos, no se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Concretamente, dentro de los comités de empresa del SACYL, propone excluir del cómputo el número de representantes que, teóricamente, corresponden a los electores que luego no están incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo que se negocia, cual serán los médicos-residentes con relación laboral especial, lo que supondría, según la recurrente, que en el SACYL, el personal afecto por las condiciones del convenio colectivo sólo sería del 31,41 por 100 y, consiguientemente, que solo 30 de los 93 representantes del SACYL, fuesen computables para determinar la representatividad y la legitimación para negociar el convenio, razón por la que el sindicato recurrente, al tener 49 representantes, superaría el 10 por 100 de los 451 representantes, no 514, a tener en cuenta para determinar la legitimación negociadora.

El motivo así articulado no puede prosperar porque la literalidad de las normas de aplicación, primera norma de hermenéutica lo impide. En efecto, aparte que el número de representantes de los trabajadores en el SACYL (93) no concuerda con el número de electores que dice el recurso (2.127) y con lo dispuesto en el art. 66-1 del ET, resulta que el art. 69-2 del E.T. establece que son electores todos los trabajadores de la empresa, para, posteriormente, en su artículo 87-1 conceder la legitimación para negociar Convenios colectivos a la mayoría de la RLT elegida y limitar la legitimidad de las centrales sindicales para negociar convenios sectoriales a "Los sindicatos que

cuenten con un mínimo del diez por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiere el convenio" (art. 87-2-c) del ET), siendo el reparto de miembros de la comisión negociadora proporcional a la mayor o menor representatividad de quienes estén legitimados para negociar (art. 88-1 del E.T .) Por tanto, la legitimación para negociar viene dada en función de la mayor representatividad que se ostente en la RLT, siendo exigible a las centrales sindicales un mínimo del diez por ciento.

Consecuentemente, no cabe hacer en contra de lo normado, disquisiciones sobre que el objeto de la negociación restringe el número de representantes que pueden intervenir, ni realizar con base en ello cálculos aritméticos sobre los porcentajes a computar. Es principio de derecho el de "odiosa restringenda", esto es que no cabe una interpretación restrictiva de las normas favorables (la negociación en este caso), principio al que se une el de que "donde la ley no distingue nosotros tampoco podemos distinguir", principios cuya aplicación a este caso obliga a confirmar la sentencia recurrida. En efecto, la legitimidad para negociar la reconoce la ley a la mayoría de la RLT en el comité de empresa y a los sindicatos que cuenten con un mínimo del diez por ciento de representantes en la RLT en el ámbito en el que se negocia el convenio, sin que quepa modificar, restringir, el alcance de esa disposición limitando la representatividad de determinados representantes a cierto colectivo. Es el colegio electoral quien vota y elige a sus representantes sin que quepa diferenciar entre los elegidos, salvo que la ley diga otra cosa, lo que al no ser el caso nos impide hacerlo a nosotros, máxime cuando en otro caso sería preciso el voto separado de los diferentes colectivos de electores, sin que quepa un simple cálculo aritmético. Por lo demás, no se debe olvidar que el derecho a la negociación colectiva es un derecho de configuración legal, lo que comporta el que deba ejercerse conforme a las normas legalmente establecidas en la materia sobre el procedimiento a seguir, el objeto y la legitimación para negociar, normas sobre las que las partes no disponen (STS de 20 de junio de 2006 y del TC de 27 de marzo de 2000 y 26 marzo de 2001, entre otras).

CUARTO.- La desestimación del anterior motivo, conforme a lo razonado y a lo informado por el Ministerio Fiscal obliga a desestimar, también, el otro motivo del

recurso, condicionado al éxito del anterior y a confirmar la sentencia recurrida. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de Confederación General del Trabajo, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, de fecha 26 de febrero de 2016, en actuaciones nº 3/2015. 2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 13 de febrero de 2014 el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º .- La demandante Dña. Delia , con DNI nº NUM000 , viene prestando servicios en el CAPD de Sarria, con categoría profesional de cuidadora, Grupo III, Categoría 99, declarada en Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo (autos nº 275/2007), en fecha 06/06/2007; tras reclasificación desde la categoría profesional de cuidador auxiliar del Grupo IV, Categoría 4 (documental de ambas partes).

2º .- Por Orden de la Consellería de Facenda de 2 de Mayo de 2012, publicada en el DOG de 04/05/2012, se convocó concurso para la provisión de puestos de trabajo vacantes de los grupos I, II, III y IV del personal laboral de la Xunta de Galicia, señalando la base 1.4 que los aspirantes interesados en participar en la presente

convocatoria deberán poseer los requisitos y pertenecer a la categoría profesional señalada en la relación de puestos de trabajo para desempeñar la vacante a la que pretendan acceder.

3º .- La demandante presentó, en fecha 08/05/2012, solicitud de participación en el concurso, optando a los puestos ofertados con los nº NUM001 , nº NUM002 , nº NUM003 , nº NUM004 , nº NUM005 , nº NUM006 , nº NUM007 , nº NUM008 , nº NUM009 , nº NUM010 , nº NUM011 , nº NUM012 y nº NUM013 del Anexo II de la referida Orden. Asimismo, la demandante volvió a presentar nueva solicitud de participación en el referido concurso, en fecha 24/05/2012, optando a los puestos ofertados con los nº NUM014 , nº NUM015 , nº NUM016 , nº NUM017 , nº NUM018 , nº NUM019 , nº NUM001 , nº NUM002 , nº NUM003 , nº NUM004 , nº NUM005 , nº NUM006 , nº NUM007 , nº NUM008 , nº NUM009 , nº NUM010 , nº NUM011 , nº NUM012 y nº NUM013 del Anexo II de la referida Orden.

4º .- Por Resolución de 27/08/2012 de la Dirección Xeral de la Función Pública de la Consellería de Facenda se aprobó la relación definitiva de admitidos y excluidos del concurso para la provisión de puestos de trabajo vacantes de los grupos I, II, III y IV de personal laboral de la Xunta de Galicia convocado por Orden de la Consellería de Facenda de 02/05/2012, publicada en el DOG de 04/09/2012, siendo excluida la demandante, por el motivo con código nº NUM020 , que significaba "presenta dúas instancias".

5º .- Formulada reclamación previa a la vía jurisdiccional, fue desestimada por Resolución de 22/11/2012 (documental de ambas partes)».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda interpuesta por Dña. Delia , representada por la Letrado Sra. Pérez Vega, contra la Consellería de Facenda- Xunta de Galicia, representada por la Letrado Sra. Jamardo Carballo, DEBO DECLARAR Y DECLARO contraria a derecho la Resolución de 27/08/2012 de la Dirección Xeral de la Función Pública de la Consellería de Facenda en cuanto excluye a la parte demandante del concurso para la provisión de puestos de trabajo vacantes del grupo III del personal laboral de la Xunta de Galicia,

debiendo ser incluida dentro de los aspirantes del concurso de traslados en los puestos solicitados, valorándose debidamente sus méritos para ocupar los mismos».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de la Xunta de Galicia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 14 de octubre de 2015 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada de la Xunta de Galicia, actuando en nombre y representación de la CONSELLERÍA DE FACENDA DE LA XUNTA DE GALICIA, contra la sentencia de fecha trece de febrero de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo , en autos 55/2013, seguidos a instancia de D.^a Delia contra la recurrente, debemos confirmar y confirmamos en su integridad la sentencia de instancia. Se impone la condena en las costas del recurso a la recurrente, con inclusión del abono de los honorarios de la Letrada impugnante del recurso, que se fijan en la cuantía de 601 €».

TERCERO.- Por la representación letrada de la Xunta de Galicia se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 20 de noviembre de 2015. Se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 21 de julio de 2015 (RSU 648/2014), considerando la parte que la sentencia objeto del presente recurso infringe el artículo 7.2.a) del V Convenio Colectivo único del personal al servicio de la Xunta, en relación con las bases I.4 y III.2 de la orden de la Consellería de Facenda de 2 de mayo de 2012, publicada en el DOG de 04/05/2012), así como de la jurisprudencia relativa a la consideración de las bases como la ley del concurso .

CUARTO.- Con fecha 27 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación letrada de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que la buena doctrina se encuentra en la sentencia recurrida, por lo que el recurso debe ser considerado improcedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de enero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. - La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si puede impugnarse la resolución dictada por la Consellería de Facenda de la Xunta de Galicia que excluye de un determinado concurso para la provisión de puestos vacantes a la trabajadora demandante, que no había cuestionado en su momento las bases establecidas en la Orden mediante la que publicó en el DOG esa convocatoria.

La sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Lugo de 13 de febrero de 2014 , estima la demanda, declara que es contraria a derecho la Resolución de 27/8/2012 que excluyó a la actora de aquel concurso y ordena su inclusión en el listado de aspirantes. Contra dicha sentencia formula recurso de suplicación la demandada, que es desestimado en la sentencia de la Sala Social del TSJ de Galicia de 14 de octubre de 2015, rec. 2201/2014 , frente a la que se interpone el recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia de contraste la de la misma Sala de lo Social de Galicia de 21 de julio de 2015, rec. 648/2014 , y denunciando infracción de los arts. 7.2.a) del V Convenio Colectivo único del personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia, en relación con las bases I.4 y III.2 de las Orden de la Conselleria de Facenda de 2 de mayo de 2012 y la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 19 de diciembre de 2006, rec. 2659/2005.

2. - La recurrente en su impugnación sostiene que no hay contradicción entre ambas sentencias, porque en la referencial es diferente la causa por la que se produjo la exclusión del concurso de la trabajadora demandante y tampoco es coincidente el grupo profesional al que pertenecen los puestos de trabajo solicitados por cada una de ellas.

Por razones de fondo interesa la desestimación del recurso, con base a la doctrina de la Sala III del Tribunal Supremo que admite la posibilidad de que los interesados puedan discutir judicialmente los actos de asignación de plazas que se dicten

en resolución de un determinado concurso, aun cuando no hubieren objetado en su momento la convocatoria, si las bases de la misma resultan contrarias a la legalidad.

3. - El Ministerio Fiscal en su informe defiende la existencia de contradicción y la desestimación del recurso, para confirmar en sus términos la sentencia recurrida que a su juicio contiene la doctrina ajustada a derecho, en cuanto considera que la trabajadora puede combatir la resolución por la que se la excluye de la convocatoria, aunque no hubiere impugnado las bases de la misma en el momento de su publicación, al resultar contra derecho los términos de aquella convocatoria por contravenir lo establecido en el Convenio Colectivo de aplicación.

SEGUNDO. 1. - Veamos si entre la sentencia recurrida y la referencial concurre la contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS , que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos distintos, lo que requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos diferentes sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R. 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010 , 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 .

2. - Los datos relevantes de la sentencia recurrida son los siguientes: 1º) la demandante viene prestando servicios para la Xunta de Galicia con categoría profesional de cuidadora, grupo III, en condición de personal laboral fija; 2º) Por Orden de la Consellería de Facenda de 2 de Mayo de 2012, publicada en el DOG de 04/05/2012, se convocó concurso para la provisión de puestos de trabajo vacantes de los grupos I, II, III y IV del personal laboral de la Xunta de Galicia, señalando la base 1.4 que los aspirantes interesados en participar en la presente convocatoria deberán poseer

los requisitos y pertenecer a la categoría profesional señalada en la relación de puestos de trabajo para desempeñar la vacante a la que pretendan acceder; 3º) la actora no impugnó las bases de la convocatoria y presentó en fecha 8/5/2012 una primera solicitud para participar en ese concurso, optando a varios de los puestos que se ofrecían, y en fecha 24/5/2012 una segunda solicitud ampliando la anterior a otros de los puestos ofertados; 4º) por Resolución de 27/8/2012 se aprobó la relación definitiva de admitidos y excluidos del concurso, en la que aparece como excluida la demandante por el motivo con código nº NUM020 por haber presentado dos solicitudes; 5º) la sentencia de instancia ha estimado la demanda, tras razonar que es irrelevante el hecho de que la trabajadora hubiere presentado dos solicitudes, porque la segunda supone invalidar la primera y se presentó dentro de plazo, y por entender que las bases de la convocatoria vulneran lo dispuesto en el art.7 del V Convenio Colectivo Único del personal laboral de la Xunta de Galicia, en la medida en que el precepto convencional permite concursar a todas las categorías del mismo grupo profesional siempre que se cumplan los requisitos de titulación, mientras que en aquellas bases únicamente se permitía solicitar plazas de la misma categoría profesional.

En el recurso de suplicación la demandada esgrimió un primer motivo en el que interesaba la declaración de nulidad por incongruencia de la sentencia de instancia, en cuanto declara que las bases de la convocatoria son contrarias a lo dispuesto en el Convenio Colectivo y anula por esta razón la resolución que excluye a la trabajadora que no había impugnado las bases de la convocatoria. La sentencia recurrida lo desestima, sin que en el recurso de casación unificadora se suscite ninguna cuestión al respecto.

Y resuelve en el mismo sentido desestimatorio las demás pretensiones ejercitadas en suplicación, razonando ,en lo que ahora interesa, que el hecho de no haberse impugnado las bases del concurso no impide que pueda discutirse con posterioridad los efectos de aplicación de las mismas cuando resultan ser contrarias a derecho, al haberlo así admitido la jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo y siendo que en este caso las bases incurren en una ilegalidad al contravenir lo previsto en el art. 7 del Convenio Colectivo .

3. - El caso de la sentencia de contraste es como sigue: 1º) la trabajadora demandante presta servicios para la Xunta de Galicia como personal laboral fijo, con categoría profesional de cuidadora, grupo III; 2º) mediante Orden de la Consellería de Facenda de fecha 2 de mayo de 2012, se convoca concurso para la provisión de puestos de trabajo vacantes; 3º) la actora participa en el concurso solicitando varios de los puestos ofertados; 4º) en la posterior resolución que publica la lista definitiva de admitidos y excluidos, aparece como excluida por la causa 86 (no pertenecer al grupo/categoría profesional de los puestos solicitados); 5º) la trabajadora no había impugnado las bases de la convocatoria y presentó demanda ante el juzgado de lo social para solicitar que se deja sin efecto la resolución que la excluye del concurso; 6º) la sentencia del juzgado estimó en parte la demanda y ordenó la inclusión de la actora como aspirante en el concurso.

La sentencia referencial estimó el recurso de suplicación interpuesto por la Xunta de Galicia y revoca la sentencia con desestimación de la demanda, y razona para fundamentar su decisión que las bases de un concurso u oposición constituyen su ley si fueron expresa o tácitamente admitidas, por lo que no puede cuestionar la trabajadora en su demanda las bases del concurso que habían sido ya consentidas desde el momento en el que no fueron impugnadas, lo que le impide invocar posteriormente que son contrarias a lo dispuesto en el Convenio Colectivo.

4.- Ninguna duda cabe que concurren todos los requisitos que exige el art. 219 LRJS para apreciar la existencia de contradicción, porque en ambos casos se trata de trabajadoras que ostentan la condición de personal laboral fijo de la Xunta de Galicia y participan en el mismo concurso de cobertura de plazas vacantes convocado por la administración, siendo las dos excluidas. Ninguna de ellas había impugnado en su momento las bases de la convocatoria y presentan sendas demandas en las que solicitan que se deje sin efecto su exclusión.

Bien es verdad que la Resolución de exclusión de cada una de ellas se sustenta en una causa diferente, pero esta circunstancia deviene del todo irrelevante a efectos de la contradicción, una vez que las sentencias recurrida y de contraste convergen en la misma y única cuestión jurídica que es objeto de casación unificadora.

Y esa cuestión no es otra que la de determinar si las demandantes que no impugnaron en su momento las bases de la convocatoria pueden combatir posteriormente la resolución en la que se acuerda su exclusión, cuando se da la circunstancia de que contravienen lo dispuesto en el Convenio Colectivo, en tanto limitan la posibilidad de concursar a las plazas de la categoría profesional a la que pertenecen, en lugar de extenderlo a todas las vacantes del mismo grupo profesional como permite la norma convencional.

Contra lo que se sostiene en el escrito de impugnación, carece de trascendencia a efectos de la contradicción que la causa de exclusión en uno y otro caso haya sido inicialmente diferente, una vez que en las dos sentencias de suplicación se ha unificado ese particular en la misma base 1.4 de la convocatoria y su eventual ilegalidad por contravenir lo dispuesto en el art. 7 del V Convenio Colectivo, convergiendo de esta forma los dos asuntos en esa única cuestión que ya hemos enunciado.

Igual de irrelevante es el hecho de que las trabajadoras pertenezcan a grupos profesionales diferentes, lo que no incide de ninguna forma en la existencia de la contradicción.

TERCERO.1. - Tal y como hemos adelantado, se trata de establecer si es o no posible combatir judicialmente la resolución dictada por la administración que contiene la relación definitiva de admitidos y excluidos en un determinado concurso para la cobertura de vacantes, cuando no se había impugnado en su momento las bases de la convocatoria en cuya aplicación se sustenta la exclusión.

Idéntica cuestión se suscita en el recurso de casación unificadora 3982/2015 deliberado en el mismo día de hoy, al que damos una solución coincidente.

2. - Para la mejor comprensión de la problemática jurídica que vamos a resolver se hace necesario exponer previamente ciertas consideraciones.

El art. 7 del V Convenio Colectivo del personal laboral de la Xunta de Galicia, dispone que ese personal podrá concursar a todas las categorías del mismo grupo, siempre que el interesado reúna la titulación y demás requisitos para poder participar en los concursos que se convoquen con posterioridad al año 2008.

La claridad con la que está redactado en este punto el precepto despeja cualquier duda sobre su interpretación y alcance, que no es otro que el de permitir que los trabajadores puedan solicitar la adjudicación de cualquier plaza del mismo grupo profesional al que pertenecen y no solo las de la misma categoría profesional que ostentan, siempre que reúnan la titulación y demás requisitos que sean necesarios.

En la base I.4 de la convocatoria en litigio publicada por Orden de 2 de mayo de 2012, en la que se anuncia la provisión de puestos de trabajo vacantes pertenecientes a los Grupos I, II, III y IV, se establece que los aspirantes interesados en participar en esa convocatoria deberán reunir los requisitos y pertenecer a la categoría profesional que se indica en la relación de los puestos de trabajo para desempeñar la vacante a la que se pretende acceder.

No hay que hacer un especial esfuerzo interpretativo para concluir que lo previsto en esa base I.4 contraviene claramente el contenido del convenio colectivo y limita indebidamente los derechos que la norma convencional atribuye a los trabajadores, en la medida en que restringe la posibilidad de solicitar las vacantes anunciadas en el concurso a los puestos de trabajo de su categoría profesional en lugar de hacerla extensiva a todas las plazas del mismo grupo profesional, incurriendo con ello en una flagrante ilegalidad.

3. - En ese contexto la recurrente hace suyo el razonamiento de la sentencia de contraste, e invoca la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006, rec. 2659/2005, para sostener conforme a la misma, que la trabajadora que no impugnó en su momento los términos de la convocatoria ha venido en aceptar tácitamente las condiciones establecidas para participar en aquel concurso y prestado su consentimiento al presentar la solicitud, por lo que no puede luego discutir la posterior resolución en la que se acuerda su exclusión por una de las causas previstas en las bases que no fueron impugnadas.

En aquel otro asunto se trataba de un trabajador de la Sociedad estatal de Correos y Telégrafos, S.A, que ocupa una determinada plaza en condición de interino por vacante y participa en las pruebas selectivas convocadas para cubrir plazas de trabajadores fijos. Supera el proceso y se le adjudica una de las plazas que ha solicitado

en otra localidad, pero opta luego por no tomar posesión en la misma. Las bases del concurso establecían expresamente que la adjudicación de una plaza como trabajador fijo comportaba la extinción de la relación laboral como interino, y con ese fundamento es cesado por la empresa en la plaza que desempeñaba en interinidad.

En este contexto y para esa concreta situación, nuestra sentencia razona que una vez publicada la convocatoria y no impugnada ésta, es ley del concurso y no puede atacarse cuando ha precluido el plazo para impugnarla, porque la mera participación en la convocatoria, sin impugnar sus bases, implica aceptación tácita de todos sus términos y vincula al trabajador a las consecuencias que de ella se deriven, sin que pueda ir luego contra sus propios actos para combatir la posterior resolución que se dicta en estricta aplicación de las bases del concurso.

4.- Aunque pudiere parecer que esa doctrina debe ser de aplicación al caso de autos, hay una radical y esencial diferencia que impide su traslación a este asunto.

En aquel otro supuesto no se discute en ningún momento la perfecta legalidad de las bases del concurso y no había razón para estimar que pudieren ser contrarias a derecho.

A diferencia de lo que sucede en el caso de autos, en el que los términos de la convocatoria incurren en una ilegalidad por contravenir lo dispuesto en el convenio colectivo al que deben sujetarse.

Elemento que resulta ser del todo determinante y esencial para valorar la posibilidad de que la actuación silente del trabajador suponga una tácita prestación de consentimiento en la aceptación de las bases de la convocatoria, porque no cabe entonces considerar válidamente emitida una tácita declaración de voluntad en asumir las ilegales consecuencias jurídicas a las que daría lugar la aplicación de las bases del concurso.

Por ese motivo la doctrina de nuestra anterior sentencia se refiere a una cuestión jurídica diferente a la que es objeto de este procedimiento.

Conforme a las premisas de aquel caso, lo que aquella sentencia concluye es que el trabajador que ha decidido acudir voluntariamente a una convocatoria para la cobertura de unas determinadas plazas viene en aceptar- siquiera tácitamente- las

condiciones previstas en la misma y queda vinculado a las consecuencias que se deriven, y en concreto, la necesidad de la incorporación de las personas seleccionadas a los destinos que se les adjudiquen.

Criterio que resultará de aplicación cuando no esté en cuestión la adecuación a derecho de los términos de la convocatoria, pero que no puede trasladarse a las situaciones en las que su contenido vulnere lo dispuesto en el convenio colectivo en perjuicio de los trabajadores, siendo por ello que no cabe admitir tácitamente prestado un consentimiento que supondría renunciar a derechos reconocidos en el convenio colectivo contraviniendo lo dispuesto en el art. 3. 5 ET .

Lo que es fácil de constatar en su específica aplicación al caso de autos, pues si el Convenio Colectivo permite que los trabajadores puedan concursar a todas las plazas de su mismo grupo profesional, no cabe considerar válidamente prestado un consentimiento tácito en aceptar la restricción de ese derecho a las plazas de la misma categoría profesional.

5. - No está de más citar en este punto la consolidada doctrina de la Sala III del Tribunal Supremo que ha venido a modificar su tradicional criterio, para entender finalmente que la no impugnación de las bases de la convocatoria que resulten ser contrarias a derecho, no es óbice para que el interesado pueda luego combatir los actos posteriores que resulten de la aplicación de aquellas bases ilegales.

La sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009, rec. 2586/2005 , expone perfectamente la evolución de la doctrina en esta cuestión: "admitiendo que existía una jurisprudencia que amparaba el principio de que no impugnada las bases no puede después impugnarse el resultado, esta ha ido modificándose , empezando por la posibilidad de que se impugnara si nos encontrábamos ante un acto nulo de pleno derecho, después añadiendo el supuesto de violación de derechos fundamentales, aun cuando este puede incardinarse en el primero a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 , después permitiendo la impugnación , en el momento en que el resultado del proceso selectivo ha supuesto un verdadero perjuicio , ilegal, para quien no tiene la obligación de soportarlo".

Para recordar finalmente las dos sentencias de esa Sala de 2 de marzo de 2009 en las que se sostiene que: "el consentimiento de las bases no puede convertirse en un obstáculo impeditivo a priori de la fiscalización de los actos administrativos, y no solo ya por la técnica admitida de la nulidad de pleno derecho, que al permitir la impugnación en cualquier momento, impediría la producción del consentimiento del acto, pues siempre podría reaccionarse contra el mismo en tiempo y forma. Ni tampoco, como también se ha admitido por la jurisprudencia, distinguiendo entre un primer momento, en que pueden impugnarse las bases, y otro, en que puede impugnarse la aplicación de estar en el acto resolutorio del proceso selectivo, cuando aquella es decisiva del resultado lesivo para el interesado, pues en efecto, la impugnación de bases conlleva generalmente un resultado dañoso para el propio impugnante, al paralizar o poder hacerlo el proceso selectivo, siendo así que, a pesar de que quien participa en el mismo pueda dudar de la legalidad de alguna de ellas, hasta que se produzca efectivamente su aplicación y ésta sea decisiva, puede no interesarle su aplicación".

Doctrina que ha venido a ser posteriormente reiterada en numerosas sentencias de esa misma Sala III del Tribunal Supremo, entre otras y por citar solo las más recientes, las de 9 de mayo ; 15 de junio ; y 6 , 8 y 19 de julio de 2016, recs. 1165/2015; 2684/2015; 3723/2015; 1185/2015 y 1992/2015.

6. - Ese mismo criterio de la Sala III del Tribunal Supremo debe ser trasladado al orden social de la jurisdicción, con mayor razón si cabe, en cuanto la convocatoria de un concurso para el personal laboral por parte de la administración no deja de ser un acto unilateral del empleador, y como tal, no puede ir contra lo pactado con la representación de los trabajadores, porque admitir lo contrario sería tanto como convalidar una actuación con la que se han eludido las obligaciones que el convenio colectivo impone. Ya hemos adelantado que la base de la convocatoria que sirve de causa a la exclusión de la trabajadora infringe lo dispuesto en el convenio colectivo, no puede por ello considerarse prestado válidamente el consentimiento para su aceptación en forma tácita por el hecho de que no fuere impugnada, ni negarse el derecho de la afectada a combatir el acto resolutorio del proceso selectivo con el que se plasma el resultado lesivo que para ella supone la exclusión del concurso en aplicación de una causa ilícita.

CUARTO. - 1. -Por lo expuesto y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, es la sentencia recurrida la que contiene la buena doctrina, lo que lleva a confirmarla íntegramente con desestimación del recurso de la demandada.

2. - Con imposición de costas a la recurrente conforme a las previsiones del art. 235 LRJS.

FALLO:

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

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Xunta de Galicia , contra la sentencia de 14 de octubre de 2015, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación núm. 2201/2014 , formulado frente a la sentencia de 13 de febrero de 2014, dictada en autos 55/2013, del Juzgado de lo Social núm.1 de Lugo , seguidos a instancia de D. Delia frente a Consellería de Facenda-Xunta de Galicia, y declarar la firmeza de la sentencia recurrida con imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 23 de diciembre de 2013 , el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «1.- Desestimar la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Cesar frente a Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. con intervención del Ministerio Fiscal,

sobre despido y tutela. 2.- Absolver a los demandados de lo peticionado frente a los mismos. 3.- No procede hacer pronunciamiento en materia de costas procesales.»

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- Cesar, con DNI NUM000 prestó servicios para la empresa demandada, con una antigüedad desde 02.05.1997 con categoría profesional de agente de clasificación, y salario de 1592,63 euros mensuales incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. Es de aplicación el III Convenio de Correos y Telégrafos.

2. El demandante recibió con fecha 27.10.2012 notificación de la carta de despido, fechada el 22.10.2012 por acoso sexual a una compañera acaecido el 11.04.2012. (Se hacía constar que el plazo de prescripción estaba interrumpido desde el 11.05.2012 hasta el 21.09.2012 por la instrucción del expediente colectivo según el III Convenio Colectivo).

3. El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo sindical alguno, aunque si consta su afiliación sindical desde que en fecha 14.07.2010 comunicó a la empresa su afiliación al Sindicato Solidaridad Postal.

4. El Sindicato Solidaridad Postal presentó escrito en fecha 17.04.2008 poniendo de manifiesto que habían constituido sección sindical. La empresa demandada no tiene en Alicante centros de trabajo con más de 250 trabajadores, no existiendo por tanto secciones sindicales y delegados sindicales en los términos que establece la Ley Orgánica de Libertad Sindical. El Sindicato Solidaridad Postal no tiene representación en la provincia de Alicante a la vista de las últimas elecciones sindicales celebradas.

5. En fecha 11.04.2012, sobre las 05.45 horas, en el turno de noche que se desarrollaba en el CTA de Alicante el actor se aproximó por la espalda a la trabajadora Florinda que se encontraba en la zona de FLAT (clasificación de correo no normalizado), y, a presencia de Justiniano, Raúl, Rosa y Amparo, le cogió los pantalones bajándoselos a la altura de la rodilla, al tiempo que realizaba comentarios del tipo: "lo fácil que se lo pones a tu novio", o sobre la huchita de la trabajadora, en referencia a la parte del cuerpo que había quedado al descubierto. En ese momento la trabajadora, tras subirse los pantalones no reaccionó. Esperó al finar del turno para

explicarle al Sr. Juan Antonio, jefe de la unidad de clasificación del turno de noche, lo ocurrido, esperando que él, así le manifestó, hiciera algo; Don. Juan Antonio preguntó al demandante sobre lo ocurrido, reconociendo éste lo que había pasado pero aclarando que se había tratado de una broma, en todo momento. El actor: manifiesta que se disculpó con la afectada tan pronto tuvo conocimiento que se sentía dolida por su comportamiento.

6. El 09.05.2012 por el Subdirector de Personal se decidió la incoación de expediente disciplinario contra el actor. En el mismo acuerdo de incoación se dispuso suspensión de empleo y sueldo del trabajador de conformidad con el art. 88.3 del III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos SA. La suspensión desplegó efectos desde el 16.05.2012.

7. La tramitación del expediente se llevó a cabo de acuerdo al procedimiento establecido en el mencionado Convenio, notificándose su incoación a la .representación laboral en los términos establecidos en el art. 90, que no incluye al Sindicato Solidaridad Postal en tanto no tiene representación. El actor recibió todas las notificaciones establecidas, y solicitó incluso la práctica de prueba, teniendo una participación activa en el procedimiento. También hizo uso de su derecho a no declarar en el procedimiento, en dos ocasiones. Pero, en su momento, si realizó alegaciones y en ellas el demandante manifestó, entre otras cosas: ' Florinda llevaba como de costumbre unos pantalones los cuales dejaban ver medio trasero y la ropa interior'.

8. Concluido el expediente la demandada calificó la infracción como muy grave, acordando el despido del demandante.

9. El preceptivo acto de conciliación ante el SMAC, se celebró el 12.12.2012, concluyendo el mismo sin avenencia».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictó sentencia con fecha 18 de noviembre de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. Cesar, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Alicante, de fecha 23 de

diciembre de 2013; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Procuradora Sra. Ramírez Gómez, en representación de D. Cesar, mediante escrito de 5 de febrero de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que:
PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 15 de enero de 2013.
SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 60 del ET, en relación con los arts. 14, 24 y 29 de la CE, el art. 89 del III Convenio Colectivo de Correos y Telégrafos.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 21 de septiembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 22 de diciembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

La cuestión que debemos resolver posee un alcance sumamente concreto: determinar si ha prescrito una falta laboral por haberse dilatado la tramitación del expediente disciplinario más de lo previsto en el Convenio Colectivo aplicable.

1. Los hechos probados relevantes.

Tal y como expone el Fundamento Quinto de la sentencia recurrida, los hechos declarados probados en instancia, con los añadidos a que se da lugar y el propio expediente sancionador tramitado, permiten elaborar el siguiente relato cronológico de lo acaecido:

- 11 abril 2012: El despedido acosa sexualmente a una compañera de trabajo, durante el turno de noche y en presencia de varios compañeros.

- 11 abril 2012: la trabajadora, al acabar el turno, comunica lo sucedido al Jefe inmediato y común (Don. Juan Antonio).

- Días posteriores: Don. Juan Antonio elabora un informe de lo acaecido. Este escrito es, sucesivamente, remitido al Jefe Provincial (Alicante) y a la Jefa de Recursos Humanos de la Zona IV (Valencia).

- 25 abril 2012: la Jefa de Recursos Humanos de la Zona IV remite el informe al Jefe de Zona, quien lo circula al Jefe del Área de sanciones.

- 9 mayo 2012: el Subdirector de Personal acuerda suspender de empleo y sueldo al trabajador, así como abrir expediente disciplinario.

- 22 octubre 2012: el expediente finaliza acordando el despido disciplinario del trabajador.

- 27 de octubre de 2012: notificación de la sanción.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Disconforme con la decisión empresarial, el trabajador presenta demanda por despido y vulneración de derechos fundamentales que es desestimada mediante sentencia de 23 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Social número 5 de Alicante.

B) Asimismo en desacuerdo con la resolución judicial de instancia, el trabajador interpone recurso de suplicación. Pide rectificaciones fácticas sobre el salario indemnizatorio, aplicación del Protocolo contra el Acoso (BOE 28 junio 2011), audiencia al sindicato, precisión de fechas en que se remite el Informe a los diversos órganos empresariales.

El recurso desarrolla cinco motivos de censura jurídica sobre prescripción del expediente, audiencia al delegado sindical, trámites propios del Protocolo contra el Acoso, aplicabilidad de la teoría gradualista y titularidad de la opción en despidos improcedentes conforme al EBEP.

C) Mediante su sentencia 2610/2014, de 18 de noviembre de 2014, la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana desestima el recurso de suplicación y confirma la resolución recurrida.

La desestimación es el resultado de un minucioso análisis sobre los nueve motivos de recurso suscitados. A nuestros efectos interesa destacar la siguiente argumentación:

- La realización de un informe por parte del Jefe directo de acosador y acosada no supone un acto preliminar de instrucción que permita interrumpir la prescripción de la falta.

- La interrupción de la prescripción se sitúa en la fecha de incoación del expediente disciplinario.

- Solo si el expediente disciplinario se hubiera prolongado durante más de seis meses carecería de efecto la referida interrupción de la prescripción y, sin embargo, sí habría prescrito la falta laboral.

- Puesto que se incoa el expediente con fecha 9 de mayo y se notifica la sanción acordada el 27 de octubre debe rechazarse la prescripción de la falta y la caducidad del expediente.

3. El recurso de casación y los escritos concordantes.

A) Con fecha 3 de febrero de 2015 la representación letrada del trabajador presenta recurso de casación para la unificación de doctrina centrado en una única cuestión: "determinar si existe prescripción de faltas cuando en la tramitación del expediente de despido disciplinario se ha superado el plazo de seis meses desde el primer acto preliminar de instrucción hasta la resolución del expediente, de acuerdo con la normativa" aplicable a Correos.

A efectos de la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS invoca la sentencia 63/2013 de 15 de enero (rec. 2253/2012), del TSJ de la Comunidad Valenciana, ya citada en el recurso de suplicación y tomada en cuenta por la Sala valenciana para adoptar su decisión.

B) Con fecha 3 de noviembre de 2015, a través de la Abogacía del Estado, se presenta impugnación al recurso por parte de la entidad empleadora, que comienza cuestionando la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas.

Asimismo advierte sobre la ausencia de contenido casacional cuando se trata de calificar despidos disciplinarios; subsidiariamente, considera que los argumentos desplegados por la sentencia recurrida son acertados y conducen a desestimar el recurso.

C) Con fecha 16 de enero de 2016 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el informe contemplado en el art. 226.3 LRJS. Postula la desestimación del recurso tanto por ausencia de contradicción cuanto por no infringir la sentencia recurrida norma alguna.

SEGUNDO.- Contradicción entre sentencias que aplican convenio diverso.

1. Alcance de la exigencia legal y jurisprudencial.

A) El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) , 17/06/2014 (R. 2098/2013) , 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

B) Como regla general, la contradicción no puede apreciarse cuando las pretensiones formuladas en los correspondientes procesos que han dado lugar a las sentencias comparadas se fundan en normas distintas, porque en estos casos no cabe

apreciar la identidad de las controversias, ya que se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción; y es así, porque la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo. En definitiva, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepcionales en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones, con el alcance precisado [SSTS 25/02/2013 (R. 3309/2012), 25/10/2013 (R. 198/2013), 12/12/2013 (R. 167/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013)].

2. Los convenios colectivos aplicados.

El Abogado del Estado considera que al ser diversos los convenios colectivos aplicados quiebra la identidad requerida por el art. 219 LRJS y nuestra doctrina. Resulta necesario, por tanto, examinar sus diferencias.

A) En el caso resuelto por la sentencia de contraste se aplica el II Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos (BOE 25 septiembre 2006). Su artículo 67 prescribe que la facultad disciplinaria respecto del personal debe ejercerse " de acuerdo con el régimen jurídico previsto en el mismo y, en su defecto, en el ET".

Por otro lado, el artículo 75 (" Prescripción de faltas"), en concordancia con la clasificación de las faltas laborales hecha precedentemente, establece lo siguiente:

Las faltas leves prescribirán a los diez días, las graves a los veinte días y las muy graves a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.

Dichos plazos quedarán interrumpidos por cualquier acto propio del expediente instruido o preliminar del que pueda instruirse, en su caso, siempre que la duración de

éste, en su conjunto, no supere el plazo de seis meses sin mediar culpa del trabajador expedientado.

Finalmente, interesa recordar que el artículo 74 regula la " tramitación y procedimiento" aplicable en materia disciplinaria, y dispone lo siguiente:

Las sanciones por faltas graves y muy graves requerirán la tramitación previa de expediente disciplinario conforme a los trámites y requisitos previstos en el presente artículo.

La facultad de incoar expediente corresponderá a la persona u Órgano que así se designe al efecto en las normas sobre atribución de poderes de la empresa. En cualquier momento del expediente el Órgano competente para ordenar su incoación podrá adoptar la medida de suspensión provisional de empleo y sueldo del empleado si la gravedad de los hechos así lo aconseja. Dicha medida habrá de ser notificada al interesado. El expediente disciplinario necesario para sancionar las faltas graves o muy graves constará de tres fases, desarrollándose con carácter general por medios escritos o audiovisuales:

a) Incoación.-La incoación del procedimiento disciplinario deberá ser acordada por el órgano competente, en cuya orden se nombrará un instructor, notificándose al interesado. Asimismo, cuando la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar lo exija, podrá nombrarse también un secretario, lo que deberá ser también notificado al interesado.

b) Instrucción del expediente.-El instructor ordenará la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción. El interesado tendrá derecho a no declarar contra sí mismo. A la vista de las actuaciones practicadas, el instructor dará traslado del pliego de cargos, en el que serán reseñados con precisión los hechos cuya comisión se le impute a tenor de las actuaciones practicadas. El trabajador tendrá un plazo de diez días hábiles para contestar al pliego de cargos y proponer las pruebas que estime convenientes. Recibida la contestación al pliego de cargos o transcurrido el plazo para ello y practicadas en su caso las pruebas ordenadas por el instructor o las admitidas por este de entre las solicitadas por el encartado, se dará a éste vista del expediente

mediante entrega de copia del mismo, para que en el plazo de 10 días hábiles alegue lo que estime pertinente y aporte cuanta documentación considere de interés. Formuladas las alegaciones o transcurrido el plazo previsto para realizarlas, el instructor elevará las actuaciones al órgano competente, junto con su propuesta, para la resolución que proceda. El interesado podrá ser asistido por la representación sindical en los términos legalmente previstos.

c) Resolución.-El Órgano sancionador dictará la resolución que estime procedente. La resolución recaída, con expresión de las causas que la motivaron, se comunicará por escrito al interesado que deberá firmar el duplicado; en caso de negativa, se le hará la notificación ante testigos. Plazo de tramitación del expediente disciplinario: deberá realizarse en un plazo no superior a seis meses, contados desde la fecha de la orden de incoación hasta la de su resolución, excepto si mediase circunstancias excepcionales que justifiquen su paralización, o que éstas se produzcan por causas exclusivamente imputables al expedientado, en cuyo caso deberá dejarse constancia de las mismas en el expediente, mediante acuerdo motivado del instructor, con notificación de ello al interesado.

B) En el presente caso resulta de aplicación el III Convenio Colectivo de la entidad empleadora (BOE 28 junio 2011). Su artículo 81 dispone que la potestad disciplinaria se somete al régimen jurídico previsto en el convenio y, en su defecto, en el Estatuto de los Trabajadores. Asimismo añade que en el régimen disciplinario regulado en el presente Título se deberá tener también en cuenta y resulta de obligado cumplimiento lo dispuesto en el «Protocolo contra el Acoso» que se recoge en Anexo a este convenio.

El artículo 89 reproduce literalmente el contenido del artículo 75 en el anterior convenio, mientras que el nuevo artículo 88 reelabora los términos del precedente artículo 74 del siguiente modo:

Las sanciones por faltas graves y muy graves requerirán la tramitación previa de expediente disciplinario conforme a los trámites y requisitos previstos en el presente artículo.

La facultad de incoar expediente corresponderá a la persona u órgano que así se designe por la Dirección de Recursos Humanos.

En cualquier momento del expediente el órgano competente para ordenar su incoación podrá adoptar la medida de suspensión provisional de empleo y sueldo del empleado/a si la gravedad de los hechos así lo aconseja. Dicha medida habrá de ser notificada al interesado/a.

El expediente disciplinario necesario para sancionar las faltas graves o muy graves constará de tres fases, desarrollándose con carácter general por medios escritos o audiovisuales:

a) Incoación. La incoación del procedimiento disciplinario deberá ser acordada por el órgano competente, en cuya orden se nombrará un instructor/a, notificándose al interesado/a. Asimismo, cuando la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar lo exija, podrá nombrarse también un secretario/a, lo que deberá ser también notificado al interesado/a.

b) Instrucción del expediente. El instructor/a ordenará la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción. El interesado/a tendrá derecho a no declarar contra sí mismo.

A la vista de las actuaciones practicadas, el instructor/a dará traslado del pliego de cargos, en el que serán reseñados con precisión los hechos cuya comisión se le impute a tenor de las actuaciones practicadas.

El trabajador/a tendrá un plazo de diez días hábiles para contestar al pliego de cargos y proponer las pruebas que estime convenientes.

Recibida la contestación al pliego de cargos o transcurrido el plazo para ello y practicadas en su caso las pruebas ordenadas por el instructor/a o las admitidas por éste/a de entre las solicitadas por el encartado/a, se dará a éste/a vista del expediente mediante entrega de copia del mismo, para que en el plazo de 10 días hábiles alegue lo que estime pertinente y aporte cuanta documentación considere de interés.

Formuladas las alegaciones o transcurrido el plazo previsto para realizarlas, el instructor/a elevará las actuaciones al órgano competente, junto con su propuesta, para la resolución que proceda.

El interesado/a podrá ser asistido/a por la representación sindical en los términos legalmente previstos.

c) Resolución. El Órgano sancionador dictará la resolución que estime procedente.

La resolución recaída, con expresión de las causas que la motivaron, se comunicará por escrito al interesado/a que deberá firmar el duplicado; en caso de negativa, se le hará la notificación ante testigos.

Plazo de tramitación del expediente disciplinario: Deberá realizarse en un plazo no superior a seis meses, contados desde la fecha de la orden de incoación hasta la de su resolución, excepto si mediasen circunstancias excepcionales que justifiquen su paralización, o que éstas se produzcan por causas exclusivamente imputables al expedientado/a, en cuyo caso deberá dejarse constancia de las mismas en el expediente, mediante acuerdo motivado del instructor/a, con notificación de ello al interesado/a.

3. Consideraciones del Tribunal.

A) El II Convenio atribuye la facultad de incoar expediente a quien corresponda con arreglo a "las normas sobre atribución de poderes en la empresa", mientras que el III Convenio lo hace a "la persona u órgano que así se designe por la Dirección de Recursos Humanos". Se trata de una diferencia entre las dos regulaciones que no posee trascendencia para la resolución del presente litigio, tal y como ha llegado configurado a nuestro conocimiento.

B) Mayor relieve posee la innovación que aporta el III Convenio al advertir que la potestad disciplinaria ha de ejercerse de acuerdo con las previsiones del Protocolo sobre Acoso incorporado, ausente del II convenio. Sin embargo, en él no aparece previsión alguna que pueda afectar al tema que ahora interesa.

C) Otras divergencias de redacción carecen de trascendencia práctica a los efectos que interesa. En consecuencia, hemos de concluir que aunque se apliquen

diversos convenios colectivos a los dos casos contrapuestos, el tenor de las prescripciones que inciden sobre el tema de la posible interrupción de la prescripción es prácticamente idéntico y no impide la comparación.

TERCERO.- Contradicción a propósito de despidos disciplinarios.

1. Alcance de la exigencia legal y jurisprudencial.

El art. 219.1 LRJS configura como auténtico presupuesto procesal del recurso que se instrumente frente a sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, "que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos". De ahí se desprende que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

Por otra parte, la Sala ha declarado reiteradamente que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, salvo supuestos excepcionales que aquí no concurren, no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico [SSTS 08/06/2006 (R. 5165/2004), 18/12/2007 (R. 4301/2006), 15/01/2009 (R. 2302/2007), 15/02/2010 (R. 2278/2009), 19/07/2010 (R. 2643/2009), 19/01/2011 (R. 1207/2010), 24/01/2011 (R. 2018/2010), 24/05/2011 (R. 1978/2010), y 17/09/2013 (R. 4021/2010)].

La función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. De ahí que, conforme a lo recogido en el art. 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, podrán ser inadmitidos los recursos de casación para unificación de doctrina que carezcan de contenido casacional, esto es, los que se interpusieran contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo [AATS 01/10/2014 (R. 1068/2014), 07/10/2014 (R. 1062/2014) entre otros y SSTS 29/04/2013 (R. 2492/2012), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 15/01/2014 (R. 909/2013), y 10/02/2015 (R. 125/2014) entre otras].

2. Los supuestos contrastados.

El escrito de impugnación al recurso pide que se inadmita (lo que ahora comportaría su desestimación) por falta de contenido casacional, precisamente invocando las numerosas sentencias de esta Sala Cuarta en las que hemos advertido sobre la enorme dificultad que existe para poder aportar sentencias que resuelven casos sustancialmente idénticos. Se hace preciso, por tanto, comprobar si concurre tal presupuesto.

A) Aquí se trata de trabajador que ha acosado sexualmente a una compañera, en los términos descritos al reproducir la crónica judicial de instancia.

B) En el caso referencial se trata de trabajadora que ha cometido diversas anomalías respecto del franqueo de envíos.

3. Consideraciones del Tribunal.

Ninguna similitud existe entre los hechos por los que Correos despidió a la trabajadora en el caso de contraste y al demandante en el presente, del mismo modo que son diversas las circunstancias personales de una y otro. Por tanto, si el recurso de casación pretendiera la reconsideración pertinente a los hechos declarados como ciertos habríamos de descartar radicalmente la viabilidad de la pretensión.

Sin embargo, pese a lo expuesto por la Abogacía del Estado, ahora no cabe aplicar ese enfoque. Sencillamente, porque no está en juego la calificación de una conducta sino la determinación de si ha prescrito o no la misma como consecuencia de la actividad

instructora de la empresa. En ese sentido, resulta por completo indiferente la conducta imputada y la atención ha de desplazarse hacia el comportamiento de Correos y su incidencia en los plazos prescriptorios.

CUARTO.- Contradicción respecto de los actos empresariales indagatorios.

Descartada la ausencia de contradicción entre las dos sentencias opuestas pese a que aplican convenios colectivos distintos (Fundamento Segundo) y enjuician despidos acordados a la vista de conductas heterogéneas (Fundamento Terceros), queda por examinar un último parámetro antes de poder abordar el tema de fondo suscitado. El Ministerio Fiscal, precisamente, advierte sobre la diversidad de los casos resueltos tomando en cuenta esta perspectiva.

1. El caso examinado.

Recordemos que el acoso ocurre el 11 de abril y que el 9 de mayo el Subdirector de Personal acuerda incoar expediente disciplinario (además de la suspensión de empleo y sueldo).

La sentencia recurrida considera que la realización del informe por parte del jefe directo de la actora (tras interrogar a los empleados concernidos) no es un acto preliminar de instrucción que permita computar el plazo de seis meses desde ese momento. Añade que la instrucción se inicia cuando el informe es recibido por el órgano con competencia para instruir el expediente. Dado que no consta la fecha de recepción por parte del jefe del Área de Sanciones del informe elaborado por el jefe directo de la trabajadora, el plazo de inicio debe situarse en la fecha de incoación del expediente, el 9 de mayo de 2012. Así se insiste que a estos efectos y en este caso, no es posible calificar de acto preliminar instructor las averiguaciones efectuadas por el jefe directo de la actora.

2. El caso referencial.

La sentencia referencial argumenta que aunque el expediente disciplinario no se había incoado hasta el 3 de marzo, en enero y febrero se habían realizado por la empresa actuaciones de control de franqueo sobre envíos aceptados en ventanilla, detectándose incidencias sobre la falta de registros de envíos de franqueo pagado en oficina en el

sistema informático IRIS, y alteraciones del prefranqueo. El Director de Auditoría e Inspección, en informe de 14 de febrero, puso de manifiesto la existencia de hechos susceptibles de sanción, atribuibles a la actora.

A partir de esta fecha, 14 de febrero de 2011 se interrumpe la prescripción por la actuación preliminar del Informe del Director de Auditoría e Inspección, y a partir de dicha fecha se empieza a computar el plazo de seis meses que en su conjunto (actuaciones preliminares y expediente) no puede superarse para la imposición de la sanción.

3. Consideraciones del Tribunal.

A) En la sentencia recurrida no se considera "acto preliminar" el informe inicial que realiza el Jefe inmediato del trabajador despedido, mientras que en la de contraste sí se considera "acto preliminar" el Informe del Director de auditoría e Inspección.

Como advierte la Fiscalía, esta diferencia rompe la necesaria similitud de los casos y descarta la existencia de contradicción: ambas aceptan que los actos preliminares del expediente disciplinario interrumpen la prescripción. No son contradictorias sino que valoran el carácter (preliminar o no) de cierta actuación empresarial.

B) Aquí nos encontramos ante una dificultad semejante a la que concurre a la hora de valorar los hechos y de subsumirlos en las causas de despido. Las conductas empresariales son diversas y el momento en que el responsable de instruir un expediente conoce la posible existencia de anomalías viene precedido de acontecimientos muy diversos.

C) En la sentencia recurrida es una trabajadora (acosada sexualmente) la que pone en conocimiento de sus superiores la existencia de una conducta ajena sancionable. La empresa lleva a cabo diversas indagaciones. Cuando esas indagaciones (Informe) llegan a conocimiento del órgano competente es cuando cabe situar el comienzo de las acciones preliminares o instructoras.

En la sentencia de contraste es la propia estructura empresarial al que detecta las anomalías en que incurre la trabajadora (al cabo despedida). Tras constatarlas el

Informe que las describe y tomar conocimiento de lo acaecido es cuando cabe hablar de actividad preliminar o instructora.

D) De este modo, en nuestro caso puede decirse que la actividad esclarecedora desplegada por el jefe inmediato del trabajador equivale a las comprobaciones de la conducta defraudatoria que Correos lleva a cabo en el caso de contraste. Solo una vez que el órgano competente toma conocimiento de lo que parece haber sucedido es cuando cabe hablar de interrupción de la prescripción y a partir de ahí es cuando puede operar, en su caso, el plazo máximo de seis meses.

E) Atendido lo anterior, los supuestos no cumplen suficientemente con las exigencias del art. 219.1 LRJS. El modo en que la empresa accede al conocimiento de los hechos sancionados (por denuncia de una empleada, seguida de indagaciones; por indagaciones propias, precedidas de sospechas) muestra que no cabe parificar la emisión del Informe del Jefe inmediato del despedido (en nuestro caso) con el Informe del Director de Auditoría e Inspección, tras haber detectado la empresa diversas conductas anómalas de la despedida (en el caso referencial),

F) La propia Sala de suplicación tiene a la vista su precedente (que el trabajador despedido había aducido) y pone de relieve que no está cambiando de criterio, sino resolviendo supuestos diversos. Vale la pena reproducir la consideración final del Fundamento Quinto, que hacemos nuestra:

Tampoco lo decidido contradice lo que manteníamos en la sentencia resolutoria del recurso de suplicación 2253/2012 , ya que allí se valoraba la interrupción de la prescripción y el inicio del cómputo de los seis meses se iniciaba en la fecha del informe del Director de Auditoría e Inspección que puso de manifiesto la existencia de hechos susceptibles de sanción, mientras que en éste no hay auditoria o informe concluyente sobre la comisión de falta alguna hasta que se incoa el expediente por órgano con facultad sancionadora, o al menos con facultad instructora, por lo que se insiste no es posible calificar de acto preliminar instructor a las averiguaciones efectuadas por el Jefe directo de la actora.

QUINTO.- Resolución.

A) No estamos ante sentencias contradictorias en los términos que exige el artículo 219.1 LRJS, por lo que el recurso debiera haberse inadmitido y en el trámite actual eso comporta su desestimación, tal y como el Ministerio Fiscal ha interesado.

B) El recurso de casación alega la infracción del art. 60 del ET, en relación con los arts. 14, 24 y 29 de la CE, el art. 89 del III Convenio Colectivo de Correos y Telégrafos.

La infracción de los arts. 14, 24 y 9 de la CE carecen de la más mínima argumentación por lo que debe ser rechazada de plano su alegación. El desarrollo se limita a copiar lo que parece ser parte de la fundamentación jurídica de una sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias y luego sostiene que la sentencia impugnada es contraria a la muy abundante doctrina jurisprudencial sobre prescripción y caducidad del expediente disciplinario, sin mencionar ninguna sentencia y que el informe del Jefe inmediato del despedido puso de manifiesto la existencia de hechos atribuibles al recurrente por lo que se debe conceptuar como acto preliminar y consecuentemente declarar prescrita la sanción de despido.

C) Respecto de la infracción del art. 89 del III Convenio en relación con el artículo 60 ET, el recurso se apoya una STS-CONT de 5 mayo 1998 (la existencia de las diligencias informativas tiene su apoyo en diversas normas jurídicas administrativas que permiten al órgano competente para incoar el procedimiento sancionador acordar previamente la realización de una información de carácter preliminar) y en el tenor literal de la norma convencional aplicable (el órgano competente para incoar expediente disciplinario podrá con carácter previo, acordar la realización de una información preliminar).

Las sentencias de otros órdenes jurisdiccionales tampoco son invocables en el recurso de casación unificadora, ni como referenciales (invocación directa) ni como portadoras de doctrina que deba aplicarse (invocación indirecta). La contradicción ha de establecerse con las sentencias que menciona el precepto citado, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos las de otras Salas del Tribunal Supremo distintas de la Sala de lo Social. La exclusión de estas sentencias se funda en que la función unificadora que la Sala IV tiene atribuida afecta únicamente a la doctrina del orden social, sin que pueda

extenderse, de forma directa o indirecta, a otros órdenes jurisdiccionales [SSTs 01/10/2002 (R. 3295/2001) y 04/05/2011 (R. 89/2010) y autos de 30/01/2013 (R.1987/2012), 10/05/2013 (R.134/2012), 17/09/2013 (R. 837/2013), 06/11/2013 (R. 889/2013), 16/01/2014 (R. 1877/2013), 21/01/2014 (R. 697/2013), 28/01/2014 (R.975/2013), 08/04/2014 (R. 437/13), 15/07/2014 (R. 39/2014). Además, el caso resuelto por la STS reseñada no es comparable al de ejercicio de un poder disciplinario privado, fundamentado en la propia existencia del contrato que une a las partes y no en el ius puniendi del Estado.

El Ministerio Fiscal advierte que ni siquiera la doctrina invocada aboca al resultado que el recurrente pretende. Dada la redacción del art. 89 del III Convenio, el acto preliminar se configura como propio de quien ha sido designado instructor exclusivamente, sin que pueda equipararse a eso cualquier otro acto mediante el cual la empresa tenga conocimiento del hecho sancionable (aquí, la denuncia contenida en el Informe del Jefe inmediato del despido). Tiene razón el Ministerio Público: el propio convenio colectivo conduce a configurar como preliminar solo aquel acto realizado por quien haya sido designado instructor del expediente. De este modo, el Informe que elabora el Jefe inmediato del trabajador en modo alguno puede utilizarse como día inicial del plazo de seis meses.

D) Interesa, por último, advertir que no estamos manifestando criterio alguno acerca del modo en que las sentencias opuestas (y los escritos procesales presentados) interpretan la previsión del artículo 89 del III Convenio Colectivo sobre duración máxima del expediente "en su conjunto". Igualmente al margen quedan las múltiples cuestiones que suscitaba el recurso de suplicación o la valoración que merezca el que unos datos tan sensibles como los propios de este caso hayan atravesado numerosas instancias internas de la empresa.

E) De conformidad con las previsiones del artículo 235.1 LRJS no debemos imponer las costas a la parte vencida, sin que tampoco proceda adoptar decisión específica alguna en materia de consignaciones o depósitos.

FALLO:

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

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Cesar, representado por la Procuradora Sra. Ramírez Gómez y defendido por Letrado, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 18 de noviembre de 2014, en el recurso de suplicación nº 2187/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 23 de diciembre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Alicante, en los autos nº 1146/2012, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., sobre despido. 2) Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3) No realizar imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 10 de junio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 6 de Granada dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- El demandante don Pelayo, mayor de edad, titular del DNI número NUM000, es personal laboral de la Junta de Andalucía, con la categoría de Guía Intérprete Informador en el espacio natural de Sierra Nevada y viene prestando sus servicios en la oficina de Turismo sita en Carta. Antigua Sierra Nevada, Km. 7, Pinos Genil (Granada), dependiente de la Dirección General de la Red de Espacios Naturales Protegidos y Servicios Ambientales de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, desde julio del 2006 hasta el 17 de enero de 2012, que ha pasado a prestar sus servicios al Patronato de la Alhambra. El actor percibe un salario base de 704,05

€/mes en el año 2007. En el año 2008 de 718,14 €/mes. Año 2009 de 732,51 €/mes. Año 2010 hasta mayo incluido de 734,71 €/mes y desde junio de 2010 hasta enero de 2012, 2 de 697,98 €/mes, de conformidad con lo establecido en el VI Convenio Colectivo del personal Laboral de la Junta de Andalucía.

2º.- El actor ostenta la condición de liberado sindical desde 2010.

3º.- Las funciones que el actor ha realizado hasta el 17 de enero de 2012, en su puesto de trabajo del "Espacio Natural de Sierra Nevada" son las normales de los Intérpretes- Informadores del espacio Sierra Nevada recogidas en el VI Convenio Colectivo para el personal laboral de la Junta de Andalucía y específicamente entre otras: 1. Realización de senderos con escolares, asociaciones y todo tipo de público. 2. Labores de control y seguimiento de actuaciones en el territorio con emisión de informes y comunicaciones. 3. Acompañamiento y asesoramiento al personal Técnico del espacio. 4. Diseño y seguimiento de senderos en el espacio natural. 5. Diseño y participación en la campaña de seguridad en montaña del espacio natural. 6. Seguimiento de infraestructuras de uso público en el espacio protegido (refugios de montaña, carriles, centro de visitantes, punto de información, etc.). 7. Colaboración con el SEREIM (Servicio de Rescate de Alta Montaña de la Guardia Civil) para la localización de accidentados y/o perdidos. 8. Servicios de control y seguimiento de actividades de uso público. 9. Participación y colaboración en estudios realizados por asistencias técnicas u otras instituciones. 10. Información y seguimiento de visitantes y ciudadanos del Espacio Natural. Las indicadas funciones las ha realizado el actor, y le correspondería realizarlas, en caso de no estar en situación de liberado sindical, en la Oficina de Información ubicada en Pinos Genil en un 60% en la época estival y en la de primavera o verano en un 20%, realizando la mayoría de sus actividades en el exterior (testifical de doña Crescencia).

4º.- El actor ha solicitado el reconocimiento del plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad, con base en el art. 58.14, constando informe de la Unidad Administrativa a la que pertenece de posible riesgos inherentes a su puesto de trabajo, con constan al folio 42 y se dan íntegramente por reproducidos (folio 42).

5º.- Se han dictado sentencias por los Juzgados de lo Social, de Granada reconociendo el citado plus cuestionado a un Encargado en el espacio Natural de Sierra Nevada, por el Juzgado de lo Social 4 de Granada, autos 753/13, sentencia de fecha 16 de abril de 2014. En Sentencia del Juzgado de lo Social 7 de Granada de fecha 30 de mayo de 2014 a un Intérprete-Informador, autos 571/13. En Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1, confirmada por resolución del TSJ Andalucía, de fecha 15 de mayo de 2014, rec. 641/14, reconociendo el indicado plus a un Vigilante (Grupo V).

6º.- Es de aplicación el VI Convenio Colectivo para el personal laboral de la Junta de Andalucía, que en su artículo 58 regula los complementos y pluses salariales, fijándose en su apartado 14 el Plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad. El importe del plus de peligrosidad se fija en el 20% mensual del sueldo base.

7º.- Interpuesta reclamación previa, ha sido desestimada por resolución de fecha 9 y 17 de mayo de 2013, argumentándose que: "La Comisión del Convenio, una vez tramitado el procedimiento previsto en la resolución de 2 de febrero de 1998 (BOJA número 24 de 3 de marzo de 1998) relativa al acuerdo adoptado en la reunión de la Comisión del Convenio celebrado el 21 de marzo de 1997, comprensivo tanto de informes sobre características de los puestos, emitidos por los órganos con competencia en la materia, como de estudios técnicos relativos a los mismos que hagan recomendable el reconocimiento del plus solicitado, es el órgano decisorio de la concesión del plus reclamado, no pudiendo ser sustituido ni por esta Administración ni por el Juzgador, sin privar de eficacia al Convenio Colectivo y sin contravenir la libertad de contratación colectiva (sentencia del TSJ Granada nº 871/2006 de 22 de marzo de 2006). En el presente caso, dicha tramitación aún no ha finalizado, lo cual impide una estimación de la pretensión del reconocimiento sostenido de contrario, procediendo emitir informe favorable de la propuesta desestimatoria de la pretensión (...) (folio 54 y 59).

8º.- El actor solicita en su demanda, presentada en el Registro del Decanato de los Juzgados de Granada el 4 de junio de 2013 y aclarada en el acto de juicio, que se dicte sentencia por la que se le "reconozca el derecho a percibir el plus de penosidad, peligrosidad y/o toxicidad regulado en el artículo 58.14 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, condenando a las demandada al abono de

8.536,06 € por el período comprendido desde el 1 de abril 2017 hasta el 15 de enero de 2012, en que dejó de prestar sus servicios en el indicado centro».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Desestimo la demanda interpuesta por don Pelayo en reclamación de derecho y cantidad, siendo demandada la CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, a las que absuelvo de la pretensión ejercitada en la presente demanda».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación del Sr. Pelayo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la cual dictó sentencia en fecha 11 de diciembre de 2014, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don Pelayo contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. SEIS DE LOS DE GRANADA, en fecha 10 de Junio de 2014, en Autos núm. 601/13, seguidos a instancia de don Pelayo, en reclamación sobre MATERIALES LABORALES, contra CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida».

TERCERO.- Por la representación letrada de D. Pelayo se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el 28 de enero de 2015. Para el primer motivo, se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en fecha 26 de noviembre de 2014 (RSU 1862/2014), considerando la parte que la sentencia recurrida vulnera el art. 58.14 del Convenio Colectivo del personal laboral que presta servicios para la Junta de Andalucía por el periodo reclamado o al menos hasta el año 2010 en que no tenía la condición de liberado sindical.

Por lo que se refiere al segundo motivo, el recurrente invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala Primera del Tribunal

Constitucional, nº 191/1998, de 29 de septiembre (R. Amparo 4272/1996), considerando que la sentencia recurrida vulnera el artículo 14 de la Constitución Española que regula el derecho de libertad sindical, así como el Convenio nº 135 de la OIT.

CUARTO.- Con fecha 22 de septiembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación letrada de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la procedencia del presente recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de diciembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El objeto del litigio y la postura de las partes. 1.- La cuestión que se plantea reside en determinar si debe o no devengarse el complemento de penosidad, peligrosidad y toxicidad que regula el art. 58. 15 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Junta de Andalucía, por parte de quien ostenta la categoría profesional de guía intérprete informador en el espacio natural de Sierra Nevada.

La sentencia del Juzgado de lo Social 6 de Granada de 10 de junio de 2014, desestimó la demanda al no considerar acreditado que en el desempeño del puesto de trabajo del actor concurren las condiciones especiales que la normativa convencional exige para el devengo del citado complemento salarial.

El recurso de suplicación interpuesto contra la misma es desestimado en sentencia de 11 de diciembre de 2014, rec. 2085/2014, de la sala social del TSJ de Andalucía-Granada, frente a la que se formula el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Se articula en dos motivos diferentes y cita como sentencia de contraste para el primero de ellos, la de la misma sala de lo social del TSJ de Andalucía-Granada de 26

de noviembre de 2014, rec. 1862/2014; y para el segundo la sentencia del Tribunal Constitucional nº 191/1998, de 29 de septiembre, rec. De amparo 4272/1996.

2.- La Junta de Andalucía en su escrito de impugnación postula la inadmisibilidad del primer motivo del recurso por defectos formales al carecer de una fundamentación suficiente conforme exige el art. 224.2 LRJS, y por no concurrir el presupuesto de contradicción con la sentencia referencial, así como su desestimación por razones de fondo, porque en el desempeño del puesto de trabajo del actor no se presentan circunstancias excepcionales que justifiquen el devengo del complemento salarial en litigio.

Respecto al motivo segundo, interesa su desestimación porque la razón de decidir de la sentencia recurrida no se sustenta en las especiales circunstancias de la prestación de servicios laborales por el actor en su condición de liberado sindical, sino en consideración a las funciones que le hubiere correspondido realizar en su puesto de trabajo en el caso de no estar en situación de liberado sindical.

3.- El Ministerio Fiscal en su informe defiende la existencia de contradicción e interesa la estimación del recurso, al entender que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, debiendo reconocerse el derecho del trabajador a percibir el citado complemento salarial por las especiales y excepcionales condiciones en la que deben desarrollarse las tareas propias de su puesto de trabajo, sin que sea óbice para ello el hecho de que se trate de un liberado sindical que no realiza en tal periodo las funciones de su puesto de trabajo.

SEGUNDO. La causa de inadmisibilidad del recurso invocada por la demandada. 1.- Ya hemos adelantado que en la impugnación alega la empleadora que el escrito de recurso adolece del defecto formal de no razonar sobre la pertinencia y motivación de sus motivos en los términos que exige el art. 224.2 LRJS.

Requiere este precepto que el recurso de casación para la unificación de doctrina fundamente adecuadamente la infracción legal cometida en la sentencia impugnada, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas y referencia sucinta a los particulares aplicables de las resoluciones que establezcan la doctrina jurisprudencial invocada.

Conviene recordar la doctrina al respecto de la Sala que recuerda nuestra sentencia de 5 de octubre de 2016, rec. 1173/2015: " El recurso de casación para la unificación de doctrina es de carácter extraordinario y debe por eso estar fundado en un motivo de infracción de ley, de acuerdo con el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral , en relación con los apartados a), b), c) y e) del artículo 205 del mismo texto legal . La exigencia de alegar de forma expresa y clara la concreta infracción legal que se denuncia «no se cumple con solo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia» (sentencias, entre otras, de 6 de febrero de 2008, R. 2206/2006 y 5 de marzo de 2008, R. 1256/2007 y 4298/2006, 14 de mayo de 2008, R. 734/2007 y 1671/2007; 17 de junio de 2008, R. 67/2007; 25 de septiembre de 2008, R. 1790/2007; 2 y 7 de octubre de 2008, R. 1964/2007 y 538/2007; y 3 de noviembre de 2008, R. 2791/2007).

Así se deduce, no sólo del citado art. 222 de la Ley de Procedimiento Laboral , sino también de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), de aplicación supletoria en ese orden social, cuyo artículo 477.1 prescribe que "el recurso habrá de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso", mientras que el artículo 481.1 LEC impone que en el escrito de interposición deberán exponerse, con la necesaria extensión, los fundamentos del recurso. El incumplimiento de esta regla constituye causa de inadmisión, según el artículo 483.2.2º LEC (entre otras, sentencias de 8 de marzo de 2005, R. 606/2004 ; 28 de junio de 2005, R. 3116/2004 ; 16 de enero de 2006, R. 670/2005 y 8 de junio de 2006, R. 5287/2004 ; 7 de junio de 2007, R. 767/2006 ; 21 de diciembre de 2007, R. 4193/2006 ; 16 y 18 de julio de 2008 , R. 2202/2007 y 1192/2007 ; 19 y 25 de septiembre de 2008 , R. 384/2007 y 1790/2007 ; 22 de octubre de 2008, R. 4312/2006 ; 16 de enero de 2009, R. 88/2008 ; 17 de febrero de 2009, R. 2401/2007 , 19 de mayo de 2011, R. 2246/2010 y 21 de septiembre de 2011, R.3524/2010)".

2.- La aplicación de esos mismos criterios en el caso de autos obliga a considerar suficiente la fundamentación del escrito de recurso, en el que se identifican

adecuadamente las normas legales y convencionales cuya infracción se denuncia. Como es de ver en el mismo, el art. 58.14 del VI Convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, así como la STS de 11 de abril de 2000, en lo que al primer motivo se refiere; y los arts. 14 y 28 de la Constitución para el segundo, además de la propia sentencia del Tribunal Constitucional invocada de contraste.

No se limita la recurrente a la simple mención de esa normativa, sino que articula seguidamente los argumentos jurídicos que invoca para sostener que la naturaleza de las funciones correspondientes al puesto de trabajo de guía interprete informador en el espacio natural de Sierra Nevada comportan unas especiales y extraordinarias condiciones de penosidad y peligrosidad que entran dentro de las previsiones con las que el convenio colectivo configura el complemento salarial cuestionado.

Bien es verdad que reproduce en parte la fundamentación de la sentencia de contraste, pero eso no quita el que haya expuesto con suficiente claridad y adecuado razonamiento argumentativo la interpretación que postula de los preceptos legales cuya infracción se denuncia, cumpliendo de esta forma las exigencias del art. 224 LRJS, sin causar indefensión a la recurrida y sin que la Sala tenga que construir de oficio la fundamentación jurídica del recurso.

TERCERO.- Consideraciones previas sobre la incidencia en la resolución del recurso de la condición de liberado sindical del actor.1.- Antes de analizar la concurrencia del presupuesto de contradicción, resulta imprescindible exponer una serie de puntualizaciones para que queden perfectamente identificadas las cuestiones jurídicas a debate que condicionan la respuesta que damos dar a cada uno de los dos motivos del recurso.

2.- El demandante es personal laboral de la Junta de Andalucía, con la categoría de guía interprete informador en el espacio natural de Sierra Nevada, prestando servicios en la oficina de turismo de Pinos Genil desde julio de 2006 hasta el 17 de enero de 2012, en que ha pasado a un puesto de trabajo en el Patronato de la Alhambra.

Desde el año 2010 ostenta la condición de liberado sindical.

Ha solicitado a la Junta de Andalucía el reconocimiento del plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad que regula el art. 58.14 del Convenio Colectivo.

La Junta de Andalucía ha desestimado esa solicitud por los motivos que obran en las resoluciones de 9 y 17 de mayo de 2013, a las que se refiere el hecho probado séptimo de la sentencia del juzgado y que ya hemos transcrito en los antecedentes. Resumidamente, porque no ha finalizado la tramitación ante la Comisión del Convenio del procedimiento de estudio para determinar si debe o no reconocerse a su puesto de trabajo el plus solicitado.

Lo que pide la demanda, es que se reconozca el derecho a percibir ese complemento salarial por el período comprendido desde el 1 de abril 2017 hasta el 15 de enero de 2012, en que dejó de prestar sus servicios en el indicado centro.

3.- Ni en la fase previa, ni tampoco en la demanda, se hace la menor alusión al hecho de que la negativa al reconocimiento del plus solicitado pudiere tener ninguna relación con la condición de liberado sindical del trabajador.

Es cierto que se hace constar en la demanda el dato de que es liberado sindical a efectos puramente formales, pero no se articula ninguna pretensión específica en tal sentido porque la negativa de la Junta de Andalucía no se sustenta en la condición de liberado sindical del actor.

Del mismo modo que es un elemento del todo irrelevante para la sentencia del Juzgado de lo Social, que expresamente señala en el hecho probado tercero que su decisión se fundamenta exclusivamente en el análisis de las funciones que correspondería realizar al actor en su puesto de trabajo en la oficina de información ubicada en Pinos Genil, en el caso de no estar en situación de liberado sindical. Siendo que la sentencia no contiene ningún razonamiento del que pueda desprenderse que haya tenido en consideración la situación de liberado sindical para desestimar la demanda, sino, que bien al contrario, se limita a pronunciarse estrictamente sobre las condiciones de desempeño del puesto de trabajo al que está asignado el trabajador.

Tan es así, que en el suplicación tampoco plantea el actor ninguna cuestión relativa al derecho fundamental de libertad sindical, sino tan solo las de pura legalidad

ordinaria en relación con las tareas y funciones que corresponden a su puesto de trabajo, denunciando únicamente la infracción del art. 58.14 del Convenio Colectivo.

4.- La sentencia que resuelve la suplicación tampoco residencia su pronunciamiento en la condición de liberado sindical del actor. Se limita a resolver aquella posible infracción de legalidad ordinaria, para razonar exclusivamente sobre las circunstancias particulares del puesto de trabajo que tiene asignado el actor como guía interprete informador en la oficina de información de Pinos Genil, sin tener en consideración su condición de liberado sindical.

Dicho de otra forma, la sentencia recurrida no desestima la pretensión del actor por el hecho de que en su condición de liberado sindical no se encuentre expuesto a los riesgos que justifican el devengo del plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad del art. 58.14 del Convenio, sino porque considera que tales riesgos no concurren en el desempeño de las tareas que le correspondería realizar en aquel puesto de trabajo de Pinos Genil, en el caso de no estar en situación de liberado sindical.

5.- Podría parecer entonces que el planteamiento de esta cuestión en trámite de casación unificadora constituye una cuestión nueva que se introduce extemporáneamente en el procedimiento y que debería por ello rechazarse de plano como recuerda la STS 18-10-2016, rec. 244/2015, en la medida en que no fue suscitada en la instancia, hasta el punto de que ni fue debatida en el acto de juicio ni dio lugar a la consiguiente respuesta judicial, " de forma que nos hallamos ante una «cuestión nueva » de inadmisble enjuiciamiento en este trámite, porque «... si bien en toda clase de recursos se impone ya la doctrina de inadmisibilidad de «cuestiones nuevas », que tiene su fundamento en el principio de justicia rogada del que es consecuencia (epígrafe VI de la EM de la LECc; art. 216 del mismo cuerpo legal), con mayor motivo se ha mantenido la aplicación de tal criterio cuando se trata del recurso de casación , habida cuenta de su carácter extraordinario y de la necesaria garantía de defensa de las partes» (reproduciendo criterio anterior, SSTs 18/06/12 -rco 221/10 -; 26/11/12 -rcud 3772/11-; 06/02/14 -rco 261/11 -; 25/05/15 -rcud 2150/14 -; y 13/01/16 -rco 286/13 -)".

Pero es cierto que la sentencia recurrida, indebidamente, alude de manera tangencial a la condición de liberado sindical del actor. Esta leve referencia es lo que

puede inducir a confusión y ha obligado al recurrente a plantear la cuestión en el recurso de casación unificadora, pese a que no había sido anteriormente objeto del proceso, ni era discutida entre las partes, y no podemos por ello hablar en puridad de una cuestión nueva a efectos de recurso de casación, por más que resulta ser del todo intrascendente como vamos a razonar seguidamente.

6.- Basta la imparcial lectura de la sentencia recurrida para constatar que su ratio decidendi descansa únicamente en cuestiones de simple legalidad ordinaria, como es de ver en el segundo de sus fundamentos jurídicos cuando razona que "no ha lugar al recurso por cuanto los argumentos de la Consejería demandada en su escrito de oposición son acertados. Y es que quien recurre solicita un plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad que en modo alguno le corresponde desde el momento que no se recogen en los antecedentes, ni aun en el supuesto de que la modificación hubiese alcanzado éxito, aquellas condiciones excepcionales que, más allá de las normales de la profesión de quien acciona, generan el derecho al plus. Es indudable que la profesión de GUIA INTERPRERTE INFORMADOR" en el espacio Natural de Sierra Nevada no comporta casi ninguno de los riesgos a que alude y, menos aún, si en dicho periodo su trabajo lo realiza en unas Oficinas de Turismo, Oficina de Información ubicada en Pinos Genil)..."; y más adelante señala que " el guía e interprete que acciona no realiza tareas distintas a las de la que es su profesión, o que debería llevar a cabo de no ser liberado sindical ", quedando con esto último perfectamente claro que se atiene únicamente a las tareas correspondientes al puesto de trabajo que debería desempeñar de no ser liberado sindical.

Lo que se ratifica aún más si cabe, al insistir la sentencia que " ...a tenor de los hechos probados de la resolución judicial no se evidencia que la naturaleza de los trabajos que serían propios del demandante, de llevarlos a cabo realmente, respondan a circunstancias verdaderamente excepcionales ".

Con todo ello queda meridianamente claro que se atiene estrictamente a las tareas y funciones que corresponderían al puesto de trabajo que tiene asignado el actor, el que debería de llevar a cabo en el caso de que no fuese liberado sindical.

En ese contexto deben valorarse las dos colaterales alusiones que de manera absolutamente incidental e irrelevante se hacen a la condición de liberado sindical.

La primera, al aludir a esa condición sin otorgarle ninguna trascendencia y para dar a entender, confusamente, que pudiere desempeñar sus funciones como liberado sindical en la oficina de Pinos Genil; y la segunda, al hablar del riesgo de exposición prolongada a radiación solar, al mencionar que " no ha de olvidarse que como liberado sindical trabaja en el interior de una oficina", en lo que no es sino una simple alusión accesoria a modo de comentario meramente incidental y a mayor abundamiento, pero que carece de la más mínima relevancia en el sentido del fallo.

7.- Recapitulando lo dicho: la demandada no se ha opuesto a la petición del actor por el hecho de que sea liberado sindical; tampoco se ha planteado esa cuestión en la demanda; la sentencia del juzgado expresamente señala que se han valorado exclusivamente las circunstancias concurrentes en el puesto de trabajo que debería desempeñar el actor si no fuese liberado sindical; el recurso de suplicación no contiene la menor referencia a esa circunstancia; y la sentencia de suplicación -pese a las incidentales alusiones carentes de importancia que ha introducido en sus razonamientos-, se atiene estrictamente a las funciones del puesto de trabajo sin otorgar ninguna real trascendencia a la condición de liberado sindical del trabajador.

A estas consideraciones vamos a atenernos para resolver los dos motivos del recurso.

CUARTO.- Análisis de la contradicción en la aplicación del plus de penosidad, peligrosidad y toxicidad que regula el art. 58.14 del Convenio Colectivo . 1.- El primer motivo del recurso invoca como sentencia de contraste la de la sala social del TSJ de Andalucía-Granada de 26 de noviembre de 2014, rec. 1862/2014.

Veamos si entre la sentencia recurrida y la referencial concurre la contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos distintos, lo que requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos diferentes sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad

absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

2.- En el caso de la sentencia recurrida ya hemos dicho que el trabajador ostenta la categoría profesional de guía intérprete informador en el espacio natural de Sierra Nevada, siendo su puesto de trabajo en el periodo reclamado - de 1 de abril de 2017 a 15 de enero de 2012-, la oficina de turismo de Pinos Genil.

Los hechos probados de la sentencia de instancia dan cuenta de que entre las funciones que desempeña el actor en su puesto de trabajo se encuentran las siguientes:

1. Realización de senderos con escolares, asociaciones y todo tipo de público.
2. Labores de control y seguimiento de actuaciones en el territorio con emisión de informes y comunicaciones.
3. Acompañamiento y asesoramiento al personal Técnico del espacio.
4. Diseño y seguimiento de senderos en el espacio natural.
5. Diseño y participación en la campaña de seguridad en montaña del espacio natural.
6. Seguimiento de infraestructuras de uso público en el espacio protegido (refugios de montaña, carriles, centro de visitantes, punto de información, etc.).
7. Colaboración con el SEREIM (Servicio de Rescate de Alta Montaña de la Guardia Civil) para la localización de accidentados y/o perdidos.
8. Servicios de control y seguimiento de actividades de uso público.
9. Participación y colaboración en estudios realizados por asistencias técnicas u otras instituciones.
10. Información y seguimiento de visitantes y ciudadanos del Espacio Natural.

Tras haber solicitado el reconocimiento del complemento en litigio se elaboró un informe de la Unidad Administrativa a la que pertenece en el que se enumeran los posibles riesgos inherentes a su puesto de trabajo.

Informe que consta en el folio 42 de las actuaciones; que la sentencia de instancia en su hecho probado cuarto da por íntegramente reproducido; y que tal y como la sentencia de suplicación recoge en su primer fundamento jurídico, describe los siguientes riesgos del puesto de trabajo:" 1.- Los derivados de la ubicación del puesto de trabajo en la mayoría de las ocasiones a más de 1.500 m. de altitud y en el entorno de la alta montaña, con alturas hasta 3.482 m. y gran parte del territorio por encima de los 200 m.2.- Riesgo de accidente dado las características de los medios de transporte utilizados por el personal para los desplazamientos en el interior del espacio Natural, vehículos todo-terreno. Estos riesgos pueden agravarse por falta de luz, pistas y caminos de alta montaña, placas de hielo y condiciones climatológicas. 3.- Riesgos de accidente debido al número elevado de horas de conducción en los desplazamientos entre las distintas poblaciones donde realizan las funciones. 4.- Riesgos de accidente por caída en los desplazamientos a pie, en ocasiones en terreno de alta montaña. 5.- Riesgo por exposición prolongada y continua a la radiación solar. 6.- Riesgo por exposición a venenos y productos urticantes provocado por la picadura de insectos y reptiles. 7.- Riesgo por la exposición a condiciones extremas de calor/frío ya que el trabajo se desempeña al aire libre, con independencia de la situación climatológica y además con las características propias de un entorno de alta montaña. 8.- riesgo de amenazas y agresiones por parte de cazadores furtivos y personas y colectivos no afines a los intereses del espacio con motivo de la realización de las funciones informativas sobre sus actividades. 9.- Riesgo por trabajo en soledad y aislamiento".

Bien es verdad que la sentencia de suplicación no accede a las modificación de los hechos probados en la forma solicitada por el demandante, pero no por ello cuestiona el contenido de aquel informe, sino que, bien al contrario, lo acepta tal y como se encuentra redactado aunque estime irrelevante su incorporación, entre otras cosas, porque la propia sentencia de instancia lo tiene por reproducido en su integridad.

3.- Con esos antecedentes, la sentencia recurrida niega el derecho del actor a percibir el complemento en litigio porque considera que en el desempeño del puesto de trabajo no concurren las condiciones excepcionales a las que se refiere el Convenio Colectivo, más allá de las normales de su profesión.

Razonando que las tareas desarrolladas por el actor son de todo punto ajenas a ideas de peligro, penosidad o toxicidad, para enumerar a continuación los motivos por las que entiende que no presentan ninguno de aquellos riesgos excepcionales que justifiquen el complemento: a) aunque su puesto de trabajo se sitúa a una determinada altura, equivale también al de algunas poblaciones de España, que tenga riesgos de caída en los vehículos todo terreno que utiliza; b) el que esté sometido a exposición prolongada a radiación solar, amenazas por parte de cazadores furtivos, son de difícil entender en aquella persona que es "interprete " (no vigilante o guarda); c) lo que, igualmente es predicable respecto a la soledad y aislamiento que se dice cuando precisamente su categoría y función lo que exige es la compañía de personas a las que informar o a las que traducir de utilizar lengua distinta al español.

Tras lo que concluye: " no puede pretender alcanzar un plus por aquellas actividades que le son propias y que, si es cierto que entrañan ciertos riesgos es evidente que los mismos cuales son inherentes a dicha profesión, y que no deben de considerarse como argumentos determinantes de la concesión del plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad".

4.- En el supuesto contemplado en el asunto de referencia, se trataba de un trabajador que presta igualmente servicios para la Junta de Andalucía con la categoría profesional de interprete informador en el espacio natural de Sierra Nevada que solicita el pago del mismo complemento salarial.

Se declara probado que desempeña las siguientes funciones: 1-Realización de senderos con escolares, asociaciones y todo tipo de público. 2-Labores de control y seguimiento de actuaciones en el territorio con emisión de informes y comunicaciones. 3 Acompañamiento y asesoramiento al personal técnico del Espacio 4 -Diseño y seguimiento de senderos en el Espacio Natural. 5- Diseño y participación en la campaña de seguridad en montaña del Espacio Natural. 6- Seguimiento de infraestructuras de uso público en el espacio protegido (refugios de montaña, carriles, centros de visitantes, puntos de información, etc). 7- Colaboración con el SEREIM (Servicio de Rescate de Alta Montaña de la Guardia Civil) para localización de accidentados y/o perdidos y con el SEPRONA. 8- Servicio de control y seguimiento de actividades de uso público. 9- Participación y colaboración en estudios realizados por asistencias técnicas y otras

instituciones. 10- Información y seguimiento de visitantes y ciudadanos del Espacio Natural.

Así como que está expuesto a los siguientes riesgos:

"- Riesgos derivados de la colaboración con el SEPRONA y SEREIM (Servicio de Alta Montaña), Guardia Civil, Policía Autonómica y Servicio de Guardería del Espacio Protegido en las tareas de información sobre infracciones, dentro de la zona de influencia del Espacio Natural Protegido .

-Riesgo de amenazas, y agresiones (tanto físicas como verbales) por parte de cazadores furtivos y personas y colectivos no afines a los intereses del espacio con motivo de la realización de las funciones informativas sobre sus actividades.

-Graves consecuencias, con posibilidad de muerte o amputación, debido a la mordedura de la víbora hocicuda, cuyo tratamiento consiste en la administración del antídoto correspondiente en el Hospital de Granada o Almena, encontrándose este a considerable distancia del Espacio Natural.

-Riesgos derivados de la ubicación de sus trabajos, en la mayoría de las ocasiones a más de 1.500 m. de altitud y en el entorno de la alta montaña, con alturas de hasta 3.482 m. y gran parte del territorio por encima de los 2.000 m. por caídas de distinta índole en los desplazamientos a pie, en ocasiones en terreno de alta montaña.

-Riesgo de accidente, dado las características de los medios de transporte utilizados por el personal para los desplazamientos en el interior del Espacio Natural: vehículo todoterreno, que a veces es necesario conducir incluso de noche, en pistas y caminos peligrosos de alta montaña, con placas de hielo y condiciones climatológicas adversas extremas, en el desempeño diario de sus funciones.

-Riesgo de accidente debido al número elevado de horas de conducción en los desplazamientos entre las distintas poblaciones donde realizan sus funciones. El regreso se realiza, la mayoría de las veces de noche, por carreteras secundarias, en mal estado de conservación o por pistas y caminos forestales o de montaña, con placas de hielo y en condiciones climatológicas adversas extremas.

-Riesgo de accidente ante la posibilidad de avalanchas y/o desprendimiento.

-Riesgo de accidente por tormentas eléctricas, habituales en estas cotas y de mayor riesgo debido a la altitud.

-Riesgo de accidente por caídas a distinto nivel, debido a la orografía del terreno en el que desempeñan sus funciones.

-Riesgo por exposición a agentes biológicos en la recogida de muestras y animales enfermos, control de epidemias o retirada de animales muertos de la zona de influencia del Espacio Natural, tanto silvestres como asilvestrados propios del mismo.

-Riesgo por exposición prolongada y continua a la radiación solar, acentuado por la altitud en que se desarrolla su trabajo, que disminuye la protección de la atmósfera y aumenta el reflejo de la radiación en la capa de nieve.

-Riesgo por ataques, mordeduras, arañazos, etc..., de animales silvestres.

-Riesgo por ataques, mordeduras, arañazos, etc..., de animales asilvestrados del Espacio Natural (perros, gatos, etc...).

-Riesgo por exposición a venenos y productos urticantes; provocado por la picadura de insectos y reptiles.

-Riesgo por exposición a condiciones extremas de calor-frío ya que el trabajo se desempeña al aire libre, con independencia de la situación climatológica y además con las características propias de un entorno de alta montaña. Riesgo añadido por exposición a ventiscas, fuertes vientos, granizadas importantes y nieblas intensas.

-Riesgo por carga física o mental excesiva en aquellas situaciones que requieren, por ejemplo, la carga en el vehículo TT de animales muertos, movilización de objetos que obstaculicen el paso, etc..., tareas estas que realiza habitualmente una persona. Esta situación se ve agravada por la presencia de nieve.

-Riesgo por exposición a olores desagradables en aquellos casos en que es necesario retirar y trasladar animales muertos y en estado de descomposición.

-Riesgo por trabajo en soledad y aislamiento, ya que éste se realiza en solitario en el interior del Espacio Natural, en ocasiones a decenas de kilómetros de los "Centros Base", en zonas de difícil o imposible acceso para vehículos a motor y a veces con

dificultad tanto para la cobertura telefónica como por radio. Esto implica además de la soledad, el riesgo de realización de trabajos en aislamiento. Todo lo anterior se ve agravado por el riesgo añadido que supone el desarrollo de estos trabajos en alta montaña y en condiciones de oscuridad natural, debido a que en invierno la franja horaria con luz natural se reduce considerablemente.

-Riesgo por la dificultad de atención y rescate en caso de sufrir el más mínimo accidente que inmovilice a la persona afectada, ya que cualquier operación de rescate o auxilio debe realizarse en un entorno de alta montaña y la mayoría de las veces requiere uso de medios aéreos (helicóptero)".

5.- La sentencia de contraste confirma la de instancia que había reconocido al trabajador el derecho a la percepción del complemento, a la vista de los cometidos profesionales y las condiciones en que los presta con los riesgos que se declaran probados, teniendo en cuenta las excepcionales condiciones climáticas, orográficas o de fauna potencialmente peligrosa, que en el caso del actor propician su excepcional reconocimiento.

6.- Es fácil constatar que entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS, toda vez que en los dos casos no solo se trata de trabajadores que ostentan la misma categoría profesional como guías interpretes informadores de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, sino que incluso prestan servicios en el espacio natural de Sierra Nevada, y que realizan idénticas funciones, como es de ver en la coincidente descripción de las mismas que se hace en uno y otro supuesto.

La única diferencia formal que puede apreciarse entre ambas resoluciones es puramente aparente que no real, en la medida en que la sentencia referencial incorpora una detallada relación de los riesgos a los que está expuesto el trabajador, que no contiene la recurrida.

Lo que no deriva del hecho de que en cada caso pudieren haberse considerado probadas unas circunstancias distintas, o que el contenido y el desempeño del concreto puesto de trabajo no sea coincidente, sino que vienen dadas porque la sentencia de instancia que confirma la recurrida se ha limitado a dar por íntegramente reproducido el

informe emitido por la unidad administrativa a la que pertenece el puesto de trabajo sobre los riesgos inherentes al mismo, mientras que la de contraste incorpora en los hechos probados de manera detallada una precisa relación de tales riesgos.

Por ese motivo decimos que esta divergencia es aparente y no real, en cuanto no hay sustanciales diferencias en la relación de riesgos que recoge el informe que se tiene por reproducido en la sentencia recurrida y los que más exhaustivamente describe la de contraste.

Lo que no ha de ser determinante a efectos de la contradicción, pues como no puede ser de otra forma, los riesgos deben ser sin duda coincidentes cuando se trata del idéntico puesto de trabajo que se desempeña en el mismo espacio natural en el que prestan servicios los dos trabajadores como guía interprete informador, con independencia de que las sentencias los hayan reflejado con mayor o menor esmero.

Con esto último decaen las objeciones que la demandada expone en su escrito de impugnación, al negar la existencia de contradicción porque el catálogo de riesgos que describe la sentencia referencial es más exhaustivo y preciso que la de contraste.

Y finalmente, el Convenio Colectivo no condiciona el devengo del complemento a la finalización del procedimiento previo ante la Comisión del Convenio, por lo que esa circunstancia no puede ser determinante de la concurrencia de contradicción, siendo que ese dato tampoco aparece en la de contraste y es una mera elucubración cuando el escrito de impugnación afirma que " parece desprenderse" lo contrario.

7.- En aplicación del mismo precepto convencional, ante iguales hechos, fundamentos y pretensiones, ambas sentencias han alcanzado un resultado contradictorio que es necesario unificar.

QUINTO.- Interpretación y alcance del complemento de peligrosidad y penosidad del art. 58.14 del Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía. 1.- Denuncia el recurso infracción del art. 58.14 del VI Convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, así como la STS de 11 de abril de 2000, para sostener que debe aplicarse el complemento en litigio a la vista de las excepciones condiciones de peligrosidad y penosidad que concurren en el desempeño de su puesto de trabajo.

2.- La resolución de este primer motivo del recurso exige partir de lo que dispone el precitado VI Convenio Colectivo.

En su art. 14 se remite al Anexo I en el que se configuran las diferentes categorías profesionales, incluyendo en el Grupo III la de interprete informador bajo la siguiente definición: "Son los trabajadores que, ejerciendo funciones administrativas, tienen como actividad principal, la de atención al público, en las Oficinas de Turismo, conociendo y aplicando al menos dos idiomas modernos.

Asimismo realizarán cualquier otra función, de la misma o análoga naturaleza, que se les pueda encomendar".

El artículo 58 establece: "5. Complemento de puesto de trabajo. Destinado a retribuir las condiciones particulares de los puestos de trabajo en atención a su especial dificultad, responsabilidad y otros factores que comportan concepción distinta del trabajo ordinario, excepto los retribuidos por el sistema de pluses. La cuantía será la establecida para el puesto en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo y su percepción dependerá exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto correspondiente, por lo que este complemento no tiene carácter consolidable."

14. Plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad

Responderá a circunstancias excepcionales, por cuanto la regla general debe ser su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que lo justifiquen, por lo que se tenderá a la desaparición de este plus a medida que por la Administración se tomen los medios adecuados para subsanar las condiciones tóxicas o peligrosas que les dieran origen. Además de las circunstancias a que se hace referencia, podrán tenerse en cuenta y, en su caso, valorarse la exposición a riesgos diversos por parte del personal.

La Comisión del Convenio será competente para el reconocimiento o revisión de los pluses de penosidad, toxicidad o peligrosidad, a propuesta de la Subcomisión de Valoración y Definición de Puestos de Trabajo.

Aprobada la resolución y hasta tanto se eliminen las condiciones tóxicas, peligrosas o penosas, se abonará al personal que desempeñe el puesto un 20% del

salario base del Grupo profesional en el que está encuadrado, desde la fecha que marque la resolución."

3.- Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la interpretación y aplicación del antedicho artículo 58.14, la última de ellas en sentencia de 26/10/2016, rcud. 185 7/2015 , y en las anteriores de 23-10-08 (recurso 2947/0), 26-1-09 (recurso 3872/07), 8-4-09 (recurso 1696/08), 17/9/2009, rcud. 1736/2008 .

Como recuerda la de 17 de septiembre de 2009, invocando las de 8 de abril y 26 de enero de 2009 , "El Acuerdo de la Comisión del V Convenio (BOJA 3 de Marzo de 1998), establece, en la parte que aquí interesa, que para el reconocimiento y concesión del plus "no deben considerarse argumento suficiente los riesgos, dificultades o características intrínsecas de un oficio o profesión sin mayores análisis o valoraciones. Y ello porque el sentido de estos pluses no es compensar tales riesgos o dificultades intrínsecas, comunes a toda la profesión, que ya estarán contempladas en el salario, ni las diferencias de riesgo entre las distintas profesiones, sino a aquellos individuos concretos que de forma temporal o permanente se ven obligados a trabajar en condiciones significativamente peores que el resto de su colectivo de procedencia". Y más adelante añade que "es necesario que el trabajo se desarrolle en unas condiciones significativamente peores y en las que están expuestos a mayores riesgos y dificultades que el colectivo de trabajadores que ostentan su misma categoría profesional".

Y en su fundamento jurídico cuarto, la Sala razona lo siguiente: "Esta Sala ya ha tenido ocasión de interpretar el artículo 50 del V Convenio en su sentencia de 11-4-00 (rec. 3865/99), si bien en relación con el plus de peligrosidad. Pero al tratarse de argumentos que son igualmente aplicables tanto a los tres pluses que regula el art. 50 del V Convenio, como a las previsiones del art. 58.14 del VI Convenio, conviene reiterarlos ahora, aunque reconduciéndolos al de penosidad que es el que se reclama.

Los arts. 50 (V Convenio) y 58 (VI Convenio) parten inicialmente de que la excepcionalidad de las tareas realizadas o de las circunstancias concurrentes es la condición determinante del percibo del citado plus. De modo que cuando la penosidad sea consustancial o inherente al puesto de trabajo no surgirá el derecho al complemento, siempre y cuando, como es lógico, se acredite: a) que el puesto de trabajo está, por la

propia naturaleza de la actividad desarrollada, expuesto a determinados riesgos; y b) que la retribución del puesto en cuestión es, por razón de esos riesgos, de importe superior a la de otros puestos de igual categoría que no los padecen.

Por el contrario, sí procederá el plus cuando: a) los riesgos no sean inherentes a la actividad desarrollada en el puesto; b) aun estando el puesto de trabajo, por la propia naturaleza de la actividad, expuesto a determinados riesgos, éstos sean superiores a los que soportan otros puestos de la misma categoría y actividad; o, dicho en términos del Acuerdo de la Comisión del Convenio, que "el nivel de riesgos y dificultades del puesto sea mayor a los existentes en otros puestos desempeñados por el colectivo de trabajadores que ostentan la misma categoría profesional"; c) la retribución del puesto en cuestión no sea de superior importe a la de otros puestos semejantes que no los padecen y están servidos por trabajadores de la misma categoría profesional.

Cabe pues afirmar que cuando los artículos 50 y 58 señalan que el plus debe responder a circunstancias verdaderamente excepcionales, no están vedando su abono en los casos en que siendo la penosidad habitual o incluso inherente al puesto de trabajo que se desempeña, la retribución de quien lo sirve no ha sido fijada en atención a tales circunstancias, rompiendo así con el necesario equilibrio entre trabajo y salario. Para estos puestos, no específicamente retribuidos, hay que entender que, cuando el número 1 habla de "circunstancias verdaderamente excepcionales", está simplemente indicando que son ya afortunadamente pocos que, en la amplia relación de puestos de trabajo de la Junta de Andalucía, siguen sometidos a riesgos, bien porque en la mayoría han desaparecido ya "las circunstancias negativas que los justifican" o bien porque su retribución ha sido fijada atendiendo expresamente a dichos riesgos. Pero, si las circunstancias negativas permanecen y la retribución no ha sido adaptada a ellas, es claro que el plus deberá ser satisfecho.

De ahí que los preceptos que comentamos se refieran al loable objetivo de ir eliminando el plus, en la medida en que los puestos actualmente sometidos a riesgos que lo justifican vayan dejando de ser penosos, por aplicación de las adecuadas medidas de seguridad e higiene o de "los medios adecuados para subsanarlos". Lo que, sin embargo, no deja de ser un objetivo, más que una realidad ya conseguida. Que ello es así, lo confirma el art. 50 en su número 2 al autorizar que se pueda reconocer o mantener el

plus, no solo a los puestos que normalmente se encuentran afectados por esas circunstancias negativas, sino también a aquellos otros en que los trabajadores, pese a los esfuerzos de la Junta por erradicarlos, puedan estar temporalmente expuestos a riesgos diversos. Y el hecho de que, en función de las medidas que se vayan implantando, la existencia del plus pueda preverse como transitoria o limitada en el tiempo, no quiere decir que los trabajadores que siguen en los puestos de trabajo penosos deban dejar de percibir el complemento antes de que queden definitivamente eliminados tales riesgos. Lo lógico y razonable es que mantengan su derecho al plus hasta que, como ya hemos dicho, las medidas de prevención logren suprimirlos, o hasta que su retribución se fije en atención a estos."

SEXTO.- La aplicación del art. 58.14 del VI Convenio Colectivo a los guías interpretes informadores del espacio natural de Sierra Nevada. 1. La anterior doctrina nos lleva a concluir, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que en el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala es la sentencia referencial y no la recurrida la que ha aplicado correctamente el precepto denunciado.

2.- Como se desprende de la regulación convencional, se trata de un plus que responde a condiciones excepcionales en el desempeño del puesto de trabajo, siendo la regla general la de su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que lo justifiquen a medida que por la Administración se tomen los medios adecuados para subsanar las condiciones de penosas, tóxicas o peligrosas que les dieran origen, pero que en tanto no se eliminen debe mantenerse y abonarse al personal que desempeñe el puesto afectado.

No puede confundirse con los complementos ordinarios de puesto de trabajo a los que se refiere el número 5 del mismo art. 58 del Convenio, que está destinado a retribuir las condiciones particulares de los puestos de trabajo en atención a su especial dificultad, responsabilidad y otros factores que comportan conceptualización distinta del trabajo ordinario, excepto, justamente, aquellos otros elementos que concurran en su desempeño y que sean retribuidos por el sistema de pluses, tal y como es el caso del complemento de penosidad, toxicidad y peligrosidad.

3.- Las líneas maestras para la aplicación de la escueta regulación del art. 58.14 del Convenio Colectivo se establecen en las sentencias que anteriormente hemos referenciado, y pasan por analizar en nuestro caso si concurren tales condiciones en quienes desempeñan el puesto de trabajo de intérpretes informadores en el espacio natural de Sierra Nevada.

Lo que merece una respuesta afirmativa a la vista de la definición que hace el Convenio Colectivo de la categoría profesional de interprete informador, que describe como aquel trabajador que ejerce funciones administrativas y tiene como actividad principal la de atención al público en las Oficinas de Turismo, conociendo y aplicando al menos dos idiomas modernos, admitiendo que puedan también realizar cualquier otra función de la misma o análoga naturaleza que se les pueda encomendar.

Nada que ver sin duda con las muy especiales y excepciones tareas que tienen encomendadas quienes realizan trabajos de esa misma categoría profesional en el espacio natural de Sierra Nevada, que pueden llegar a asumir funciones muy alejadas de las puramente administrativas de atención al público que se realizan de ordinario en una oficina de turismo.

Se indica en los hechos probados de la sentencia recurrida y la de contraste, que junto a las tareas de atención al público en las oficinas de turismo, y por extraño que parezca en una profesión de esas características, estos trabajadores realizan otras actividades tan variopintas como: caminar por senderos con escolares, asociaciones y todo tipo de público; acompañar al personal técnico del espacio; diseño y seguimiento de senderos en el espacio natural; seguimiento de infraestructuras de uso público en el espacio protegido (refugios de montaña, carriles, centro de visitantes, punto de información, etc.); colaboración con el SEREIM (Servicio de Rescate de Alta Montaña de la Guardia Civil) para la localización de accidentados y/o perdidos, etc...

Sobra cualquier esfuerzo dialéctico para razonar hasta qué punto se alejan estas funciones de las ordinarias de atención al público en una oficina de turismo.

Y la mejor prueba de ellos es el catálogo de riesgos específicos de naturaleza extraordinaria a los que están sometidos, entre otros, los derivados de: la ubicación del puesto de trabajo en la mayoría de las ocasiones a más de 1.500 metros de altitud y en el

entorno de la alta montaña, con alturas hasta 3.482 metros y gran parte del territorio por encima de los 2000 metros; riesgo de accidentes y caídas por las características de los medios de transporte, el desplazamiento por pistas y caminos de alta montaña en los que pueden darse condiciones climatológicas especialmente adversas agravadas por la falta de luz o por la exposición prolongada y continuada al frío extremo y a la radiación solar tan intensa y característica de la alta montaña; a picaduras de insectos y reptiles; o la dificultad de atención y rescate en caso de sufrir un accidente.

A lo que añadimos que no consta que la actividad que estos trabajadores deban desarrollar en el exterior pudiere ser meramente residual e insignificante por su duración y frecuencia,- cuando la sentencia declara probado lo contrario-, siendo además que muchos de esos riesgos afectan al solo hecho de que el trabajo se desempeñe en condiciones de alta montaña, lo que no es equiparable a la situación de quienes residen en poblaciones de España de elevada altitud, porque el trabajador no debe asumir en la prestación de su trabajo los mismos riesgos que libremente pueda afrontar el ciudadano que realiza una determinada actividad u opta por fijar su residencia en lugares o condiciones de mayor o menor dureza.

Tiene razón la sentencia recurrida cuando razona que esos riesgos se manifiestan con mayor intensidad en otras profesiones como las de vigilantes o guardas que realizan en solitario servicios de alta montaña, pero eso no quita que igualmente concurren en los interpretes informadores del espacio natural de Sierra Nevada, aunque sea con bastante menor intensidad, pero suficiente para que puedan considerarse verdaderamente excepcionales en su gravedad y frecuencia respecto a los que asumen de ordinario los trabajadores de la misma categoría profesional.

4.- Ninguno de estos riesgos es intrínsecamente consustancial e inherente a la actividad propia de la categoría profesional de interprete informador en la forma en la que viene descrita en el propio Convenio Colectivo.

Son todos ellos manifiestamente extraordinarios en comparación con los que afectan a los trabajadores que realizan ese mismo oficio y cuyos puestos de trabajo no se desempeñan con características tan extremas, recayendo en quienes que se ven obligados a trabajar en condiciones significativamente peores que el resto de su

colectivo de procedencia, con lo que se produce un relevante desequilibrio en las condiciones de la prestación laboral que debe ser compensado.

5.- Es por ello la sentencia de contraste la que contiene la doctrina conforme a derecho, lo que lleva a estimar el primer motivo del recurso para casar y anular en este punto la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- La eventual vulneración del derecho fundamental de libertad sindical por la condición de liberado sindical del trabajador. 1.- El motivo segundo denuncia infracción de los arts. 28.1º y 14 de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías aplicables a los representantes de los trabajadores en la empresa, para sostener que no puede negarse el derecho a la percepción del complemento salarial en litigio por la circunstancia de que el trabajador ostente la condición de liberado sindical y no esté prestando servicios efectivos en su puesto de trabajo.

2.- Ya hemos adelantado que esta cuestión no ha sido objeto del debate litigioso, cuando la demandada ni tan solo ha sustentado su posicionamiento en la situación de liberado sindical del trabajador.

Tanto la sentencia de instancia como la recurrida se han limitado acertadamente a analizar las circunstancias concurrentes en el puesto de trabajo al que está asignado el actor y que debería de estar desempeñado si no fuese liberado sindical, siendo la respuesta a esa cuestión el único motivo por el que se ha desestimado su pretensión.

Si lo que sostiene el demandante es que la sentencia recurrida hace descansar la desestimación del recurso de suplicación en su condición de liberado sindical, debería entonces haber alegado incongruencia ultra petita y formular un motivo de casación al efecto, puesto que la demandada no había esgrimido esa causa de oposición a la pretensión actora.

Seguramente obligado por la redacción de la sentencia y consciente de que la única causa por la que se ha rechazado el recurso de suplicación es porque se ha considerado que el puesto de trabajo no es tributario del plus reclamado, pero ante la incidental alusión que se hace a la condición de liberado sindical, es lo que sin duda ha

motivado que el actor articule este segundo motivo de casación unificadora en previsión ad cautelam de un eventual resultado contrario a sus intereses.

Dando con ello lugar a una situación de hecho que debemos calificar como artificiosa división de la controversia, y que no puede ser admitida por contraria a la reiterada doctrina de esta Sala en la que hemos establecido que no puede el recurrente dividir artificialmente la problemática jurídica objeto de unificación para invocar de esta forma más de una sentencia contradictoria y contravenir lo dispuesto en el art. 224.3º LRJS, lo que tal y como recuerda nuestra sentencia de 15 de junio de 2015, rec. 1979/2014, ha sido avalado por la doctrina constitucional en sus sentencias 89/198, de 21 de abril, 53/2000, de 28 de febrero, 68/2000, de 13 de marzo y 51/2001, de 26 de febrero.

OCTAVO.- Por todo lo razonado y de conformidad con el Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso formulado. Sin costas, en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO:

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Pelayo frente a la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en el recurso de suplicación número 2085/2014, interpuesto por el demandante frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de los de Granada de 10 de junio de 2014, en autos número 601/2013, seguidos a instancia del recurrente contra LA CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA sobre CANTIDAD. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por D. Pelayo, revocamos la sentencia de instancia y declaramos el derecho del actor a percibir el plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad por el periodo de 1 de abril de 2007 a 15 de

enero de 2012 en la cuantía de 8.536, 06 euros, condenando a la demandada al pago de dicha cantidad. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2015, el Juzgado de lo Social número 1 de Gijón, dictó sentencia , en la que como hechos probados se declaran los siguientes: " 1º.- La demandante, Doña Maribel , con DNI nº NUM000 , mayor de edad, suscribió un contrato de trabajo de obra o servicio determinado con el Ayuntamiento de Gijón el 18 de agosto de 2013, para prestar servicios con la categoría profesional de auxiliar administrativo.- El demandante, D. Alfredo , con DNI nº NUM001 , mayor de edad, suscribió un contrato de trabajo de obra o servicio determinado con el Ayuntamiento de Gijón el 1 de octubre de 2013, para prestar servicios con la categoría profesional de auxiliar administrativo.- 2º.- En la cláusula primera del contrato se hizo constar que la causa del mismo era la prestación de servicios como BENEFICIARIO DEL PROGRAMA PLAN EXTRAORDINARIO DE EMPLEO (año 2013).- 3º.- En el contrato se estableció expresamente, el sometimiento al Convenio Colectivo de los Trabajadores Beneficiarios de Planes de Empleo del Ayuntamiento de Gijón - Gijón Innova, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 30 de mayo de 2009. Dispone en su artículo 2 que será de aplicación a las personas beneficiarias contratadas por el Ayuntamiento de Gijón dentro de los Planes de Empleo Locales (Programa Innovador de Mejora de la Empleabilidad - contrato-programa - y programa de acciones complementarias) u otros planes de empleo de similares características gestionados por el Ayuntamiento de Gijón.- 4º.- El 10 de julio de 2014 se notificó a la

Sra. Maribel el cese con efectos al 18 de agosto del mismo año. El día 21 de agosto se hizo lo propio con el Sr. Alfredo , con efectos al 30 de septiembre de 2015.- 5º.- La Sra. Maribel presentó reclamación previa el 24 de abril y el Sr. Alfredo , el 20 abril de 2015 interesando el abono de las diferencias salariales.- 6º.- El artículo 29 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Gijón , Fundaciones y Patronato dependiente del mismo dispone: Artículo 29.- El complemento de productividad o equivalente.- 1.- Está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria o iniciativa de quien desempeñe su trabajo en la consecución de los objetivos asignados al servicio o departamento de adscripción. Asimismo y con carácter excepcional se podrá vincular a la realización de proyectos de interés general no vinculados a un servicio concreto, realizados por un/a trabajador/a, previa tramitación del correspondiente expediente en el que quede justificada la necesidad de realización del proyecto, objetivos a desarrollar y tiempo máximo de duración del mismo.- 2.- Su cuantía global no podrá exceder de un porcentaje sobre los costes totales del personal de cada programa, servicio o departamento que se determinará en los Presupuestos de cada ejercicio. En todo caso, las cantidades que perciba cada trabajador/a por este concepto, serán de conocimiento público de los demás empleados del Departamento u Organismo interesado así como de los representantes sindicales.- 3.- Las pagas, abonadas en concepto de productividad, derivadas de los acuerdos económicos alcanzados con las organizaciones sindicales firmantes de anteriores y actual Convenio, se abonarán en los meses de marzo, junio y diciembre y se referirán a los períodos de evaluación siguientes: - Abono de marzo: Memoria de gestión del ejercicio anterior.- - Abono de junio: Período de diciembre ejercicio anterior a mayo del corriente.- - Abono de diciembre: Período de junio a noviembre de cada ejercicio".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Alfredo , contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, condenando al Ayuntamiento de Gijón a que abone al actor la cantidad de 3.077,17 euros.- DESESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Doña. Maribel".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó

sentencia de fecha 24 de mayo de 2016 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto, por la dirección letrada de D^a Maribel, contra la sentencia de fecha 23 de noviembre del 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Gijón en los autos número 490/2015, seguidos a instancia de la expresada trabajadora y de D. Alfredo , sobre reclamación de cantidad, y, en su consecuencia, se acuerda declarar la nulidad parcial de la misma, a la par que acordamos la devolución de las actuaciones al Tribunal que dictó la sentencia recurrida para que se proceda a dictar nueva sentencia que resuelva sobre la acción ejercitada por la trabajadora, sin incurrir en el error antes apuntado.- Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Letrado consistorial del AYUNTAMIENTO DE GIJÓN contra la expresada sentencia de 23 de noviembre del 2015 cuestión que dejamos resuelta en la presente resolución. Todo ello con expresa condena en costas a la parte recurrente, que deberá abonar al Letrado impugnante la cantidad de 400 euros.- Que estimamos en parte el recurso de suplicación formulado por el trabajador, Sr. Alfredo , y revocamos en parte la sentencia recurrida para condenar a la Corporación demandada a que abone al demandante la cantidad de 3.440,33 euros, en concepto de diferencias salariales devengadas durante los últimos seis meses de la relación laboral, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Ayuntamiento de Gijón recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 23 de febrero de 2016 (Rec. nº 5/2016).

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso y no habiéndose personado la parte recurrida, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal consideró el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 13 de junio de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión suscitada en el presente recurso de casación unificadora guarda estrecha conexión con los casos resueltos en las sentencias (2) de 05/04/2017 (rcud 1932/2016 y 1773/2016) y 21/04/2017 (rcud 2253/2016), dictadas en supuestos idénticos al de autos (mismo empleador, trabajadores en igual situación e igual sentencia de contraste).

2. El Ayuntamiento demandado en este proceso recurre en casación para la unificación de doctrina, la sentencia de 24 de mayo de 2016 (recurso 1023/2016) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias , únicamente en cuanto se refiere al pronunciamiento recaído respecto al trabajador D. Alfredo , con respecto al cual condena a la Corporación demandada a que le abone a demandante la cantidad de 3.440,33 euros, en concepto de diferencias salariales devengadas durante los últimos seis meses de la relación laboral, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida. Esta sentencia también se pronuncia respecto del recurso de la codemandante Doña Maribel, declarando la nulidad del pronunciamiento con respecto a dicha trabajadora, debatiéndose exclusivamente en el presente recurso el pronunciamiento sobre D. Alfredo.

3. Constituyen antecedentes de interés por lo que al presente recurso interesa, los siguientes: a) El demandante suscribió un contrato de trabajo de obra o servicio determinado con el Ayuntamiento de Gijón, el 1 de octubre de 2013, para prestar servicios con la categoría profesional de auxiliar administrativo; la causa que constaba en el contrato era la prestación de servicios como beneficiario del programa Plan Extraordinario de Empleo, año 2013, y se estableció expresamente el sometimiento al Convenio Colectivo de los Trabajadores Beneficiarios de Planes de Empleo del Ayuntamiento de Gijón - Gijón Innova, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 30 de mayo de 2009; b) El 21 de agosto de 2014 se notificó al demandante el cese con efectos al 30 de septiembre del mismo año; c) El trabajador reclama en concepto de diferencias salariales la cantidad de 5.300,33 €, derivada de la aplicación a la relación laboral habida entre las partes del convenio Colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Gijón.

4 . La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la ya citada sentencia de 24 de mayo de 2016 (recurso 1023/2016), previo rechazar una

modificación fáctica interesada, desestima el recurso del Ayuntamiento porque la acción que se ejercita es una acción de condena dirigida a reclamar unas diferencias salariales que se reputaban adeudadas en atención a la norma paccionada que, al entender de la parte actora, disciplinaba la relación laboral y fue esta cuestión y no el carácter indefinido o no de la relación laboral, lo que constituyó el objeto del pleito y sobre la que se resolvió en la resolución de instancia; por lo que no se pretendía esclarecer algún aspecto controvertido del vínculo, sino la reclamación de unas diferencias salariales; siendo patente para la Sala que para tal reclamación existía un interés directo, actual y concreto del trabajador, que aun cuando la relación ya estuviera extinguida, solicitaba una declaración de diferencias salariales y complementos retributivos.

La Sala estima en parte el recurso del trabajador D. Alfredo que postulaba el derecho a percibir las diferencias salariales correspondientes a dicha mensualidad de abril de 2015, puesto que los salarios se devengan por mes y se abonan por mensualidades vencidas y, en consecuencia, cuando se interpuso la reclamación la acción ejercitada para reclamar tal mensualidad se encontraba viva. La Sala acoge dicha argumentación y se remite al criterio expresado para idéntica cuestión referida a otro trabajador en análogas circunstancias, y concluye con base en los arts. 59.2 del Estatuto de los Trabajadores y 1.969 del Código Civil, que la liquidación y el abono de la mensualidad se produce una vez finalizado dicho mes, siendo entonces cuando la percibe el trabajador, por lo que interpuesta la reclamación previa el último día del mes, ha de concluirse que a esa fecha no se encontraba prescrita todavía dicha mensualidad.

5. Contra dicha sentencia, el Ayuntamiento recurre en casación para la unificación de doctrina, considerando que la causa de pedir, tanto en el caso de la sentencia recurrida como en la de contraste, es el carácter fraudulento del contrato de trabajo y que, como consecuencia de esa relación laboral, ya fenecida, la relación deviene en indefinida, siendo de aplicación el convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento, en lugar del correspondiente al Plan de Empleo Municipal. Invoca el recurrente, como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Asturias de 23 de febrero de 2016, Rec. 5/2016, el cual conoció del caso de un trabajador, también contratado al amparo del Programa de Empleo del Ayuntamiento de Gijón y al que le es de aplicación el Convenio Colectivo de los

trabajadores beneficiarios de Planes de Empleo del Ayuntamiento de Gijón, al que le comunican la extinción de su contrato en fecha 18 de agosto de 2014. El 22 de diciembre de 2014 presenta reclamación previa por fraude en la contratación, por realizar las mismas tareas que los empleados del ayuntamiento, y reclamando las diferencias salariales entre lo que percibió y lo que le hubiera correspondido en aplicación del Convenio del personal Laboral del Ayuntamiento en cuestión. La Sala, con respecto a los efectos casacionales que aquí interesan, concluye que la acción está caducada y que, en consecuencia, tampoco procede la reclamación de cantidad.

SEGUNDO.-1. El Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe, señala que entre las sentencias comparadas no concurre la necesaria contradicción.

2 . Con carácter previo, pues, la primera cuestión que ha de resolver la Sala es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones contrastadas concurre la necesaria contradicción que exige el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y esta contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala en sentencias de 9 de febrero de 2004 (Rec. 2515/2003); 10 de febrero de 2005 (Rec. 914/2004); 15 de noviembre de 2005 (Rec. 4922/2004); 24 de noviembre de 2005 (Rec. 3518/2004); 29 de noviembre de 2005 (Rec. 6516/2003); 16 de diciembre de 2005 (Rec. 338020/04); 3 de febrero de 2006 (Rec. 4678/2004); 6 de febrero de 2006 (Rec. 4312/2004); 7 de febrero de 2006 (Rec. 1346/2005); y 28 de febrero de 2006 (Rec. 5343/2004), interpretando el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , con igual redactado que el del ya citado artículo 219.1 de la LRJS .

3. A juicio de la Sala, y a la vista de lo todo lo expuesto, estimamos que, en el presente caso, que la contradicción no puede ser apreciada porque los supuestos comparados son distintos, tal como ha ya hemos tenido ocasión de declarar en nuestras sentencias (2) de 05/04/2017 (rcud 1932/2016 y 1773/2016) y 21/04/2017 (rcud 2253/2016), dictadas en relación con el mismo Ayuntamiento y trabajadores en igual situación, y con la misma sentencia de contraste. En efecto, en la primera de dichas sentencias, decíamos al respecto, que la aplicación de la trascrita doctrina al caso impide apreciar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada para la confrontación doctrinal, pese a la existencia de evidentes similitudes, dado que se trata de trabajadores contratados por el mismo Ayuntamiento, con contratos de duración determinada y como beneficiarios de programas de planes extraordinarios de empleo; que en ambos casos los actores vieron extinguida su relación laboral sin impugnar dichos ceses, y que en ambos supuestos se reclaman diferencias salariales por estimar de aplicación a la relación el Convenio de personal laboral del Ayuntamiento, y no el que les venía siendo aplicado, al no ser menos evidente que el debate jurídico es distinto en ambas resoluciones lo que implica que no se cumpla el requisito de la contradicción.

Resaltábamos, en el apartado 3 del fundamento jurídico segundo de la sentencia de 05/04/2017 (rcud 1932/2016), que, "En efecto, en el caso resuelto por la sentencia de contraste, en la reclamación previa se alega el fraude en la contratación y, en base a ello, el carácter indefinido de la relación, pero se solicitan exclusivamente las diferencias salariales, pese a que en la demanda se solicita tanto la declaración del carácter indefinido como la cantidad, lo que se reconoce en la sentencia de instancia. Ello da lugar a que se plantee en Suplicación la infracción del art. 72 LRJS, vulneración que la Sala entiende que se ha producido, aunque no puede proceder a declarar la nulidad debido a la defectuosa formulación del recurso. En cuanto al fondo se discute sobre la estimación de la cosa juzgada efectuada en la instancia, instituto que la sentencia entiende que no resulta de aplicación, llegando la Sala a la conclusión de que, al no haber impugnado el actor el cese, no se puede plantear la acción de declaración de relación laboral indefinida cuando su vinculación a la empresa ya había terminado, ni tampoco pretender la estimación de unas diferencias salariales por esa vía declarativa previa.

Por el contrario, en la sentencia recurrida el único debate que se plantea en Suplicación es la infracción de los arts. 49.1.c) y 59.1 y 3 ET , y la Sala de Suplicación entiende que se trata de una reclamación de diferencias salariales por incorrecta aplicación de Convenio, por lo que a la fecha de interposición de la demanda la acción de reclamación salarial se encontraba viva respecto de determinadas mensualidades, ya que no había transcurrido el año que señala el art. 59.2 ET ."

Así pues, al igual que en los casos resueltos por las señaladas sentencias, dada la identidad total de circunstancias concurrentes con el aquí objeto de recurso, como ya hemos anticipado -y compartiendo en su totalidad los razonamientos del informe del Ministerio Fiscal-, resulta evidente, que nada tienen que ver por tanto los debates jurídicos planteados en las sentencias comparadas, por lo que, en aplicación de la reiteradísima doctrina jurisprudencial referenciada, no es posible apreciar la existencia de contradicción entre ambas.

TERCERO.-1. Los razonamientos procedentes nos llevan -siguiendo el informe del Ministerio Fiscal- a desestimar en este momento procesal, por falta del requisito ineludible de contradicción, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ayuntamiento demandado, sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 235.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada del Ayuntamiento de Gijón, contra la sentencia de 24 de mayo de 2016 (recurso 1023/2016) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por dicho Ayuntamiento, en cuanto se refiere al pronunciamiento recaído respecto al trabajador D. Alfredo, y estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por dicho trabajador, revocó asimismo en parte la resolución de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Gijón, condenando a la Corporación demandada a que abone a D. Alfredo la cantidad de 3.440,33 euros, en el procedimiento

490/2015 seguido a instancia de dicho trabajador y Doña Maribel contra el Ayuntamiento recurrente, en reclamación por cantidad. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: « ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Doña Leonor , contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, condenando al Ayuntamiento de Gijón a que abone a la actora la cantidad de 3.364,26 euros.».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «Primero.- La demandante, Doña Leonor , con DNI nº NUM000 , mayor de edad, suscribió un contrato de trabajo de obra o servicio \--/ determinado con el Ayuntamiento de Gijón el 1 de octubre de 2013, para prestar servicios con la categoría profesional de técnico especialista.- Segundo.- En la cláusula primera del contrato se hizo constar que la causa del Mismo era la prestación de servicios como BENEFICIARIO DEL PROGRAMA PLAN EXTRAORDINARIO DE EMPLEO (año 2013).- Tercero.- En el contrato se estableció expresamente, el sometimiento al Convenio Colectivo de los Trabajadores Beneficiarios de Planes de Empleo del Ayuntamiento de Gijón - Gijón Innova, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 30 de mayo de 2009. Dispone en su artículo 2 que será de aplicación a las personas beneficiarias contratadas por el Ayuntamiento de Gijón dentro de los Planes de Empleo Locales (Programa Innovador de Mejora de la Empleabilidad - contrato-programa - y programa de acciones complementarias) u otros planes de empleo de similares características

gestionados por el Ayuntamiento de Gijón.- Cuarto.- El 21 de agosto de 2015 se notificó a la actora el cese con efectos al 30 de septiembre del mismo año.- Quinto.- El 31 de marzo de 2015 la actora presentó reclamación previa interesando el abono de las diferencias salariales.- Sexto.- La reclamación fue desestimada por resolución de 18 de mayo de 2015.- Séptimo.- El artículo 29 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Gijón , Fundaciones y Patronato dependiente del mismo dispone: Artículo 29.-El complemento de productividad o equivalente.- 1.-Está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria o iniciativa de quien desempeñe su trabajo en la consecución de los objetivos asignados al servicio o departamento de adscripción. Asimismo y con carácter excepcional se podrá vincular a la realización de proyectos de interés general no vinculados a un servicio concreto, realizados por un/a trabajador/a, previa tramitación del correspondiente expediente en el que sea justificada la necesidad de realización del proyecto, objetivos a desarrollar y tiempo máximo de duración del mismo.- 2.-Su cuantía global no podrá exceder de un porcentaje sobre los costes totales del personal de cada programa, servicio o departamento que se determinara en los Presupuestos de cada ejercicio. En todo caso, las cantidades que perciba cada trabajador/a por este concepto, serán de conocimiento público de los demás empleados del Departamento u Organismo interesado así como de los representantes sindicales.- 3.-Las pagas, abonadas en concepto de productividad, derivadas de los acuerdos económicos alcanzados con las organizaciones sindicales firmantes de anteriores y actual Convenio, se abonarán en los meses de marzo, junio y diciembre y se referirán a los períodos de evaluación siguientes: Abono de marzo: Memoria de gestión del ejercicio anterior.- Abono de junio: Período de diciembre ejercicio anterior a mayo del corriente. Abono de diciembre: Período de junio a noviembre de cada ejercicio».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo, la cual dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2016 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: « Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico del

AYUNTAMIENTO DE GIJÓN contra la sentencia de 23 de noviembre de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón en los autos núm. 338/2015, seguidos a instancia de D^a. Leonor contra la expresada Corporación, sobre reclamación de cantidad, confirmando, en consecuencia los pronunciamientos de la sentencia recurrida, todo ello con expresa condena en costas a la parte recurrente, que deberá abonar al Letrado impugnante la cantidad de 400 euros».

CUARTO.- Por el Letrado del Servicio Jurídico del Ayuntamiento de Gijón, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 23 de febrero de 2016 (R. 5/16).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de junio de 2017, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Se recurre en estas actuaciones la STSJ Asturias 31/03/16 [sup. 326/16], que confirmó la sentencia que en 25/11/15 había dictado el J/S nº 1 de los de Gijón [autos 338/15] y por la que se había condenado al demandado Ayuntamiento de Gijón a abonar a la accionante la cantidad de 3.364,26 euros por diferencias salariales.

La decisión del J/S se basa en «numerosísimos pronunciamientos judiciales que han declarado fraudulenta la relación por la cual la Administración local, acudiendo a la contratación temporal, destinó a trabajadores contratados bajo el amparo de los planes de empleo a las funciones propias de su normal actividad. Estos contratos, por otro lado, no cumplen con la delimitación precisa de la obra objeto del contrato, objeto que no puede ser el propio plan de empleo». Y por su parte la sentencia recurrida razona, frente al alegato de falta de acción por extinción del contrato y de que «el elemento determinante no es la acción de cantidad sino la previa declaración del carácter fraudulento de los contratos, que constituye un elemento inescindible de la petición y, por ende de la acción», que «se están reclamando unas diferencias salariales en atención

a un inadecuado encuadramiento funcional, por ello... es patente que ... la acción de reclamación salarial se encontraba parcialmente viva...».

2.- El recurso interpuesto por el Ayuntamiento denuncia la infracción de los arts. 216 y 218 LECiv , así como de los arts. 72 y 80.1.c) LJS, en relación con el art. 24.1 CE, argumentando que el «objeto del procedimiento no versa sobre un "inadecuado encuadramiento funcional" como sostiene la sentencia, sino en el "carácter fraudulento del contrato de obra o servicio determinado, y como consecuencia la aplicación del Convenio Colectivo del personal indefinido. Ninguna consideración, alegación o fundamentación consta, ni en la reclamación previa, ni en la demanda, ni en la vista, que permita razonar a la sentencia sobre tal objeto procesal».

Al efecto se alega como decisión de contraste la STSJ Asturias 23/02/16 [rec. 5/16], que rechaza la demanda interpuesta por otra trabajadora contratada al amparo de otro Plan Extraordinario de Empleo -INNOVA- del mismo Ayuntamiento [año 2007]. Trabajadora que en su reclamación previa solicitaba exclusivamente «se declare el derecho del demandante a percibir...diferencias salariales», pero que su demanda ya expresa como «petición primera... declaración de existencia de una relación laboral indefinida no fija, regulada por el Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Gijón», y como segunda petición «incluye la reclamación de cantidad». Pretensiones sobre las que la Sala argumenta que no puede «abordar la nulidad por infracción de normas procesales» -congruencia entre la vía previa y la judicial- «al no ser solicitada..., así como la necesidad de conservar en lo posible los actos...nos lleva a entrar en el fondo del asunto», cuya pretensión rechaza con el argumento de que la actora «no puede plantear la acción de declaración de relación laboral indefinida cuando su vinculación a la empresa ya había terminado. Si no obtuvo esa declaración y su oportunidad ya había procesal pasó, no puede ahora pretender una declaración extemporánea ni tampoco la estimación de unas diferencias salariales por esa vía declarativa previa».

SEGUNDO.- 1.- 1.- El art. 219 LJS exige -para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones

sustancialmente iguales (entre las últimas, SSTS 25/01/17 -rcud 2729/15 -; 28/02/17 -rcud 3010/15 -; y 08/03/17 -rcud 2498/15 -).

2.- Tal como hemos ya indicado para supuestos idénticos al de autos [SSTS 05/04/17 -rcud 1773/16 -; 05/04/17 -rcud 1932/16 -; y 21/04/17 -rcud 2253/16 -], aquella disposición legal y su doctrina interpretativa nos impiden apreciar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada como contraste, pese a la innegable similitud entre los supuestos, pues aunque se trata de idéntica reclamación salarial llevada a cabo por trabajadores que se hallaban en la misma situación laboral frente al -también- demandado Ayuntamiento de Gijón, sin embargo los términos procesales de uno y otro procedimiento son por completo diversos.

En efecto, en el presente caso la denuncia normativa efectuada por la Administración local en el presente recurso va dirigida a combatir la defectuosa -supuestamente- ortodoxia procesal de la sentencia recurrida, a la que se imputa atentar contra el principio de justicia rogada [art. 216 LECiv] y de la obligada congruencia [art. 218 LECiv], al distorsionar -viene a decirse- el planteamiento de la demandante, que se habría limitado a basarse en la inicial contratación fraudulenta de la trabajadora, pero que la recurrida desplazó de forma indebida al argumento -se dice- de un incorrecto «encuadramiento» profesional de la reclamante. Muy diversamente, en la decisión de contraste el defecto procesal de que entonces se trataba era atribuido a la propia parte actora, en tanto que había incurrido -se afirmaba- en incongruencia entre la reclamación previa [exclusiva reclamación salarial] y la demanda [declaración de relación indefinida, por fraudulenta, y consiguiente reclamación de diferencias retributivas]; y con mayor motivo ha de apreciarse la divergencia cuando, según hemos referido, el defecto denunciado no impidió que la sentencia de contraste examinase la cuestión de fondo, por las razones ya arriba indicadas, siquiera la reclamación salarial fuese a la postre desestimada por consideraciones del todo ajenas a la infracción que en este procedimiento se denuncia.

TERCERO.- Las precedentes razones nos llevan a afirmar, en plena coincidencia con el documentado informe del Ministerio Fiscal, que en autos no concurre la exigible contradicción entre las sentencias comparadas, por lo que procede desestimar el recurso, pues cualquier causa que pudiese motivar en su momento la

inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (recientes, SSTS 07/03/17 -rcud 3857/15 -; 08/03/17 -rcud 2498/15 -; y 14/03/17 -rcud 3008/15 -). Lo que se acuerda con imposición de costas [art. 235.1 LRJS ; y SSTS 22/06/93 -rcud 1957/92 -;... 30/01/96 -rcud 1323/95 -;...; y 05/07/16 -rcud 84/15 -].

FALLO:

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

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Gijón. 2º.- Confirmar la sentencia dictada por el TSJ de Asturias en fecha 31/Marzo/2016 [recurso de Suplicación nº 326/16], que a su vez había confirmado la resolución -parcialmente estimatoria de la demanda- que en 23/Noviembre/2015 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón [autos 41/15]. 3º.- Imponer las costas al Ayuntamiento recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 12 de mayo de 2015, el Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente la demanda deducida por Juan Manuel contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo declarar y declaro haber lugar parcialmente a ella, condenando al Fondo demandado a que abone al actor la cantidad de 848,56 €»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « 1º. - En sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón se

condenó a la empleadora del actor a abonarle la cantidad de 5.607,24 €. Siendo la de 994,42€ corresponde a indemnización por fin de obra, y 41,22 € al plus mixto extrasalarial. 2º. - El Fondo abonó al actor la cantidad de 4.381,98 € corresponden a salarios mas 325,08 en concepto de indemnización. 3º. - Agotada la preceptiva vía administrativa, presentó escrito de demanda en este Juzgado el día 9 de febrero de 2015.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la Abogacía del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia en fecha 23 de octubre de 2015, recurso 1925/2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Mieres, dictada en los autos seguidos a instancia de Juan Manuel contra el organismo recurrente, sobre Impugnación de Acto Administrativo, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sala de Pleno) el 15 de julio de 2015, recurso 1519/2013.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 7 de junio de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- El Juzgado de lo Social único de Mieres dictó sentencia el 12 de mayo de 2015 , autos número 68/2015, estimando en parte la demanda formulada por D. Juan Manuel contra EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre

PRESTACIONES, condenando al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL a que abone al actor la cantidad de 848,56 €.

Tal y como resulta de dicha sentencia, por sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Gijón, recaída en los autos 618/2012, se condenó a la empresa Reformas e Interiorismo del Principado SL a abonar a D. Juan Manuel una cantidad correspondiente a salarios, paga extraordinaria, vacaciones, plus mixto extrasalarial e indemnización por cese. Instada la ejecución se dictó Decreto declarando la insolvencia provisional de la empresa. Solicitadas prestaciones al FOGASA, se dictó resolución el 27 de noviembre de 2014, notificada el 12 de diciembre, por la que se abonan al actor 4.707, 06 € (4.381,98 de salarios más 325,08 de indemnización). El actor entiende que se le debió abonar 4.571,60 € de salarios más 669,34 € de indemnización.

2.- Recurrida en suplicación por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FOGASA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia el 23 de octubre de 2015, recurso número 1925/2015 , desestimando el recurso formulado.

La sentencia, reproduciendo el razonamiento de la sentencia de la misma Sala de 10 de enero de 2015, recurso 2419/2014 , entendió que la reforma legal efectuada en el año 2006, priva de fundamento a la doctrina unificada aplicada en la sentencia de 16 de octubre de 2013 , pues en la nueva redacción del Art. 33.2 del ET , se establece expresamente que el Fondo abonará "las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan", con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. La norma no fija en 8 días de salario por año de servicio la protección a dispensar por el Fondo, si la indemnización resulta impagada por la empresa a causa de insolvencia, sino que impone su abono "en los casos que legalmente procedan", con los límites que establece, por lo que ningún amparo tiene en el Art. 33.2 del ET la decisión de limitar la cantidad asegurada a 8 días de salario por año de servicio. Tampoco se encuentra dicha limitación en el artículo 49.1 c) del ET , ya que al reconocer, por la extinción de los contratos temporales, el derecho a percibir una indemnización en cuantía de 8 días de salario por año trabajado, o la establecida en la

normativa específica que sea de aplicación, tal normativa, en el caso examinado, es la fijada por el Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas, del Principado de Asturias, que fija una indemnización por fin de contrato de obra del 7% de los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato.

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FOGASA, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 15 de junio de 2015, recurso 1519/2013 .

La parte recurrida, D. Juan Manuel, no se ha personado, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el recurso ha de ser declarado procedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 15 de junio de 2015, recurso 1519/2013 , estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FOGASA, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 5 de abril de 2013, recurso de suplicación 408/2013 y, tras casar y anular la citada sentencia, resolvió el debate planteado en suplicación, estimando el recurso de tal clase interpuesto por el FOGASA, revocando la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Gijón el 11 de diciembre de 2012 y desestimando la demanda formulada.

Consta en dicha sentencia que la demandante prestó servicios para ASTURIANA DE ASFALTOS, S.L. en virtud de contrato de trabajo a tiempo parcial (50% de la jornada, 20 horas a la semana) para obra o servicio determinado, siendo disciplinaba la relación por el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias para 2007- 2011, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 12 de diciembre de 2007. El contrato se extinguió, por fin de obra, el 23 de mayo de 2010, habiendo sido declarada la empleadora en concurso

voluntario de acreedores La actora solicitó prestaciones ante el Fondo de Garantía Salarial, recayendo resolución de 29 de junio de 2011 en la que se le reconocía el derecho a percibir la cantidad de 1.274,60 euros en concepto de salarios y 662,95 euros en concepto de indemnización por fin de contrato. En el Fundamento Segundo de la resolución se justificaba que según lo establecido en el artículo 49.1 c) del ET se reconoce la indemnización por fin de obra o terminación de contrato a razón del tope de ocho días por año de servicio. El artículo 9 del convenio de aplicación dispone: Los trabajadores que formalicen contratos de duración determinada, por circunstancias de la producción o por interinidad, tendrán derecho, una vez finalizado el contrato correspondiente por expiración del tiempo convenido, a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7 por cien calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio devengados durante la vigencia del contrato. Esta indemnización tendrá la consideración establecida por la normativa específica de aplicación, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 49.1.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

La sentencia entendió que la garantía de pago subsidiario -por insolvencia del empresario- de la indemnización, por extinción de contratos temporales o de duración determinada, viene establecida en el artículo 33.2 ET , al comprender ahora las indemnizaciones por extinción de dichos contratos "en los casos que legalmente procedan". Señala que esta remisión se refiere a "los casos", lo cual, en nuestro ordenamiento se concreta en el supuesto previsto en el artículo 49.1 c) ET , a cuyo supuesto se anuda, también legalmente, una determinada indemnización. La utilización de la expresión "en los casos que legalmente procedan" no permite la ampliación a otros supuestos y cuantías pactadas al margen de la ley, pues la obligación garantizadora a cargo de un fondo público obliga a una interpretación estricta de las normas que la regulan.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores que prestan servicios en el sector de la construcción, a los que les resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Construcción del Principado de Asturias, que se les ha extinguido el contrato de fijo de obra, resultando la empresa insolvente, planteándose

la cuestión del alcance de la responsabilidad del FOGASA. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que dicho organismo ha de asumir la indemnización por fin de contrato de obra fijada por el Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas, del Principado de Asturias, que establece que la misma asciende al 7% de los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato, la de contraste resuelve que la garantía del FOGASA únicamente ha de limitarse al importe máximo previsto legalmente en el artículo 49.1 c) del ET .

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.-1.- El recurrente alega infracción de los artículos 33.2 y 49.1 c) del ET y de la jurisprudencia que cita.

En esencia aduce que la responsabilidad del FOGASA no puede estar al margen de la fijada en el artículo 49.1 c) del ET y, por lo tanto, no puede superar la establecida en dicho precepto.

2.- Cuestión similar a la ahora planteada ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 15 de junio de 2015, recurso 1519/2013.

La citada sentencia contiene el siguiente razonamiento: «TERCERO.- El cambio normativo operado en el art. 33.2 ET no permite ya sostener la afirmación de que el FOGASA solo garantiza el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a decisiones unilaterales del empresario, puesto que ahora el art. 33.2 se refiere ya, como objeto de su garantía, a "las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada...."; pero permite suscitar dudas -y esa es la cuestión que se plantea en este pleito- sobre si la cuantía de la indemnización garantizada por el FOGASA debe limitarse al máximo de doce días de salario por cada año de servicio, que se fija legalmente en el art. 49.1 c) ET en caso de extinción "por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato" -supuesto de contrato temporal al que se remite el repetido art. 33.2 ET -, o también

debe comprender las indemnizaciones eventualmente superiores que se fijen en un convenio colectivo.

La Sala entiende que en la referida garantía debe limitarse al importe máximo previsto legalmente en el art. 49.1 c), y ello por las siguientes razones:

1.- La regulación del art. 49.1 c) establece el supuesto de contrato temporal en el que el trabajador debe ser también indemnizado a su extinción: cuando ésta obedece a la "expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato", y a tal supuesto anuda "una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio", añadiendo "o la establecida en su caso en la normativa específica que sea de aplicación. Es evidente que este mandato del legislador obliga al empresario, que será el deudor de la indemnización legal establecida, o en su caso -y esto aunque el precepto no lo mencionase - también la establecida en la normativa específica que sea de aplicación, fundamentalmente el convenio colectivo- sin que en este precepto se haga referencia alguna, como es lógico, a una eventual responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

2.- La garantía de pago subsidiario -por insolvencia del empresario- de la indemnización a que nos referimos viene establecida en el art. 33.2 ET, al comprender ahora las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada "en los casos que legalmente procedan". Ahora bien, esta remisión se refiere a "los casos", lo cual, en nuestro ordenamiento se concreta en el supuesto previsto en el art. 49.1 c), a cuyo supuesto se anuda, también legalmente, una determinada indemnización.

3.- Que el empresario pueda pactar y responsabilizarse de cualquier "supuesto" e "importe indemnizatorio" es evidente, aunque el referido artículo no tuviera referencia concreta a "la normativa específica que sea de aplicación"; pero ello no quiere decir que el FOGASA haya de garantizar cualquier indemnización voluntariamente pactada por el empresario, si así no se establece claramente en la norma de garantía, y la redacción de ésta "en los casos que legalmente procedan" -cuando pudo perfectamente fijar la obligación de garantía hablando de los casos en que procediera legal o convencionalmente- no permite la ampliación a otros supuestos y cuantías pactadas al

margen de la ley, pues la obligación garantizadora a cargo de un fondo público obliga a una interpretación estricta de las normas que la regulan.

4.- Esta interpretación se refuerza si tenemos en cuenta que fuera del límite máximo del importe de una anualidad, y de no exceder del doble del salario mínimo interprofesional como base de cálculo del salario diario, el art. 33.2 no señala para estos casos ningún tope de número de días por año de servicio para calcular el importe de la indemnización a los solos efectos de su abono por el FOGASA, como así lo establece expresamente -30 días por año de servicio- "para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al art. 50 de esta Ley". No siendo admisible, bajo cualquier criterio pausable de interpretación, que el legislador haya omitido la fijación de este tope precisamente en estos supuestos del art. 49.1 c), al que, como hemos visto, se remite en el mismo número 2 del art. 33, hemos de colegir que no lo hizo porque dicho tope ya venía legalmente fijado de forma específica en el repetido art. 49.1 c) con la referencia a un máximo de 12 días por año de servicio».

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, procede la estimación del recurso formulado pues la responsabilidad subsidiaria del FOGASA no comprende el importe indemnizatorio por fin de obra que haya podido pactarse en convenio colectivo, viniendo tal responsabilidad limitada al máximo legalmente establecido -en este caso, y dada la fecha de los hechos, de 8 días por año de servicio- y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto.

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FOGASA, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate de suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el ahora recurrente y desestimar la demanda formulada.

FALLO:

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

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, frente a la sentencia dictada el 23 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación número 1925/2015 , interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social único de Mieres, el 12 de mayo de 2015 , en los autos número 68/2015, seguidos a instancia de D. Juan Manuel contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre PRESTACIONES. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, desestimando la demanda formulada. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por el letrado D. Enrique Lillo Pérez en nombre y representación de la Federación Agroalimentaria de Comisiones Obreras se presentó demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando que se declare el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a que si la empresa les asigna el trabajo en un sábado invocando distribución irregular de jornada o necesidad organizativa de la empresa y este trabajo en sábado se produce cuando esté de vacaciones algún trabajador adscrito al turno fijo de trabajo de fin de semana, sábado, domingo y festivo, tenga derecho automáticamente a la aplicación del art. 48 b) del convenio y, por lo tanto, a que perciban las compensaciones económicas y descanso

compensatorio marcado en el convenio, es decir 25,41 euros brutos hora para el año 2016 más 1 horas y 20 minutos de libranza por hora trabajada.

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

TERCERO.- Con fecha 28 de abril de 2016, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO: "Desestimamos la demanda de conflicto colectivo, promovido por CC.OO, a la que se adhirió USO y absolvemos a la empresa DANONE, S.A. de los pedimentos de la demanda".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación: "PRIMERO: CCOO ostenta la condición de sindicato más representativo y acredita implantación en la empresa DANONE. - USO es un sindicato de ámbito estatal, implantado también en la empresa citada. SEGUNDO. - El convenio de la empresa DANONE para el período 2008-2011 se publicó en el BOE de 5-11-2008. - El convenio 2012-2014 se publicó en el BOE de 29-10-2012 y el convenio 2015-2017 se publicó en el BOE de 20-08-2015. TERCERO. - Desde el 1-01-2013 la empresa viene asignando a los trabajadores, que prestan servicios de lunes a viernes, trabajo en sábado en supuestos de avería, cortes de suministro de energía imprevisto, puntas de producción, vacaciones y absentismo. - Dichas asignaciones de apoyan por la empresa en el apartado A) del art. 48 del vigente convenio, se preavisan con 5 días de anticipación y la jornada, que se obliga a realizar al trabajador, es 7 horas cuarenta minutos. CUARTO. - El 7-03-2016 se intentó la mediación sin acuerdo ante el SIMA. Se han cumplido las previsiones legales."

QUINTO.- Por la parte recurrente, se interpuso recurso de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, amparado en lo dispuesto en el artículo 207 e), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, siendo su objetivo denunciar la infracción de

las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueron aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación a las partes recurridas personadas y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar la improcedencia del recurso, se declararon conclusos los autos y se señaló día para votación y fallo el día 9 de mayo de 2017 quedando la Sala formada por cinco Magistrados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por la Federación Agroalimentaria de Comisiones Obreras se promovió frente a la empresa Danone, S.A., la Federación Agroalimentaria de la UGT (FTA-UGT) demanda de conflicto colectivo en cuyo suplico solicitaba que se declare el derecho de los trabajadores "a que si la empresa les asigna en el trabajo en un sábado invocando distribución irregular de jornada por necesidad organizativas la empresa y este trabajo en sábado se produce cuando esté de vacaciones algún trabajador adscrito al turno fijo de trabajo de fin de semana, sábado, domingo y festivo, tenga derecho automáticamente a la aplicación del artículo 48 b) del convenio y, por lo tanto, a que perciban las compensaciones económicas y descanso compensatorio marcado en el convenio, es decir 25,41 euros brutos hora para el año 2016 más 1 hora y 20 minutos de libranza por hora trabajada" .

A la demanda se adhirió Unión Sindical Obrera U S O .

La sentencia de la Audiencia nacional desestimó íntegramente la pretensión actora y frente a lo resuelto se alza en casación el sindicato demandante al amparo del artículo 207.e) mediante un único motivo de recurso.

SEGUNDO.- La cuestión objeto de debate en el presente recurso es la relativa a si es de aplicación el apartado A) del artículo 48 del Convenio Colectivo de Danone norma que viene siendo de aplicación al caso objeto de la demanda o bien sí, como se pretende en la demanda, debería serlo el apartado B) del citado precepto.

El tenor literal de los apartados A) y B) del artículo 48 del Convenio Colectivo de Danone S .A. es el siguiente:

"A) La empresa podrá distribuir de manera irregular 3 jornadas por trabajador en el año 2015, 4 jornadas por trabajador en 2016 y 5 jornadas por trabajador en 2017 con arreglo a los siguientes criterios:

Cada jornada será como máximo de 7 horas y 40 minutos y se realizará en días laborables (de lunes a sábado).

La empresa comunicará la jornada a realizar con un plazo de preaviso mínimo de cinco días.

Preferentemente se programará el descanso compensatorio con carácter previo a la realización de la jornada.

Las jornadas de descanso compensatorio se fijarán de mutuo acuerdo entre el interesado y el responsable correspondiente acordándose preferentemente en lunes o viernes. Si una vez transcurrido el período máximo de 4 meses anteriores o posteriores a la fecha de aplicación no se hubiera realizado el descanso compensatorio, la fecha de disfrute será establecida por la empresa.

Se programarán no más del 50 % de las jornadas en un semestre. En los casos en que las jornadas totales a realizar sean impares, se aplicará el 50 % +/-1 por semestre.

Las jornadas serán compensadas con el valor de la hora ordinaria de trabajo.

Para procurar mantener el carácter rotativo en la realización de jornadas de distribución irregular, para los años 2016 y siguientes, se establece la siguiente sistemática de funcionamiento, la aplicación de la cual no llegará a impedir en ningún caso el uso efectivo de la medida:

No se realizará más de una jornada irregular al mes por trabajador/a.

Aquellos trabajadores que realicen al menos un cuatrimestre en turno fin de semana en el año natural se les computarán una jornada irregular como realizada.

Para el año 2016, no se asignará la 4.ª jornada irregular a un mismo trabajador/a hasta que el resto de trabajadores/as de su mismo perfil y competencias no hayan realizado las 3 primeras. Este criterio no quedará condicionado por la limitación del +/- 50 % de asignación de jornadas en un semestre.

Para el año 2017, no se asignará la jornada irregular a un mismo trabajador/a hasta que el resto de trabajadores/as de su mismo perfil y competencias no hayan realizado las 4 primeras. Este criterio no quedará condicionado por la limitación del +/- 50 % de asignación de jornadas en un semestre.

Las jornadas irregulares anuales que coincidan con un puente (festivo en viernes o lunes) se asignarán con carácter rotatorio entre los trabajadores/as de un mismo perfil y competencias.

B) Flexibilidad de las fábricas que poseen una organización del trabajo a 7 días se aplicará la siguiente regulación:

Año 2015: 5 SDF (jornadas en sábados, domingos y festivos de 11 h 30 min de mañana-tarde y de tarde-noche).

Compensación: 25,03 euros brutos/h + 1 hora y 20 minutos de libranza por hora trabajada.

Año 2016: 5 SDF. Compensación: 25,41 euros brutos/h + 1 h 20min de libranza por hora trabajada.

Año 2017: 5 SDF. Compensación: 25,71 euros brutos/h + 1 h 20min de libranza por hora trabajada.

Causas de utilización de los SDF en la organización lunes-viernes:

Causas técnicas (avería general de fábrica y corte de suministro de energía imprevisto), puntas de producción, vacaciones y absentismo, 72 horas de preaviso salvo los que se puedan planificar. Compensaciones en la organización 7D:

Plus O7D: (Año 2015 100,14 euros brutos/mes, Año 2016 101,64 euros brutos/mes, Año 2017 102,86 euros brutos/mes) por 12 meses 1.702,92 € brutos (valor 2015); 1728,46 euros brutos (valor 2016); 1749,20 euros brutos (valor 2017) con rotación anual o parte proporcional en rotación menor.

Reducción Bolsa flexible 3 días en función del índice de absentismo, si existe rotación anual o parte proporcional en rotación menor. Bautizos y comuniones de hijos.

Ese día se computará como horas de bolsa flexible y siempre y cuando se preaviso con 15 días de antelación.

Los pactos locales se mantienen adaptándose al Convenio valorándose en su conjunto (comisiones locales de seguimiento)".

La sentencia recurrida analiza los antecedentes entendiendo como tales la que venía siendo práctica habitual vigente el anterior convenio (2012-2014), aplicando el artículo 48 en su apartado a) a los casos de averías, paro de energía , puntas de producción, y absentismo. Desde el 1 de enero de 2013 dicha práctica incluía la circunstancia de que la asignación en sábado se venía haciendo siempre que la jornada no superase las 7,40 horas pactadas en el apartado A). La alegación por la actora de que no se trata de ver si han sido cumplidos los requisitos del apartado A) sino de incluir la situación que contempla la demanda en el apartado b) del artículo 48 recibe respuesta en la sentencia cuando razona que la distribución irregular que regula el apartado A) es acausal, siempre que no se supere el número de sábados asignables anualmente ni la jornada máxima de 7,40 horas ni el resto de los requisitos de dicho apartado, cuya infracción no denuncia CC OO.

Como se advierte de la lectura de ambos apartados, frente al texto del apartado B), en donde se establece un marco de causas para la utilización de la flexibilización de jornada en fábricas que posean una organización de trabajo a 7 días, se atenderá en supuestos de causas técnicas , avería general de fábrica y corte de suministro de energía imprevisto), puntas de producción, vacaciones y absentismo, en el apartado A) se regula la facultad empresarial de distribución irregular de hasta 4 jornadas por trabajador en el año 2016, con máximo de 7 horas y 40 minutos a realizar de lunes a sábado.

La lectura conjunta de todos los apartados del precepto nos permite conocer la existencia de dos modalidades básicas de jornada, la de distribución regular y la jornada flexible que a su vez asume dos variantes, la de semana de lunes a viernes y la de fábricas con organización de trabajo a siete días.

Existe en la modalidad de jornada irregular la facultad empresarial de distribuir un máximo de cuatro jornadas al año (en 2016) y una al mes sin justificación de causa que podrá recaer en cualquier día de la semana de lunes a sábado.

En las fábricas con organización de trabajo a siete días y siempre que la organización no sea de lunes a viernes, en 2016, la utilización de la fórmula SDF (sábados, domingos y festivos) con las compensaciones que prevé la norma sin justificación de causa.

En las fábricas con organización de trabajo de lunes a viernes los SDF obedecerán a las causas que la norma describe, avería general de fábrica y corte de suministro imprevisto, puntas de producción, vacaciones y absentismo.

La previa determinación del resultado de aplicar la facultad empresarial contemplada en el apartado A del artículo 48 del Convenio Colectivo así como precisar en qué medida afecta al personal que presta servicios en fábricas con organización de trabajo de siete días y la jornada completa de lunes a viernes, es decir un acotamiento de los supuestos protegidos que requiera tal exactitud resulta incompatible con el ejercicio de la pretensión en la forma genérica en que lo ha sido.

Solo cuando concurra ese cúmulo de condiciones cabe entender exigible la compensación. Ciertamente ello parece conducir la cuestión más hacia un conflicto con caracteres de singularidad por el sucesivo escalonamiento de supuestos que exigirían analizar en cada caso que elementos previos concurren pero tampoco obsta esa característica a que se formule una declaración general acerca de cuáles son los supuestos excluyentes del derecho a la compensación. Sin embargo, dicha declaración genérica exigiría un número tal de especificaciones hasta delimitar el supuesto con exclusión de los restantes, vg. agotamiento de la facultad empresarial respecto del apartado A del artículo 48, ubicación dentro de un solo supuesto de los contemplados en el apartado B del citado artículo 48, que impiden una estimación de la demanda en los términos en los que se plantea el suplico de la misma y una estimación parcial enunciando todos y cada uno de los supuestos no incluidos en la estimación conduciría a un resultado inane, el de la mera reproducción en el fallo del texto de la norma cuya interpretación es objeto de controversia, por todo lo cual procede la desestimación del recurso de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimar el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Enrique Lillo Pérez, en nombre y representación de la Federación Agroalimentaria de Comisiones Obreras, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 28 de abril de 2016, en autos nº 71/2016. No procede la imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MAYO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE UGT se interpuso demanda de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare " El derecho del colectivo de Mando Intermedio y Cuadro de las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y Administrador de Infraestructuras Ferroviarias Alta Velocidad (ADIF ALTA VELOCIDAD) a percibir, por el concepto de Complemento Variable, al menos, el importe mínimo fijado para cada banda de referencia en función de la en que esté encuadrado."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la demandada; la Federación Estatal de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo y Sindicato de Circulación Ferroviario, se adhirieron a la demanda, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 7 de marzo de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la excepción de falta de modificación sustancial de la demanda y desestimando la demanda deducida por UGT, a la que se han adherido CCOO, CGT Y STF frente a ADIF y ADIF- ALTA VELOCIDAD absolvemos a los demandados de los pedimentos contenidos en la misma."

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

«PRIMERO.- UGT y CCOO ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal. Ambos sindicatos están debidamente implantados en el ámbito de las empresas demandadas. - CGT y el SCF están implantados debidamente también en el ámbito citado.

SEGUNDO.- Las relaciones laborales de ADIF y ADIF ALTA VELOCIDAD con sus trabajadores, se rigen por el II Convenio Colectivo de ADIF, El régimen retributivo del colectivo de trabajadores, encuadrado en el Marco regulador de mando intermedio y cuadro, se regula en el XII y XIV Convenio de RENFE, publicados en el BOE de 14-10-1998 y 11-08-2003, respectivamente.

TERCERO.- El componente variable del colectivo afectado se establece con tres niveles de referencia, N1, N2 y N3, siendo N1 el primer nivel. - El valor del componente variable se determina por la empresa en el primer trimestre del año con arreglo a sus criterios de valoración de cada puesto de trabajo.

Las bandas de referencia tienen un mínimo y un máximo, tanto para el componente fijo como para el variable.

CUARTO.- Las empresas demandadas asignan como objetivo máximo el que corresponde al puesto de trabajo, que se encuadrará en las bandas de cada nivel retributivo, si bien nunca se atribuye un objetivo inferior al mínimo establecido para cada uno de los niveles.

QUINTO. - Cuando el trabajador no alcanza el 100% del objetivo mínimo asignado, se le abona la parte proporcional sobre el objetivo alcanzado, lo que ha sucedido desde la introducción del régimen retributivo para este colectivo.

SEXTO. - El 11-11-2015 se intentó la mediación ante el SMAC sin acuerdo. »

QUINTO.- Contra la referida sentencia se prepararon recursos de casación, respectivamente, en nombre de Federación Estatal de Servicios para la Movilidad y el Consumo de UGT, y en nombre de ADIF. El letrado Don José Vaquero Turiño, en representación de Federación Estatal de Servicios para la Movilidad y el Consumo de UGT, en escrito de fecha 26 de abril de 2016, interpuso el correspondiente recurso, basándose en un único motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 207.e) de la LRJS, denunciando la infracción de la cláusula IV del XII Convenio colectivo de Renfe y la cláusula 18ª del XIV Convenio colectivo de Renfe.

La procuradora Doña Beatriz González Rivero, en nombre de ADIF, en escrito de fecha 15 de abril de 2016, interpuso el correspondiente recurso, basándose en varios motivos, al amparo de lo dispuesto en el art. 207.d) de la LRJS, por error en la apreciación de la prueba. Solicita se añada un hecho probado sexto, séptimo, octavo, décimo, undécimo, y duodécimo, y rectificación en el hecho probado Tercero y Cuarto.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 8 de septiembre de 2016 se procedió a admitir el citado recurso. Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 30 de mayo de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La Federación Estatal de Servicios para la Movilidad y el Consumo de la Unión General de Trabajadores (en adelante UGT) presentó el 28 de enero de 2015 la demanda de conflicto colectivo que ha dado lugar a las presentes actuaciones, a la que se adhirieron otros de los sindicatos inicialmente demandados (CCOO, CGT y SF), en solicitud de que se declare "el derecho del colectivo de Mando Intermedio y Cuadro de las Entidades Públicas Empresariales" ADIF y ADIF ALTA VELOCIDAD "a percibir, por el concepto de Complemento Variable, al menos, el importe mínimo fijado para cada banda de referencia en función de la que esté encuadrado".

2. Tal pretensión se fundaba, según quedó concretado en el acto de la vista oral, no así en el escrito de demanda, en la interpretación que el sindicato accionante efectuaba de los que denomina arts. 3.4 del XII Convenio Colectivo de RENFE y 18 del XIV Convenio de la misma entidad, publicados en el BOE de 14-10-1998 y 11-8-2003, respectivamente, que continúan siendo de aplicación en las empresas demandadas por disposición del II Convenio colectivo de ADIF, sin que esta última cuestión haya sido siquiera objeto de discusión.

3. La sentencia de instancia, dictada el 7 de marzo de 2016 (autos 378/2015) por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , transcribiendo en lo esencial lo resuelto en un precedente propio que cita como "proceso 377/2.016 ", aunque se trata en realidad de sus autos 377/2015 , tras rechazar la excepción de modificación sustancial de la demanda opuesta por las entidades demandadas, desestimó íntegramente el fondo de la pretensión y absolvió a las empresas de todos los pedimentos, decisión ésta frente a la que ahora se interpone por ambas partes el presente recurso de casación unificadora.

SEGUNDO.- 1. El sindicato actor, en un motivo único que ampara en el art. 207.e) LRJS , considera infringidas las cláusulas IV del XII Convenio Colectivo de Renfe (BOE de 14 de octubre de 1998) y la 18ª del XIV Convenio Colectivo de Renfe (BOE 11 de Agosto de 2003), antes identificados como "artículos" de esas mismas disposiciones convencionales. Resultó pacífico que la regulación del componente variable del colectivo de trabajadores afectados por el presente conflicto se contiene en los preceptos referenciados y denunciados como infringidos, y resulta necesario su reproducción, tal como esta Sala ya ha hecho en la reciente resolución que enseguida reiteraremos:

«Cláusula IV del XII Convenio Colectivo de Renfe 3.3 Componente variable. El valor del componente variable está ligado a la valoración del puesto de Mando Intermedio y Cuadro y a las características profesionales inherentes al mismo, con arreglo a la valoración de puestos que realice la Dirección de la empresa. El componente variable se establece con tres niveles de referencia: N1, N2 y N3, siendo N1 el de mayor nivel. No es consolidable, siendo revisable el valor mínimo de cada uno de los niveles establecidos, conforme a lo que se disponga al respecto en el Convenio Colectivo aplicable. Los objetivos individuales a conseguir se fijarán en el primer

trimestre del ejercicio económico. La percepción real del componente variable será en función del cumplimiento de los objetivos fijados. La gestión de objetivos, sistema y metodología a seguir para su fijación, evaluación, control y abono se establecen en la norma reguladora que desarrolla estos aspectos.

3.4 Bandas de referencia. A todos los trabajadores que se encuadren en el colectivo de Mando Intermedio y Cuadro, se les asignará, como mínimo, el nivel inferior establecido para el componente fijo. Asimismo, se garantiza la asignación del valor inferior de la banda de variable correspondiente a la valoración de su puesto de trabajo.

3.4.2 Componente variable. Se establecen tres bandas de componente variable, que corresponden a los tres niveles de valoración de los puestos de trabajo: Nivel 1: De 350.000 a 760.000 pesetas. Nivel 2: De 250.000 a 450.000 pesetas. Nivel 3: De 150.000 a 350.000 pesetas.

XIV Convenio Colectivo de Renfe: Cláusula 18°. Mandos intermedios y cuadros. 2. El sistema retributivo de los Mandos Intermedios y Cuadros se formará con dos niveles de componente fijo y tres niveles de componente variable, según las bandas de referencia expresadas en el Anexo I (tablas salariales) y garantizando en cada caso los valores mínimos de éstas. Las garantías establecidas para este sistema en el marco regulador de Mando Intermedio y Cuadro del XII Convenio de RENFE, en cuanto a garantías de percepciones mínimas, se entenderán referidas a las nuevas bandas salariales anteriormente citadas.»

2. Para la sentencia recurrida, reproduciendo los razonamientos empleados en el mencionado precedente (SAN 2-2-2016, autos 377/2015), la práctica empresarial resulta ajustada a derecho porque la retribución del componente variable depende absolutamente del cumplimiento del objetivo propuesto por las empresas, como se deduce inequívocamente del art. 3.3 del XII Convenio Colectivo de RENFE que, a su entender, deja perfectamente claro que la "percepción real del componente variable será en función del cumplimiento de los objetivos fijados", lo que permite descartar, sin mayores razonamientos, que los trabajadores tengan derecho a percibir el valor inferior de la banda de variable correspondiente a la valoración de sus puestos de trabajo, fuere

cual fuere el objetivo alcanzado, como defendieron los actores, por cuanto dicha interpretación convertiría en retribución fija lo que los negociadores del convenio quisieron como retribución variable. Dicha conclusión no puede enervarse, porque el art. 3.4 del convenio reiterado garantice a los trabajadores la asignación del valor inferior de la banda de variable correspondiente a la valoración de su puesto de trabajo, por cuanto dicho precepto se limita a fijar un importe mínimo a pagar si se consigue el objetivo trazado, pero no asegura, de ningún modo, el derecho a percibir ese importe con independencia del resultado alcanzado, puesto que dicha tesis desnaturalizaría la naturaleza variable de este tipo de retribución, que tampoco se ve afectada por la cláusula 18ª, 2 del XIV Convenio Colectivo citado que se limita a garantizar los valores mínimos de cada banda, que no puede abstraerse, como pretenden los actores, del requisito esencial para la percepción real del componente variable que es la consecución de los objetivos fijados.

Es más, continúa razonando la Sala de instancia, si hubiera alguna duda sobre la interpretación expuesta, quedaría despejada perfectamente por los actos posteriores al convenio, al ser impensable que, si la intención de los negociadores hubiera sido que el colectivo de mandos intermedios y cuadros cobrara el valor inferior de la banda variable correspondiente a la valoración de cada puesto de trabajo, fuere cual fuere el nivel de cumplimiento de los objetivos fijados, no se hubiere planteado ningún tipo de reclamación colectiva en una empresa tan sindicalizada durante casi dieciocho años y lo que es más increíble aún, que dicha reclamación no se hubiera precisado en los convenios posteriores, que se han limitado a mantenerla en su redacción original, aunque a los negociadores sindicales no podía escapárseles cuál era la práctica de las empresas, que ha sido siempre la misma.

3. El sindicato recurrente, en síntesis, sostiene que la interpretación efectuada por la sentencia impugnada no es la correcta y mantiene que una adecuada y lógica hermenéutica de los preceptos en cuestión debería haber conducido a la estimación de la demanda y, en esta sede, a la estimación del recurso.

4. Respecto a la interpretación de los convenios colectivos, es doctrina constante de esta Sala que, atendida la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual), la interpretación de los

mismos debe hacerse utilizando los siguientes criterios: La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC; STS 13 octubre 2004, Rec. 185/2003). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 CC). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1, 1281 y 1283 CC). No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS 9 abril 2002, Rec. 1234/2001). Y los convenios colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el «espiguelo» (STS 4 junio 2008, Rec. 1771/2007).

5. Por otro lado, «la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual». (SSTS de 5 de junio de 2012, rec. 71/2011; de 15 de septiembre de 2009, rec. 78/2008, entre muchas otras). Y, también, hemos precisado que «en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes» (STS de 20 de marzo de 1997, rec. 3588/1996).

6. La aplicación de la anterior doctrina al supuesto examinado, tal como esta misma Sala IV del tribunal Supremo ha decidido muy recientemente en el asunto antes aludido (STS4ª n° 350/2017, de 25 de abril, R. 147/12 , que confirmó la SAN 2-2-2016, procd. 377/15 , igualmente referenciado más arriba) debe conducir a la desestimación del recurso. " En efecto, no sólo es que la interpretación efectuada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional responda adecuadamente a los mandatos del Código Civil sobre interpretación de normas y contratos y que sus razonamientos no resulten

carentes de lógica o conduzcan a resultados irrazonables; ocurre, además, que la Sala coincide totalmente con la interpretación y aplicación de las normas controvertidas que ha hecho la sentencia recurrida que debe mantenerse en esta sede casacional. Lo que el recurrente pretende dejaría vacío de contenido y de sentido el complemento retributivo que por su propia definición es "variable" y no fijo que sería como se convertiría de seguir la tesis sustentada por el demandante" (FJ 3º.2) .

TERCERO.- 1. El recurso de la empresa ADIF comienza reconociendo - literalmente- "que el fallo de...[la] sentencia está plenamente ajustado a derecho", pero, aún así, formula un total de ocho motivos de casación, amparados todos ellos en el art. 207.d) LRJS , que postulan otras tantas revisiones del relato fáctico de instancia, sin denunciar siquiera cualquier infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, razón por la cual, sin necesidad de ninguna otra consideración, procede su íntegra desestimación porque, incluso aunque se aceptara alguna de tales revisiones, ello carecería de incidencia respecto a la solución otorgada por la resolución impugnada.

2.- Se impone pues, tal como interesa el Ministerio Fiscal en su informe, la desestimación de ambos recursos, sin que proceda efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

FALLO:

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

1.- Desestimar los recursos de casación interpuestos por el Sector Estatal Ferroviario de la Federación de Servicios para la Movilidad y el Consumo de la Unión General de Trabajadores, representado y asistido por el letrado D. José Vaquero Turiño, así como el interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Beatriz González Rivero en nombre y representación de ADIF. 2.- Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 7 de marzo de 2016, dictada en autos número 378/2015 , en virtud de demanda formulada por Federación Estatal de Servicios para la Movilidad y el Consumo de la Unión General de Trabajadores (UGT), contra ADIF, ADIF ALTA VELOCIDAD y otros, sobre Conflicto Colectivo. 3.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

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

Así se acuerda y firma.

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que: «estimando la demanda en su totalidad se declare la nulidad de los artículos 21B y 21D del III Convenio Colectivo de empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 16 de junio de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en la que consta el siguiente fallo: «Que, con estimación parcial de la Demanda presentada por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS, representada por el Letrado D. DAVID CHAVES PASTOR, interpuesta contra UNION GENERAL DE TRABAJADORES, ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE CASTILLA-LA MANCHA, SANITRANS y AGITRANS, en cuyas actuaciones ha sido parte el MINISTERIO FISCAL, sobre impugnación parcial del III CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESAS Y TRABAJADORES DE TRANSPORTE DE ENFERMOS Y ACCIDENTADOS EN AMBULANCIA PARA

LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA, procede declarar la Nulidad del apartado d) del artículo 21 de dicho Convenio Colectivo . Sin que proceda realizar declaración sobre existencia de mala fe en los demandados.»

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

«1º.- El III Convenio Colectivo de Empresas y Trabajadores de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha comenzó sus deliberaciones el 17-1-2013, estando formada la parte social de la Comisión Negociadora, por tener legitimación para ello, por 9 representantes del Sindicato UGT, más dos asesores, y por 5 representantes del Sindicato CCOO, más dos asesores (folios 253 a 255 de los autos).

2º.- En la última reunión de la Comisión Negociadora, realizada el 18-7-2013, por los representantes de CC.OO se dejó constancia de su disconformidad con respecto al contenido del artículo 21 , si bien solamente se indicara, al final de la propuesta, "CCOO no está de acuerdo" (folio 27, octava página de dicha Acta, acompañada a la demanda, y folio 283 vuelto, donde se reitera), acordándose finalmente en dicha reunión firmar el texto del Convenio entre "la totalidad de la patronal y el Sindicato UGT que es mayoritario, no firmando este Convenio el sindicato CCOO" (folio 32, página 13 del Acta levantada, y folio 286, donde se reitera el texto del mismo).

3º.- Se suscribió finalmente dicho Convenio el 30-7-2013, exclusivamente por parte de la Federación Regional de Transportes, Comunicaciones y Mar del Sindicato UGT, por parte de los trabajadores, y por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE AMBULANCIAS DE CASTILLA-LA MANCHA por la parte patronal (folios 370 a 385, donde obra copia de dicho texto publicado en el DOCM de 11-12-2013, aspecto no cuestionado).

4º.- El contenido del artículo 21, b) del citado Convenio Colectivo , que obra aportado al folio 50, así como al 374 vuelto y 375, es del siguiente tenor literal:

"B.-)Dispositivos de localización.- Las empresas podrán ofertar a los trabajadores/ras que estimen oportuno, la posibilidad de permanecer a disposición de la empresa mediante un dispositivo de localización en las condiciones que se detallan a continuación: 1.- Solo será aplicable a los trabajadores/ras que, por razones del servicio,

deban permanecer disponibles y localizados desde las cero a las veinticuatro horas, mediante el medio técnico de localización correspondiente, que será facilitado por la empresa, para acudir a aquellos servicios no programados que surjan. 2.- La aceptación de esta oferta por el trabajador/a en plantilla, deberá ser voluntaria, sin que su negativa le pueda acarrear cambio alguno en sus condiciones de trabajo, ni movilidad de ningún tipo. Si el trabajador/a que acepte el dispositivo de localización, quiere posteriormente renunciar a este sistema de trabajo, deberá comunicarlo a la empresa por escrito con un mes de antelación, volviendo a sus anteriores condiciones de trabajo. 3.- No obstante lo dispuesto en el apartado 2, podrá realizarse contratación específica para la realización de este dispositivo de localización, entendiéndose que este dispositivo de localización se utilizará para acudir aquellos servicios no programados que surjan. 4.- El límite máximo que un trabajador/a podrá estar en esta situación será de cinco días seguidos, garantizándose dos días de descanso consecutivos nada más finalizar el servicio, sin que puedan ser cambiados o compensados. 5.- El dispositivo de localización no podrá estar activado a efectos de cómputo de trabajo efectivo, en relación con cada trabajador/a más de seis horas de media diaria, calculadas en el periodo de los cinco días. Durante el dispositivo de localización y afectos de trabajo efectivo, este se contabilizara desde el momento en que se llame al trabajador/a para prestar un servicio hasta el momento en el que el trabajador/a regrese a su base. 6.- La prestación por parte de un trabajador/a del dispositivo de localización, durante cinco días consecutivos, implica la finalización, por parte de este, de su jornada laboral semanal. 7.- Como compensación a la disponibilidad desde las 00:00 a las 24:00 horas, el trabajador/a que acepte este sistema de trabajo, además del sueldo correspondiente (salario base, más pluses y antigüedad) se le abonará, en concepto de dispositivo de localización por cada día que para este concepto figura en este anexo de este convenio y que para el año 2012 y 2013 será el que consta en las tablas anexas. Este complemento salarial no consolidable, retribuye la aceptación expresa por parte del trabajador/a del dispositivo de localización. 8.- Las empresas de la red de urgencias que presta servicios para el Sescam podrán aplicar los dispositivos de localización exclusivamente en las bases de urgencias que se dicen expresamente sin que quepa la utilización de este sistema de trabajo más que por acuerdo de la comisión de Aplicación del Convenio en acuerdo expreso. Los dispositivos de localización en las diferentes poblaciones, se fijarán en la comisión paritaria del convenio colectivo de

Castilla-La Mancha, atendiendo a la dispersión geográfica, baja activación y población, no pudiéndose modificar estos, en ningún caso, sin la aprobación por parte de esta Comisión. Todos los dispositivos, ya sean de servicio urgente como no urgente, deberán ajustarse a la regulación del presente artículo. Los dispositivos que se fijan en este Convenio se adjuntan al texto".

5º.- El contenido del artículo 21,d) del citado pacto colectivo, que obra a los folios 51 y a los 375 y 375 vuelto, es del siguiente tenor literal:

"D.-) Regulación de la base de tres tripulaciones: Se admite, de forma excepcional, la realización de trabajos con tres tripulaciones que contemplen las 24 horas de servicio y que serán implantadas en las bases y zonas donde se determine de forma negociada. Estas bases serán como máximo las que se pacten en cada momento por la Comisión de Control. Interpretación y Seguimiento de las Bases de Trabajo del Servicio de Urgencias/Emergencias del convenio, no pudiendo modificarse ni aun cuando sea por causa ajena a la empresa, salvo acuerdo de esta comisión. No será suficiente el consenso con la representación de los representantes de personal para vencer la capacidad de la comisión de aplicación del convenio, de forma que el supuesto caso de implantación por la empresa de alguna base distinta será causa suficiente para acudir al criterio genérico con cuatro tripulaciones. Las bases máximas que se fijan en este momento se adjuntan al texto de este convenio. Las bases máximas se fijarán en la Comisión de Control. Interpretación y Seguimiento de las Bases de trabajo del Servicio de Urgencias/Emergencias. Motivado por la especial forma de trabajo y sus características, se pacta un complemento específico que abona las horas no presenciales que puedan realizarse en cada momento y que será establecido en las tablas anexas a este convenio. La jornada de la base de tres consistirá en una rotación de un día de trabajo y dos de descanso, con un máximo de diez turnos mensuales y la realización máxima de 240 horas mensuales entre las de trabajo efectivo, horas presenciales y no presenciales, contemplándose en todo caso los límites legales establecidos en el Real Decreto 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo".

6º.- Por la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo y Economía de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, mediante escrito con firma electrónica fechado en 24-10-2013,

dictado en el trámite de solicitud de inscripción del Convenio Colectivo acordado, se les indica la existencia de determinadas insuficiencias de forma (folio 38, donde obra dicha comunicación), entre la que destaca la de sustituir en el clausulado del texto del convenio "toda referencia a la comisión paritaria, cuando se refieran a funciones de control del órgano creado en la disposición adicional segunda, por la denominación correcta "COMISIÓN DE CONTROL, INTERPRETACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LAS BASES DE TRABAJO DEL SERVICIO DE URGENCIAS/EMERGENCIAS".

7º.- Igualmente, considera aconsejable revisar el texto de los apartados B y D del artículo 21, relativos a dispositivos de localización y las bases de tres tripulantes (página 39), señalando que: "La redacción del apartado B, sobre dispositivos de localización, podría vulnerar lo dispuesto en los artículos 9 y 10 del aludido Real Decreto 1561/1995 , sobre jornadas especiales de trabajo, al excederse con su implantación, el número máximo de horas de tiempo de presencia. La redacción del apartado D, relativos a las bases de tripulantes, debe contener una regulación clara de la jornada de trabajo y los supuestos de excepcionalidad en que procede su aplicación, a fin de garantizar la transparencia de dicho sistema de trabajo y posibilitando así el control de legalidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8 a 10 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre , sobre jornadas especiales de trabajo, en relación con el artículo 34 y 90,5 del Estatuto de los Trabajadores ".

8º.- Igualmente observa como una irregularidad, que entiende que aconseja su revisión, según señala en el punto 1, tercer párrafo de dicho apartado del escrito, que: "... se aprecia que las funciones atribuidas a la comisión paritaria, de control, o a cualquier otro órgano, sobre determinación del número máximo de bases a tres tripulantes y fijación de los dispositivos de localización en las diferentes poblaciones, excederían del ámbito competencial propio de este tipo de órganos" (misma página 39).

9º.- La Disposición Adicional segunda del Convenio, en sus párrafos siete y ocho, crea una Comisión de control, interpretación y seguimiento de las bases de trabajo del Servicio de Urgencias/Emergencias, señalando que: "Esta comisión estará formada por cinco miembros de la parte patronal y cinco de la parte social, en proporción a la representación que ostente cada parte en cada momento. Se reunirá a petición de cualquiera de las partes y tratará sobre los asuntos relacionados con la situación de las

bases de trabajo existentes en cada momento en la región. Sus resoluciones tendrán carácter de acuerdo y obligarán a todas las partes. Serán de carácter vinculante y de aplicación efectiva en la forma en que las mismas lo determinen".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO., siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de marzo de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por la FEDERACIÓN DE SERVICIO A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS, se formula demanda, contra la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE CASTILLA LA MANCHA, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, AGETRANS y SANITRANS, impugnando el III Convenio Colectivo de Empresas y Trabajadores de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, por entender que vulnera la legalidad en los siguientes apartados:

"a) Vulneración del art. 21 B) del Convenio Colectivo respecto de la legislación vigente en relación a los tiempos de descanso y presencia de los trabajadores sujetos a dispositivos de localización.

b) Vulneración del art. 21 B) de la legislación y jurisprudencia existente al atribuir a la Comisión Paritaria del Convenio funciones que exceden de su competencia, limitando por ello a las organizaciones no firmantes su derecho a la negociación colectiva.

c) Vulneración del art. 21 D) relativo a la regulación de la base de tres tripulaciones de la legislación vigente en materia de horas, tiempos de trabajo, descanso y horas de presencia o disponibilidad".

Finalmente suplicaba que con admisión de la demanda, y citación de las partes al juicio oral, se dictara en su día sentencia por la que estimando la demanda en su totalidad se declare la nulidad de los arts. 21 B y 21 D del Convenio Colectivo cuestionado.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 16 de junio de 2015 (Proc. 12/2014), estima en parte la demanda, y declara la Nulidad del apartado d) del artículo 21 del III Convenio Colectivo de empresas y trabajadores de Transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sin realizar declaración sobre existencia de mala fe en los demandados.

TERCERO.- 1.- Contra la referida sentencia interpone recurso de casación la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS, que ha visto aceptada la postulada nulidad del art. 21 apartado D del III Convenio Colectivo de empresas y trabajadores de Transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha citado, pero no así el apartado B del mismo artículo 21.

Así, articula el recurrente dos motivos de recurso, limitados a combatir la desestimación de la nulidad del apartado B) del art. 21 del referido Convenio Colectivo

2.- El recurso es impugnado por SANITRANS y por la Federación de servicios para la movilidad y el consumo de la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (SMC-UGT), que interesan la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia recurrida.

3.- El Ministerio Fiscal emitió informe en el que interesa se declare la procedencia del recurso.

CUARTO.- 1.- Al amparo del art. 207 e) de la LRJS, denuncia el recurrente la infracción de las siguientes normas del ordenamiento jurídico: Arts. 34 ET y 9 del RD. 1561/1995 en relación con los periodos mínimos de descanso y semanal; Arts. 10.4 del RD. 1561 sobre jornadas especiales de trabajo y 10.5 de la misma norma en la redacción dada por el RD 1635/2011 de 14 de noviembre, en relación a la consideración de

jornada laboral; Art. 8 del RD 1561/1995 relativa a la limitación de horas de presencia a realizar por el trabajador.

Alega la recurrente que el art. 21 b) del III Convenio Colectivo controvertido, no respeta las referidas normas, por lo que está abocado a la nulidad como se interesa en el escrito de demanda.

La sentencia recurrida desestima la pretensión de nulidad del art. 21 b) del III Convenio Colectivo , con base en que "(...) no existe ni soporte fáctico, ni argumentación jurídica suficiente para considerar, con carácter general, su confrontación con una norma legal vinculante, interna o comunitaria, en los términos a que se refiere el artículo 85,1 del Estatuto de los Trabajadores , cuando alude al obligado respeto a las leyes de los convenios colectivos, entendiéndolo ello como referido a normas que precisamente no sean dispositivas. Y sin que, a tales efectos, se pueda atribuir mayor trascendencia a la opinión vertida por la autoridad laboral, en el trámite de solicitud de su registro, posterior depósito y publicación, conforme al artículo 90,2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores y al Real Decreto 713/2010, de 28-5-2010, que regula reglamentariamente dicho trámite respecto a convenios y acuerdos colectivos de trabajo. (...)".

Señala la sentencia de instancia que: "La propia trascendencia, de alcance constitucional (artículo 37 CE), del derecho de negociación colectiva, conduce a que la reflexión judicial sobre la legalidad de los contenidos de un Convenio Colectivo (...). Pero, entiende esta Sala, sin que pueda primar una eventualidad de colisión con norma legal, no avalada por una constatación o por una argumentación jurídica suficiente, como para conducir a la interferencia judicial en el ejercicio de ese poder normativo constitucionalmente atribuido, y acordar la nulidad con carácter general de un precepto convencional, cuyo enfrentamiento con norma legal indisponible no resulta claramente justificado".

2.- El artículo 21 apartado B) del Convenio Colectivo , transcrito en el relato de hechos probados (h.p. cuarto), es del siguiente tenor literal:

"B.-) Dispositivos de localización.- Las empresas podrán ofertar a los trabajadores/ras que estimen oportuno, la posibilidad de permanecer a disposición de la

empresa mediante un dispositivo de localización en las condiciones que se detallan a continuación:

1.- Solo será aplicable a los trabajadores/ras que, por razones del servicio, deban permanecer disponibles y localizados desde las cero a las veinticuatro horas, mediante el medio técnico de localización correspondiente, que será facilitado por la empresa, para acudir a aquellos servicios no programados que surjan.

2.- La aceptación de esta oferta por el trabajador/a en plantilla, deberá ser voluntaria, sin que su negativa le pueda acarrear cambio alguno en sus condiciones de trabajo, ni movilidad de ningún tipo. Si el trabajador/a que acepte el dispositivo de localización, quiere posteriormente renunciar a este sistema de trabajo, deberá comunicarlo a la empresa por escrito con un mes de antelación, volviendo a sus anteriores condiciones de trabajo.

3.- No obstante lo dispuesto en el apartado 2, podrá realizarse contratación específica para la realización de este dispositivo de localización, entendiéndose que este dispositivo de localización se utilizará para acudir aquellos servicios no programados que surjan.

4.- El límite máximo que un trabajador/a podrá estar en esta situación será de cinco días seguidos, garantizándose dos días de descanso consecutivos nada más finalizar el servicio, sin que puedan ser cambiados o compensados.

5.- El dispositivo de localización no podrá estar activado a efectos de cómputo de trabajo efectivo, en relación con cada trabajador/a más de seis horas de media diaria, calculadas en el periodo de los cinco días. Durante el dispositivo de localización y afectos de trabajo efectivo, este se contabilizara desde el momento en que se llame al trabajador/a para prestar un servicio hasta el momento en el que el trabajador/a regrese a su base.

6.- La prestación por parte de un trabajador/a del dispositivo de localización, durante cinco días consecutivos, implica la finalización, por parte de este, de su jornada laboral semanal.

7.- Como compensación a la disponibilidad desde las 00:00 a las 24:00 horas, el trabajador/a que acepte este sistema de trabajo, además del sueldo correspondiente (salario base, más pluses y antigüedad) se le abonará, en concepto de dispositivo de localización por cada día que para este concepto figura en este anexo de este convenio y que para el año 2012 y 2013 será el que consta en las tablas anexas.

Este complemento salarial no consolidable, retribuye la aceptación expresa por parte del trabajador/a del dispositivo de localización.

8.- Las empresas de la red de urgencias que presta servicios para el Sescam podrán aplicar los dispositivos de localización exclusivamente en las bases de urgencias que se dicen expresamente sin que quepa la utilización de este sistema de trabajo más que por acuerdo de la comisión de Aplicación del Convenio en acuerdo expreso.

Los dispositivos de localización en las diferentes poblaciones, se fijarán en la comisión paritaria del convenio colectivo de Castilla-La Mancha, atendiendo a la dispersión geográfica, baja activación y población, no pudiéndose modificar estos, en ningún caso, sin la aprobación por parte de esta Comisión.

Todos los dispositivos, ya sean de servicio urgente como no urgente, deberán ajustarse a la regulación del presente artículo. Los dispositivos que se fijan en este Convenio se adjuntan al texto".

No obstante constar acreditado que por la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo y Economía de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, mediante escrito de fecha 24-10-2013, (folio 39) -H.P. séptimo-, se estimaba conveniente revisar el texto del art. 21 b), señalando que la redacción del mismo podría vulnerar lo dispuesto en los artículos 9 y 10 del RD 1561/1995 , sobre jornadas especiales de trabajo, al excederse con su implantación, el número máximo de horas de presencia; esta Sala IV/TS, comparte en el extremo examinado la sentencia de instancia, por cuanto no existe confrontación alguna de la norma convencional con los preceptos cuya infracción se denuncia (Arts. 34 ET y 9 del RD. 1561/1995 en relación con los periodos mínimos de descanso y semanal; Arts. 10.4 del RD. 1561 sobre jornadas especiales de trabajo y 10.5 de la misma norma en la redacción dada por el RD 1635/2011 de 14 de noviembre, en relación a la

consideración de jornada laboral; y Art. 8 del RD 1561/1995 relativa a la limitación de horas de presencia a realizar por el trabajador), pues sin perjuicio de la eventual necesidad de instar el control por parte de los trabajadores que estimen inaplicable la norma al supuesto particular, no está justificada la nulidad con carácter general que se insta de la norma convencional.

Y al respecto no puede obviarse la doctrina de esta Sala, contenida entre otras en la STS de 27 de enero de 2009 (rco. 27/08), sobre guardias de localización en el transporte, que las distingue claramente del tiempo de presencia, señalando que "la nueva situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por si sola, el desarrollo de ningún trabajo, y por ende está claramente fuera de la jornada laboral....". Y así señala que la guardia de localización cuando el trabajador no permanece en el lugar designado por el empresario no es tiempo de trabajo. No lo es, ni conforme al artículo 14 del Real Decreto 1561/1997, ni conforme a la norma convencional aplicable, ni tampoco puede configurarse como tiempo de trabajo por la vía de incluirle en la definición más amplia de tiempo de presencia del artículo 8 del Real Decreto citado , que considera tiempo de presencia "aquél en que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares".

Con igual resultado, nuestra STS/IV de 18 de noviembre de 2016 (rco. 234/2015) , en relación al tiempo de guardia "on call", señala que no es tiempo de presencia sino de simple localización a disposición de la empresa exigiendo únicamente un tiempo de respuesta de 50 minutos, que es abonado por la empresa conforme a lo establecido. En este servicio "on call" el trabajador tiene completa libertad de movimientos y solamente se le exige un tiempo de respuesta.

El mismo criterio de diferenciación entre las horas de localización y las horas de trabajo, se refleja en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 2000 (asunto SIMAP) y 9 de septiembre de 2003 (asunto Jaeger), -citadas por la STS/IV citada de 27 de enero de 2009 -, en las que " se distingue entre: 1) las guardias que se prestan en régimen de localización, sin que sea obligatoria la presencia en el centro sanitario, que no son asimilables a tiempo de trabajo, pues en

ellas los trabajadores pueden organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales y 2º) las guardias de presencia, en las que se el trabajador está obligado a mantenerse a disposición de su empresario en el lugar determinado por éste durante toda la duración del servicio, con lo que está sujeto a limitaciones considerablemente más gravosas, puesto que debe permanecer alejado de su entorno tanto familiar como social y goza de una menor libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales. No pueden, por tanto, contraponerse, como hace la parte recurrente, las limitaciones propias de las guardias de presencia y la ausencia de limitaciones o la libertad de movimientos propia de las guardias de localización. En las dos modalidades hay limitaciones importantes en función de la disponibilidad, lo que varía es la intensidad: muy fuerte a casi absoluta cuando hay presencia física y más reducida y compatible con una dedicación personal cuando se trata de mera localización. En esta distinción insiste la sentencia de 1 de diciembre de 2005 (asunto Dellas)".

En consecuencia, ha de confirmarse la solución dada por la sentencia de instancia, pues efectivamente, no existe confrontación alguna entre la normativa convencional y los preceptos sustantivos invocados partiendo de cuanto se constata acreditado que haya de conducir a declarar la nulidad con carácter general del precepto impugnado, sin perjuicio de un eventual control ante supuestos individualizados, y de cuanto oportunamente se dirá respecto al segundo motivo de recurso referido al punto 8 del art. 21 b).

QUINTO.- Con igual amparo del art. 207 e) de la LRJS , denuncia el recurrente que el art. 21 b) del III Convenio Colectivo cuestionado, infringe el art. 91 del Estatuto de los Trabajadores , referente a las funciones de las Comisiones Paritarias, así como de la jurisprudencia existente y aplicable al caso concreto.

La Sala de instancia al abordar la nulidad operada y no cuestionada del apartado D) del mismo art. 21 del III Convenio Colectivo cuestionado, señala con referencia a la doctrina jurisprudencial, con cita de la STS/IV de 3-febrero-2015 (rec. 64/2014) que " el legislador atribuye a las comisiones paritarias funciones que corresponden a la administración del convenio, incluidas las de cooperación y colaboración en la ejecución del mismo, pero en ningún caso les asigna competencias cuyo ejercicio

implique una acción normativa típica en la medida en que supone una modificación de las condiciones de trabajo pactadas o el establecimiento de nuevas normas, recordando la STS de 30-9-91 o la STS de 30-10-2001 . Igualmente, señala como se debe de distinguir entre "comisiones negociadoras" y "comisiones aplicadoras", con su diverso régimen de composición y funcionamiento (SSTS de 8- 4-2013, 14-5-2013 o 21-10-2013), que impide vetar la participación de las primeras de quien, aunque no haya firmado el convenio colectivo, tenga legitimación negocial suficiente para ello, en los términos del artículo 87 ET, según sea el ámbito del mismo". Y ello, recordando asimismo el contenido del artículo 85,3,e) del citado Estatuto de los Trabajadores que incluye, dentro del contenido mínimo de los convenios colectivos regulados de conformidad con dicha norma, la designación de una "comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83".

El redactado del apartado b) del art. 21 en su punto 8, al igual que en relación al apartado d), se atribuye a la Comisión Paritaria unas facultades que no le corresponden, pues sus decisiones afectarían a las condiciones de trabajo e incluso a una eventual modificación de las mismas, con lo cual, como señala el recurrente, el apartado b) del art. 21 se excede igualmente del contenido del art. 91 ET , referido al conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los Convenios Colectivos, sin que quepa actividad negociadora alguna.

Esta circunstancia avala fuertemente la nulidad del punto 8 apartado b) del art. 21 postulada, al igual que la sentencia de instancia lo ha hecho para el apartado d), pues en el redactado de la norma convencional antes transcrito, es claro que a la Comisión Paritaria se le están atribuyendo unas funciones que exceden de las que deberían ser de mera aplicación del pacto colectivo para atribuirle auténticas facultades de negociación invadiendo las funciones propias de los sujetos con representatividad no firmantes del

convenio colectivo, pues es obvio que las comisiones creadas por un pacto colectivo no pueden sustituir a los sujetos legitimados para negociar contenidos normativos.

SEXTO.- En consecuencia, y en el sentido expuesto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, cabe estimar en parte el recurso, declarando la nulidad del punto 8 del apartado b) del art. 21 del convenio colectivo cuestionado, procediendo asimismo, conforme al art. 166,2 de la LRJS, su notificación a la autoridad laboral, y conforme al art. 166.3 de la LRJS, su publicación en el DOCM. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS, contra la sentencia de 16 de junio de 2016 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha , en el procedimiento de Impugnación de convenio colectivo núm. 12/2014 seguido a instancias de la recurrente frente a la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE CASTILLA-LA MANCHA, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, AGETRANS y SANITRANS, declarando la nulidad del punto 8 del apartado b) del art.21 del III Convenio Colectivo de Empresas y Trabajadores de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de la Federación de Servicios y Construcción de CCOO; la Federación Regional de Servicios de la UGT Madrid (FES-UGT) y por

Unión Sindical Obrera (USO-MADRID), se interpuso demanda de Impugnación de Conflicto Colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que:

«tras declarar Nulo el Convenio publicado en el BOCAM de fecha 07 de marzo de 2015 para los trabajadores de la Comunidad de Madrid de la Empresa Mansegur Seguridad Privada, S.A., y subsidiariamente para el caso de no entenderse la nulidad del mismo se declare Nulos todos aquellos artículos relatados en el cuerpo de ése escrito que concurren con el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad Privada o son ilegales CONDENE a la empresa a las consecuencias legales inherentes a tal declaración y a estar y pasar por la misma».

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

TERCERO.- Con fecha 28 de diciembre de 2015 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«Que, previa desestimación de las excepciones de litisconsorcio pasivo necesario y litispendencia, estimamos parcialmente la demanda de impugnación de convenio formulada por las representaciones letradas de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS Y CONSTRUCCIÓN DE CC.OO, de la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE LA UGT MADRID (FES- UGT) y de UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO-MADRID) contra la empresa MARSEGUR SEGURIDAD PRIVADA S.A., ACOSEPRI, APROSER y la COMISIÓN NEGOCIADORA (PARTE SOCIAL) en la persona de DOÑA Rosario, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, debemos declarar y declaramos la inaplicación de los artículos 10 a 20 del Convenio Colectivo de la Entidad "MARSEGUR SEGURIDAD PRIVADA, SOCIEDAD ANÓNIMA", para todo el territorio de la Comunidad de Madrid, con vigencia desde el 1 de noviembre de 2014

al 30 de octubre de 2018, publicado en el BOCAM de 7 de marzo de 2015, por concurrir con el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad publicado en el BOE de 25 de abril de 2013.

Se condena a las partes demandadas a estar y pasar por las consecuencias legales inherentes a tal declaración».

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

«PRIMERO.- La empresa MARGESUR SEGURIDAD PRIVADA, SA es una empresa dedicada a la Seguridad Privada, con implantación en todo el territorio nacional.

SEGUNDO.- El 22 de agosto de 2014 tiene entrada en el Registro de la Consejería de Empleo, preaviso de elecciones sindicales, número 9925, tipo total, afectando a 12 trabajadores de lo que denominan "varios centros de Madrid en la empresa", sita en la calle La Española.

La votación tiene lugar el 29 de septiembre de 2014, resultando elegida la trabajadora Rosario , única candidatura presentada.

TERCERO.- El 6 de octubre de 2014, la empresa Marsegur SA, la representación de Acosepri y, por la parte social, D^a Belinda, ante la puesta en marcha de las operación de la empresa en la Comunidad de Madrid, mantienen una reunión para conocer los servicios a atender y la estrategia empresarial en la citada Comunidad, indicando la parte social la conveniencia de firmar un convenio de empresa de larga duración con el objetivo de garantizar la durabilidad del empleo y la continuidad de la empresa.

CUARTO.- El 10 de octubre de 2014, reunidas las representaciones de Marsegur, Acosepri y por la parte social, la Delegada de Personal, Rosario , asistida de asesor, se alcanza un acuerdo de convenio colectivo de la empresa Marsegur, Seguridad Privada, SA, para todo el territorio nacional, para los años 2014 a 2024 (diez años) (folios 198 a 201 de las actuaciones).

El 17 de diciembre de 2014, reunidas las representaciones de Marsegur, Acosepri y por la parte social diferentes personas, se constituye la comisión negociadora del Convenio Colectivo de empresa, de ámbito nacional (folios 478 y 479).

Dicho Convenio se publica en el Boletín Oficial de del Estado, de 10 de marzo de 2015, previa resolución de 2 de marzo de 2015, de la Dirección General de Trabajo por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del mismo (folio 496 a 504).

Se presentó demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que se impugnaba el citado convenio colectivo por nulidad de la composición de la Comisión Negociadora, siendo suspendido el proceso por acuerdo entre las partes alcanzado ante la Letrada de la Administración de Justicia, el 9 de septiembre de 2015, al entender aquellas que existe litispendencia por la impugnación del proceso de elecciones sindicales, en autos, seguidos ante el Juzgado de lo Social de Gran Canarias y la impugnación de los Laudos Arbitrales 7 y 36 de 2015 de Madrid, que afectan a tres personas físicas codemandadas (documento obrante a los folios 382 a 406).

QUINTO.- La plantilla de trabajadores en alta en la empresa en la Comunidad de Madrid, a fecha 10 de octubre de 2014 era de 113 trabajadores, aproximadamente (folios 510 a 512).

SEXTO.- El 10 de octubre de 2014, reunidas las representaciones de Marsegur, Acosepri y por la parte social, la Delegada de Personal, Rosario , asistida de asesor, se alcanza un acuerdo de convenio colectivo de la empresa Marsegur, Seguridad Privada, SA, para la Comunidad de Madrid, y los años 2014 a 2024 (diez años).

Tras recibir comunicación de subsanación de la Administración Laboral Autonómica, el 19 de enero de 2014 (sic 2015), se regularizan las cuestiones advertidas por dicha Autoridad y se suscribe el convenio colectivo, con rectificación del ámbito temporal, que pasa a ser de 4 años prorrogables con por 2 años, y la inclusión de una Disposición Final 2ª, en orden al procedimiento de solución de conflictos o discrepancias.

El citado convenio se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, de 7 de marzo de 2015, previa resolución de 29 de enero de 2015, de la Dirección General de Trabajo por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del mismo.

SÉPTIMO.- El 11 de noviembre de 2014, se presentó preaviso de elecciones sindicales, número 462, para el centro de trabajo Parque Polvoranca (Leganés), fijándose como inicio del proceso el 15 de diciembre de 2014.

En escrito presentado por UGT, de 14 de noviembre de 2014, registrado en la Consejería de Empleo de la Comunidad de Madrid, se solicita el arbitraje en relación con el preaviso 462 al entender que el citado preaviso no se ajusta a derecho

El día 1 de diciembre de 2014 se dictó Laudo Arbitral número 41, aclarado por resolución de 12 de diciembre de 2014, en el que se procede a anular el preaviso número 462, y los actos posteriores derivados del mismo.

OCTAVO.- El 17 de octubre de 2015 se presenta por UGT preaviso electoral - número 317-para llevar a cabo las elecciones sindicales parciales en la Comunidad de Madrid, a fin de elegir a 8 delegados, existiendo entonces una plantilla de más de 80 trabajadores, con inicio del proceso electoral el 18 de noviembre de 2014 y celebración de la elección en el mes de diciembre de 2014. Se señaló como centro de trabajo la dirección de la empresa en calle La Española.

El 18 de noviembre de 2014 tiene entrada en la Consejería de Empleo de la Comunidad de Madrid, escrito presentado por UGT en impugnación de la mesa electoral convocada por la empresa, en calle Conde Duque. Dicha impugnación fue estimada por Laudo arbitral número 7, emitido el 3 de febrero de 2015.

El referido Laudo arbitral se encuentra impugnado por la empresa ante el Juzgado de lo Social número 35 de Madrid (documento obrante al folio 407 a 422).

NOVENO.- En escrito de UGT, de 19 de noviembre de 2014, se requirió a la TGSS para que facilitase el número de trabajadores de la Empresa Marsegur en la Comunidad de Madrid, a fecha 22 de agosto de 2014, siendo contestada dicha solicitud el 26 de noviembre de 2014, indicando que el número de trabajadores en alta era de 99 (Folios 509 vuelto a 512).

DÉCIMO.- La empresa Marsegur se ha presentado, entre el 23 de junio y 2 de octubre de 2014 a diferentes licitaciones en el Ayuntamiento de Madrid, siéndole adjudicado en ese espacio temporal determinados servicios de seguridad con fecha de

inicio del 1 de octubre de 2014 (31 de julio de 2014, el servicio de protección edificios área de gobiernos de las artes, deportes y turismo) y el 10 de septiembre de 2014 el servicio de protección edificios dependientes coordinación general alcaldía) (folios 513 y siguientes).

UNDÉCIMO.- El Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad está publicado en el BOE 25 de abril de 2013, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, quedando prorrogado hasta su sustitución por otro Convenio de igual ámbito y eficacia.

En el BOE de 2 de abril de 2014 se publicaron los acuerdos de modificación y tablas de retribuciones para el año 2014, del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.

En el BOE de 12 de enero de 2015 se ha publicado el último Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015.

En el BOE de 18 de septiembre de 2015 se ha publicado el Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad para el periodo de julio 2015 a diciembre 2016».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Mansegur Seguridad Privada SA, en el que se alega como único motivo: con amparo procesal en el artículo 207 apartado e) de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita la infracción de Normas Sustantivas o de la Jurisprudencia Que fue impugnado por las partes personadas.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La entidad mercantil MARSEGUR SEGURIDAD PRIVADA, S.A. (MARSEGUR) recurre en casación la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de Madrid de 28 de diciembre de 2015 que estimó parcialmente la demanda promovida por UGT, CC.OO. y USO sobre impugnación del Convenio Colectivo de la empresa MARSEGUR para la Comunidad de Madrid y para los años 2014 a 2024. En dicha demanda se solicitó la nulidad total del referido convenio por entender que la Delegada de Personal que lo suscribió en representación de los trabajadores carecía de legitimación; también por considerarlo suscrito en fraude de ley, y, por último por entender que su contenido concurría con el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.

La sentencia, tras desestimar las dos primeras causas de nulidad alegadas, declaró la inaplicación de los artículos 10 a 20 del Convenio Colectivo de la Entidad "MARSEGUR SEGURIDAD PRIVADA , SOCIEDAD ANÓNIMA", para todo el territorio de la Comunidad de Madrid, con vigencia desde el 1 de noviembre de 2014 al 30 de octubre de 2018, publicado en el BOCAM de 7 de marzo de 2015, por concurrir con el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad publicado en el BOE de 25 de abril de 2013.

2.- El recurso se articula en un único motivo en el que se denuncia infracción de normas aplicables para la resolución del litigio al amparo del artículo 207.e) LRJS. Ha sido impugnado por las representaciones de UGT, CC.OO. y por la Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad (APROSER) e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de señalar su improcedencia.

SEGUNDO.- 1.- Con el amparo procesal reseñado, la recurrente, en su único motivo de recurso, denuncia infracción del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 87.1 ET y 37.1 CE . El recurrente niega tajantemente la afirmación de la sentencia recurrida de que el convenio impugnado sea un convenio de centro o centros de trabajo, sosteniendo que se trata de un convenio de empresa que se aplica a una zona geográfica determinada, lo que ni le impide ser considerado convenio de empresa, ni por tanto, impide que se le aplique la preferencia aplicativa a favor de los convenios de empresa que establece el artículo 84.2 ET respecto de determinadas materias.

2.- El tradicional principio de no concurrencia de convenios que establecía el artículo 84 ET -según el que un convenio colectivo durante su vigencia no puede ser afectado por convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario negociado conforme al artículo 83.2 ET - fue objeto de una nueva excepción que introdujo el RL 3/2012 y que consta en el apartado 2 del artículo 84 ET relativa a la preferencia aplicativa limitada de los convenios de empresa. En efecto, el actual artículo 84 ET , tras reiterar el principio y la excepción tradicional añade en su apartado segundo que «La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2. Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1».

Esta limitada preferencia aplicativa del convenio de empresa ha planteado algunos problemas aplicativos. De entrada, parece claro que se refiere a los convenios colectivos estatutarios y no a los extraestatutarios o a los pactos o acuerdos de empresa. El artículo 84.2 ET, como excepción al principio de no concurrencia de convenios, se aplica a los convenios colectivos regulados en el Título III del ET. Ello significa que, vigente un convenio anterior, los sujetos legitimados en el ámbito empresarial podrán negociar un convenio de empresa que una vez firmado, depositado y publicado tendrá preferencia aplicativa en las materias relacionadas en el artículo 84. 2 ET. Si la

concurrentia se produce con otro instrumento negocial (convenio extraestatutarios o pacto o acuerdo de empresa), no existirá tal preferencia aplicativa.

Nuestra sentencia de 22 de septiembre de 2016 (rec. 248-15) solucionó otro de los problemas aplicativos que tienen que ver con el recurso que se formula: el de la delimitación del instrumento convencional cuya preferencia aplicativa limitada reconoce la ley. En este sentido, tras afirmar que «el convenio negociado exclusivamente con la representación de los trabajadores de un concreto ámbito geográfico inferior a la empresa carece de la calificación de convenio de empresa» dijimos que «la indicada prioridad aplicativa del convenio de empresa no es extensible a los convenios de ámbito inferior. Coincidimos aquí con los razonamientos de la sentencia recurrida, la cual acertadamente señala que el legislador no ha optado por generalizar la prioridad de los convenios inferiores sobre los de ámbito superior. Entendemos que del juego de los apartados 1 y 2 del art. 84 ET se desprende que la prioridad del convenio de empresa actúa como excepción a la regla general del apartado 1 y, por ello, como tal excepción ha de ser interpretada en los propios términos utilizados por el legislador. Es más, cuando el apartado 2 indica las materias sobre las que rige tal prioridad lo hace en referencia exclusiva a los convenios de empresa, sin mención alguna a ninguna otro ámbito inferior ni precisión si sobre éstos últimos tendrían repercusión las mismas materias. Ponemos de relieve que en algunas de esas materias se aprecia claramente que es la empresa - y no la unidad inferior- el término de referencia, como ocurre con el salario (apartado a) art. 84.2 ET) o el sistema de clasificación profesional (apartado d) art. 84.2 ET)».

A ello podemos añadir, por un lado, que cuando el legislador quiso ampliar la referencia aplicativa más allá de los convenios de empresa lo hizo expresamente ampliándola a los convenios "de grupo o grupo de empresas", no haciéndolo respecto de unidades de negociación de ámbito inferior a la empresa; y, por otro, lado que un convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación se extiende a los centros de actividad y a los trabajadores que radican y prestan servicios, respectivamente, en el ámbito de una determinada Comunidad Autónoma, no puede considerarse un convenio de empresa si se tiene en cuenta que existen centros de actividades radicados en otras comunidades

autónomas y trabajadores que prestan servicios fuera de la comunidad autónoma a la que se circunscribe el convenio discutido.

TERCERO.- 1.- Conviene recordar que, tal como consta en los indiscutidos hechos probados de la sentencia recurrida, la recurrente MARSEGUR tenía suscritos en el momento en que se desarrolló el litigio en la instancia al menos dos convenios colectivos: el primero, el denominado Convenio Colectivo de la empresa "MARSEGUR SEGURIDAD PRIVADA, SOCIEDAD ANÓNIMA", para todo el territorio nacional, para los años 2014 a 2024, publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 10 de marzo de 2015. El segundo, el Convenio Colectivo de "MARSEGUR SEGURIDAD PRIVADA, SOCIEDAD ANÓNIMA", para todo el territorio de la Comunidad de Madrid, con vigencia desde el 1 de noviembre de 2014 al 30 de octubre de 2018, publicado en el BOCAM de 7 de marzo de 2015.

Ante esta indiscutida realidad fáctica, resulta evidente que el convenio colectivo aquí impugnado y de cuya preferencia se discute no puede ser considerado, en modo alguno, un convenio colectivo de empresa y que, por tanto, como acertadamente razona la sentencia de instancia, no puede gozar de la preferencia aplicativa limitada que el artículo 84.2 ET reserva exclusivamente a los convenios de empresa y a los de grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1 ET .

No se han producido, por tanto, las infracciones denunciadas por la recurrente en su único motivo de recurso que debe ser desestimado, tal como interesa el Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia recurrida.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Mansegur Seguridad Privada SA, representado y asistido por el letrado D. Jorge Jaime Sánchez García. 2.- Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28 de diciembre de 2015, dictada en autos número 923/2015 , en virtud de demanda formulada por la Federación de Servicios y Construcción de CCOO; la Federación Regional de Servicios de la UGT Madrid (FES-

UGT) y por Unión Sindical Obrera (USO-MADRID), contra la empresa Marsegur Seguridad Privada SA; Comisión Negociadora (parte Social) de Marsegur Seguridad Privada SA; y siendo parte el Ministerio fiscal, sobre Impugnación Convenio Colectivo.

3.- No efectuar pronunciamiento sobre costas.

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

Así se acuerda y firma.

16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por el Letrado D. Alonso Moreno Giraldo, en nombre y representación de la Asociación Española de Campos de Golf, se presentó demanda de impugnación de convenios ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, contra Unión General de Trabajadores (UGT), la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas y contra Comisiones Obreras (CC.OOO), en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: "Se declare nulo parcialmente y carente de efectos el actualmente vigente Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios (publicado en el BOE de 2 de octubre de 2014 y en la rectificación publicada en el BOE de 1 de diciembre de 2014), en los artículos y efectos desplegados por el citado convenio respecto al sector de 'actividades deportivas de golf' desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2014; dejando sin efecto la extensión y regulación del convenio al citado Sector que se regula expresamente en los artículos: 1, 4, 40 y Anexo 2; así como cualquier otra referencia que en el citado convenio se realice respecto al citado Sector".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en

acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- El día 3 de mayo de 2016, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimamos la demanda formulada por Don Luis Manuel , actuando en nombre y representación de la Asociación Española de Campos de Golf, contra la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas (FNEID), Sindicato Unión General de Trabajadores (FES- UGT), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.), siendo parte el Ministerio Fiscal, sobre impugnación parcial de Convenio Colectivo y, en consecuencia, absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mismos deducidas en demanda".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "Primero .
- Por Resolución de 19 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. (BOE de 2 de octubre de 2014). El artículo 1 de dicho convenio, en relación al ámbito funcional del mismo, en su último párrafo, establece: "La Comisión Negociadora del presente Convenio, por las especificidades que revisten las empresas que desarrollan actividades deportivas de golf, náuticas y puertos deportivos y marinas considera que resulta necesario proceder a su regulación dentro del ámbito funcional del presente Convenio". El artículo 4 del convenio establece: "Queda excluido expresamente de este Convenio el personal que contrate su actividad como arrendamiento de servicio y cualquier otro que se considere como relación laboral de carácter especial o que por las leyes queden excluidos del ámbito laboral. Queda excluido el personal de jardinería de campos de golf a nivel retributivo y de categorías al que le será de aplicación como referencia las del convenio de jardinería. Dichas tablas se adjuntarán a este convenio como anexo 2 y en las sucesivas actualizaciones del mismo como referencia." A lo largo del citado convenio se regulan las relaciones laborales de los campos de golf, de manera principal en los artículos 1; 4; 40; así como el Anexo 2. (Descriptor 7 y 80). La Disposición Adicional Primera del II Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios interprovincial (BOE 6 de septiembre de 2006). Establecía: "Regulación de Subsectores. Por las especificidades

que revisten los Clubes y empresas que desarrollan las actividades deportivas de Golf y Náuticos, y entendiendo esta comisión negociadora que sería necesario una más específica y concreta definición de grupos y categorías, y una retribución más adaptada a estas actividades, resulta necesario proceder a su regulación como subsectores, y se establece un procedimiento para ello: Una vez publicado el Convenio, podrán dirigirse a la Comisión Paritaria las organizaciones empresariales representativas de los Clubes o Empresas, que desarrollan las actividades deportivas de Golf y Náuticos, a los efectos de su identificación e integración en las comisiones creadas por el presente artículo. Cumplido el anterior trámite, se convocará a la Comisión Mixta Paritaria del Convenio, en la que se integrará una representación de las organizaciones empresariales representativas del subsector o subsectores a definir. La Comisión Mixta Paritaria del Convenio, podrá acordar que el desarrollo de los trabajos con el objeto de establecer los Grupos Profesionales, retribuciones, fecha de efectos y aquellas cuestiones que puedan resultar necesarias definir por la especificidad del subsector, se lleve a cabo mediante una Comisión reducida, compuesta por organizaciones empresariales representativas del subsector y organizaciones sindicales. La Comisión reducida estará facultada para negociar respetando los derechos y garantías establecidos con carácter general en el Convenio, pudiendo establecer las mejoras y regulaciones necesarias en su subsector. En el momento que exista consenso en la Comisión reducida sobre los términos de la regulación del subsector, elevará el texto que pueda resultar a la Comisión Mixta Paritaria. La Comisión Mixta Paritaria en plenario, analizará el contenido del texto que se le propone, y de conformidad a su procedimiento de adopción de acuerdos, aprobará o no, la inclusión de la regulación del subsector de que se trate en el texto del Convenio. El procedimiento inicialmente previsto para la regulación de los subsectores de los Clubes y empresas que desarrollan las actividades deportivas de Golf y Náuticos, a petición de organizaciones empresariales o sindicales representativas, puede extenderse a aquellos otros ámbitos con entidad propia, en los que pueda resultar necesaria proceder a su definición como subsectores, al objeto de atender a una mayor adecuación del convenio a ese ámbito o tener presentes las especificidades propias del mismo. Durante el último año de vigencia del Convenio, si a la Comisión Mixta Paritaria no se hubiesen dirigido organizaciones empresariales representativas de los ámbitos anteriormente referidos, ésta llevará a cabo averiguaciones con el objeto de constatar o

no la existencia de las mismas. De existir se invitará a las mismas a participar de la negociación del siguiente Convenio, y de resultar infructuosa la determinación de la existencia de organizaciones representativas, la Comisión Mixta Paritaria, y la Comisión Negociadora del Convenio, quedarán facultadas para llevar a cabo la definición de los subsectores de la forma que estime pertinente. (Descriptor 213).

Segundo.- Con fecha 24 de noviembre de 2014 (publicado en BOE de 1 de diciembre de 2014), se introdujeron una serie de rectificaciones en el convenio colectivo relacionadas con los trabajadores que desarrollan "tareas de mantenimiento de los campos de golf", a los que el convenio denomina "tareas de jardinería". Entre las modificaciones que se introdujeron y en relación al citado artículo 4 se encuentra la siguiente: 1.- En la página 78414. Artículo 4. Ámbito personal. Hay que suprimir el siguiente párrafo: "Dichas tablas se adjuntarán a este convenio como anexo 2 y en las sucesivas actualizaciones del mismo como referencia." Y sustituirlo por el siguiente: "En las tablas salariales que aparecen en el anexo 2 del tercer Convenio se refleja sólo la cuantía del salario base del Convenio colectivo de Jardinería, habiendo de remitirse a dicho Convenio para la aplicación de resto de conceptos salariales. Dichas tablas se adjuntarán a este convenio, anexo 2 y en las sucesivas actualizaciones del mismo como referencia". Así mismo en dicha resolución se modifican otros artículos que también afectan al Sector del Golf: Artículo 40 (Grupos profesionales) y Anexo 2. (Descriptores 8 y 81). Por lo que respecta a la vigencia del convenio éste establece en su artículo 3: "La vigencia del presente Convenio Colectivo se extiende desde la fecha de su firma, salvo los efectos económicos que iniciarán su vigencia, desde 1 de enero de 2014 con las excepciones establecidas en este convenio, hasta el día 31 de diciembre de 2015, con independencia de la fecha en que se lleve a efecto su publicación oficial por el organismo administrativo competente". Tercero.-La Comisión negociadora del convenio se constituyó en fecha 20 de febrero de 2011 y estaba integrada por 15 miembros de cada una de las partes empresarial y social que la componen, reconociéndose mutuamente legitimidad y representatividad necesaria a tal fin. Estaba integrada, por la parte empresarial, por FNEID, por la parte social, un miembro se reserva a cada uno de los sindicatos más representativos a nivel de comunidad autónoma que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 7.1 de la LOLS, el resto de miembros, esto es 12, se repartirá entre las organizaciones más representativas a nivel nacional y sectorial,

esto es, CC.OO. y UGT en relación directa a su porcentaje de representatividad. (Descriptor 177). El acta final fue firmada por cinco miembros en representación de FNEID, cuatro representantes de UGT y cuatro representantes de CC.OO. El Convenio Colectivo Estatal mencionado está firmado por la parte empresarial exclusivamente por la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas (FNEID). Cuarto.- El Consejo superior de deportes considera a los clubs de golf como instalaciones deportivas. En el censo nacional de instalaciones deportivas aparecen los clubs de golf. Quinto.- En acta de la Comisión paritaria del convenio de fecha 11 de noviembre de 2014, a preguntas del secretario del Comité de empresa del real club Pineda de Sevilla, se respondió: a) se entiende que el anexo 2 sólo se aplica a los trabajadores de los campos de golf. b) la Comisión mixta paritaria no puede entrar a valorar la equivalencia de categorías del anexo 2 con las establecidas en un acuerdo interno del centro de trabajo. c) los jardineros que aparecen en el grupo 5 de marinas deportivas y golf, son jardineros de marinas deportivas, tal y como hemos procedido a clarificar en Comisión mixta paritaria. Sexto.- En acta de la Comisión paritaria de 29 de octubre de 2015, a consulta de una empresa respondió: consideramos que los jardineros de campos de golf que se les aplique el convenio de instalaciones deportivas mantendrán sus conceptos retributivos según el convenio colectivo de jardinería no siendo de aplicación el régimen económico de instalaciones deportivas, según se dispone en el artículo 4 del convenio y corrección del mismo publicada en el BOE de 1 de diciembre de 2014. Séptimo.- El Real Club Pineda de Sevilla estuvo asociado a la Federación nacional de empresarios de instalaciones deportivas, causó baja en fecha 30 de abril de 2015, actualmente está asociado a la Federación española de campos de golf, su objeto tal y como establece el artículo 2 de sus Estatutos consiste en: El fomento y la práctica del deporte hípico, causa determinante de la venta por parte del Ramo de Guerra del Ejército de los terrenos que se describen en Escritura Pública otorgada en Sevilla el 21 de Marzo de 1957, a cuyo fin se adscribirá a la Federación Andaluza de Hípica. Asimismo sostendrá en debida forma pista para concursos hípicos y terrenos o campos adecuados para la preparación de caballos, organizando y celebrando concursos y, en general, desarrollará cuantas actividades fomenten, directa o indirectamente el deporte hípico. El fomento y la práctica de actividades deportivas tales como el Golf, Tenis, Pádel, Natación, Fútbol Sala, Gimnasia, Frontón y demás modalidades que se practiquen en el Club, a cuyo fin

funcionarán las secciones correspondientes que se adscribirán obligatoriamente a las respectivas Federaciones Andaluzas. Desarrollar e impulsar entre sus asociados todo tipo de actividades sociales y culturales, en su acepción más amplia, de forma que, complementándose con las deportivas, contribuyan a la formación y progreso del individuo como elemento integrador de la sociedad en que se desenvuelve su actividad personal y profesional. Octavo.- En el epígrafe 93.1 del CENAE (Clasificación Nacional de Actividades Económicas) se recoge: 93.1 Actividades deportivas 93.11 Gestión de instalaciones deportivas 93.11 93.12 Actividades de los clubes deportivos 93.12 93.13 Actividades de los gimnasios 93.13 93.19 Otras actividades deportivas 93.19. En la misma se definen las actividades deportivas como sigue: " Este grupo comprende la explotación de instalaciones deportivas; las actividades de equipos o clubes deportivos participantes fundamentalmente en eventos deportivos en vivo ante una audiencia de pago; las actividades de deportistas independientes dedicados a la participación; las actividades de deportistas independientes dedicados a la participación en eventos deportivos o carreras en vivo; las actividades de los propietarios de automóviles, perros, caballos, etc.; participantes en carreras y dedicados fundamentalmente a promover la competición de estos en carreras u otros acontecimientos deportivos con espectadores; las actividades de entrenadores deportivos que prestan servicios especializados de apoyo a participantes en eventos y competiciones deportivas; la explotación de estadios y otras actividades de organización, promoción y gestión de eventos deportivos n.c.o.p.". Gestión de instalaciones deportivas. Esta clase comprende: La explotación de instalaciones deportivas para eventos deportivos a cubierto o al aire libre (en lugares abiertos, en recintos o lugares cubiertos, con asientos para espectadores o sin ellos): Estadios de fútbol, jockey, cricket o rugby. Pistas para carreras de automóviles, perros o caballos. Piscinas y centros de natación. Estadios de atletismo. Instalaciones y estadios para deportes de invierno. Pabellones de jockey sobre hielo. Canchas de boxeo. Campos de golf. Boleras. Noveno.- Asociación empresarial de campos de golf. La impugnación del III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios fue el objetivo principal de la constitución de la Asociación y la causa fundamental que determinó la voluntad de los firmantes para constituirse en una asociación empresarial. Con el nombre de "Asociación Española de Campos de golf (AECG)" se constituye en fecha 8

de octubre de 2015, una Asociación empresarial sin ánimo de lucro, acogándose a lo dispuesto en la Ley Orgánica 19/1977, de 1 de abril, reguladora del Derecho de Asociación Sindical y su normativa de desarrollo. Dicha Asociación se registrará por los preceptos de la citada Ley de Asociación Sindical, por sus Estatutos en cuanto no estén en contradicción con la Ley, por los acuerdos válidamente adoptados por sus órganos de gobierno, siempre que no sean contrarios a la Ley y/o a los Estatutos, y por las disposiciones reglamentarias que se dicte, que tendrán carácter supletorio. La Asociación tiene por rama de actividad la gestión, explotación o mantenimiento de campos de golf. En el acta de constitución, tuvo lugar el Nombramiento de los miembros de la junta directiva que estará compuesta por: Presidente: D. Luis Manuel 2. Vicepresidente: D^a Coro. Secretario: D. Jesús. Tesorero. Pelayo. Décimo.- Por Resolución de la Dirección General de Empleo, publicada en el BOE de 30 de octubre de 2015, se anuncia el depósito de los estatutos de la asociación empresarial denominada Asociación Española de Campos de Golf en siglas AECEG (depósito número 99100003). Ha sido admitido el depósito de los estatutos de la asociación empresarial al comprobarse que reúnen los requisitos. La solicitud de constitución de asociaciones empresariales fue formulada por D. Juan Iturrioz Domingo. Los estatutos y el acta de constitución están suscritos por D. Anselmo en representación de Costa Ballena Club de Golf, S.A.U., D. Pelayo en representación de Lagunas del Portil, S.A., D. Jesús en representación de El Rompido Golf Club, S.A., y D. Luis Manuel en representación de Real Club Pineda de Sevilla, todos ellos en calidad de promotores. Su ámbito territorial es el estatal y el funcional es el establecido en el artículo 27 de sus estatutos. Décimo-Primero.-Los fines de la asociación relacionados en el artículo segundo de sus estatutos son "1.-La defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los asociados. 2.- Intervenir, promover y participar en el dialogo social, en la negociación colectiva laboral, el planteamiento de conflictos colectivos y la participación institucional en los organismos públicos y las administraciones laborales o de otro ámbito que le pudieran corresponder. 3.- Comparecer en interés de la Asociación delante de todos los organismos públicos y Tribunales." Décimo-Segundo. - Conforme al Artículo 7 de los Estatutos: La Asamblea General, integrada por la totalidad de los asociados, es el órgano de expresión de la voluntad de éstos. Son facultades de la Asamblea General: a) Aprobar el plan general de actuación de la

asociación. b) El examen y la aprobación de las cuentas anuales y del presupuesto del ejercicio siguiente. c) Aprobar la gestión de la junta Directiva. d) La modificación de estatutos. e) La disolución de la asociación. f) La elección y el cese del Presidente, del Vicepresidente, en su caso, del Secretario o del Tesorero, en su caso, de la junta Directiva así como de los demás miembros que componen este órgano. g) Los actos de federación y confederación con otras asociaciones, la constitución o el abandono de alguna de estas. h) La aprobación de la disposición o enajenación de bienes inmuebles. i) El acuerdo de remuneración de los miembros de la junta Directiva, en su caso. j) La adopción del acuerdo de separación definitiva de las personas asociadas. k) Cualquier otra competencia que no esté atribuida a otro órgano social. Conforme al Artículo 20 de los Estatutos, las funciones de la Junta Directiva son: a) Dirigir la gestión ordinaria de la Asociación, de acuerdo con las directrices de la Asamblea General y bajo su control. b) Programar las actividades a desarrollar por la Asociación. c) Someter a la aprobación de la Asamblea General el presupuesto anual de gastos e ingresos, así como el estado de cuentas del año anterior. d) Confeccionar el Orden del Día de las reuniones de la Asamblea General, así como acordar la convocatoria de las Asambleas Generales ordinarias y extraordinarias. e) Atender las propuestas o sugerencias que formulen los asociados, adoptando al respecto, las medidas necesarias. f) Interpretar los preceptos contenidos en estos Estatutos y cubrir sus lagunas, sometiéndose siempre a la normativa legal vigente en materia de asociaciones. g) Ejercitar aquellas competencias que le otorgue la Asamblea General mediante Acuerdo expreso, siempre que no sean de su exclusiva competencia. h) Fijar las cuotas ordinarias o extraordinarias.- El artículo 23 de los Estatutos, dispone: Corresponderán al Presidente las siguientes facultades: a) Convocar y levantar las sesiones que celebre la junta Directiva y la Asamblea General, dirigir las deliberaciones de una y otra, y decidir un voto de calidad en caso de empate de votaciones. b) Proponer el plan de actividades de la Asociación a la junta Directiva, impulsando y dirigiendo sus tareas. c) Ordenar los pagos acordados válidamente. d) Resolver las cuestiones que puedan surgir con carácter urgente, dando conocimiento de ello a la junta Directiva en la primera sesión que se celebre. e) Ejercitar aquellas competencias que le otorgue la Asamblea General mediante Acuerdo expreso, salvo que sean de competencia exclusiva de la misma. Décimo-Tercero.- Don Luis Manuel es director gerente del club Pineda de Sevilla y presidente de la asociación demandante.

Décimo-Cuarto.- Por SAN de 22 de febrero de 2016 dictada en el procedimiento 353/2015, que ha adquirido firmeza, estimamos la excepción alegada por la asociación demandada a la que se han adherido UGT y CC.OO. de falta de legitimación "ad procesum" de la asociación demandante, con base en el artículo 416.1ª de la LEC, en línea con el informe del Ministerio Fiscal y sin entrar a conocer de las demás alegaciones y del fondo del asunto, desestimamos la demanda formulada. Décimo-Quinto.- En asamblea general extraordinaria de la Asociación Española de Campos de Golf de fecha 10 de marzo de 2016 se faculta al D. Luis Manuel para la interposición y tramitación del proceso de impugnación del III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios se ratifican las actuaciones judiciales llevadas a cabo y le faculta para realizar todas las actuaciones necesarias para la impugnación del convenio y en concreto para presentar la demanda, conferir poderes, presentar recursos y representar a la asociación ante los tribunales de todo orden. En acta de la Junta Directiva de la misma fecha se acuerda ratificar todas las actuaciones judiciales llevadas a cabo por el presidente de la Asociación, actuaciones que responden a la voluntad de la Asamblea y de la Junta Directiva de impugnar el III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios. Décimo Sexto.-En España hay 359 campos de golf (descriptor 38). 127.706 trabajadores en instalaciones deportivas. Décimo-Séptimo.- En fecha 22 de mayo de 2014 la Directora General de Trabajo de la Comunidad de Madrid dictó resolución por la que se acordó publicar en el BOCAM el depósito de los estatutos de la asociación de campos de golf de Madrid de ámbito territorial de la comunidad de Madrid. (Descriptor 51). En fecha que no consta, se constituyó la asociación de campos de golf de Santa Cruz de Tenerife. Décimo-Octavo.- Por Resolución de 12 de febrero de 2013, de la Dirección General de Trabajo, de la región de Murcia se dispone la inscripción en el registro y publicación del acuerdo, de convenio; denominado, Explotación de Campos de Golf y Servicios Anexos".

CUARTO.- Por la Letrada Dª. María Barturen Martínez, en nombre y representación de la Asociación Española de Campos de Golf, se formalizó recurso de casación contra la anterior sentencia, en dos motivos: Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), a los efectos de denunciar error en la apreciación de la prueba basado en

documentos que obren en autos que demuestren equivocación del juzgador. Solicita la modificación de los hechos probados cuarto, séptimo, decimosexto y decimonoveno. Segundo.- Al amparo de lo establecido en el artículo 207.e) de la LRJS, "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", por cuanto que considera que la Sentencia recurrida ha conculcado el artículo 87.3.c) del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación por esta Sala, se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe interesando la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y el día 27 de abril de 2017 fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En fecha 11 de marzo de 2016, por D. Luis Manuel , actuando en nombre y representación de la "ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CAMPOS DE GOLF", se interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, frente a la FEDERACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE INSTALACIONES DEPORTIVAS (FNEID), SINDICATO UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT), CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), siendo parte del MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACION PARCIAL DE CONVENIO COLECTIVO, interesando se dictase sentencia por la que se declare:

"NULO PARCIALMENTE Y CARENTE DE EFECTOS el actualmente vigente Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios (publicado en el BOE de 2 de octubre de 2014 y en la rectificación publicada en el BOE de 1 de diciembre de 2014), en los artículos y efectos desplegados por el citado convenio respecto al sector de "actividades deportivas de golf" desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2014; Dejando sin efecto la extensión y regulación del convenio al citado Sector que se regula expresamente en los artículos: 1; 4; 40 y Anexo 2; así como cualquier otra referencia que en el citado convenio se realice respecto al citado Sector."

SEGUNDO.- 1. Tras la celebración del acto del juicio oral, habiéndose opuesto a la demanda la Federación Nacional de Instalaciones Deportivas (FNEID), así como

los Sindicatos de UGT y CC.OO., que se adhieren a las manifestaciones dicha Federación, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2016 (procedimiento impugnación de convenios 69/2013), cuyo fallo es del siguiente tenor literal :

"Desestimamos la demanda formulada por DON Luis Manuel, actuando en nombre y representación de LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CAMPOS DE GOLF, contra la FEDERACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE INSTALACIONES DEPORTIVAS (FNEID), SINDICATO UNIÓN GENERAL. DE TRABAJADORES (FES- UGT), CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), siendo parte del MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACION PARCIAL DE CONVENIO COLECTIVO y, en consecuencia, absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mismos deducidas en demanda."

2. La sentencia de instancia desestima la pretensión de la Asociación demandante sobre la base de que los requisitos de legitimación de los convenios estatutarios se entienden cumplidos iuris tantum en aquellos convenios colectivos que han pasado sin obstáculo la tramitación administrativa. En la impugnación de un convenio estatutario corresponde al impugnante acreditar los vicios que alega. Al no haber logrado desvirtuar la patronal demandante las presunciones que, conforme a la doctrina citada se derivan de tales reconocimientos, resulta obligado, desestimar la demanda en la parte que denuncia la falta de legitimación de la asociación demandada para negociar el convenio colectivo impugnado. La jurisprudencia impide y declara contrarias a derecho las anexionen forzadas al ámbito de una negociación de sectores ajenos a la misma, respecto a los cuales las partes negociadoras carecen de representatividad y que no reúnen unos requisitos mínimos de homogeneidad y coherencia con el resto del ámbito de aplicación. Pero en este caso tal situación no se ha producido. No estamos ante un supuesto de anexión de un sector a un convenio colectivo que les resulta ajeno, sino ante la pretensión de secesión de una de las actividades reguladas por el convenio colectivo que históricamente les venía siendo aplicable, lo que es ciertamente distinto.

3.- Contra dicha sentencia se ha interpuesto por la representación letrada de la Asociación Española de Campos de Golf, el presente recurso de Casación, basado en los

dos motivos que más adelante se relacionan, amparados, el primero en el apartado d) - error en la apreciación de la prueba- del artículo 207 de la Ley de Reguladora de la Jurisdicción Social , y el segundo en el apartado e) del mismo precepto y Ley (infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables).

TERCERO.-1 . En el primero de los motivos de recurso, denunciando -como ya se ha señalado- error en la apreciación de la prueba la Asociación recurrente interesa las siguientes modificaciones del relato fáctico de la sentencia recurrida:

1.1 Modificación del hecho probado cuarto, proponiendo su sustitución por el siguiente redactado: "El Consejo superior de deportes considera a los clubs de golf como instalaciones deportivas. En el censo nacional de instalaciones deportivas aparecen los clubs de golf así como los puertos y dársenas deportivas” .

Este redactado se fundamenta en los documentos números 11 (censo nacional de instalaciones deportivas) y 6 (sentencia de la Audiencia Nacional por la que se anula parcialmente el III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios).

1.2 Modificación del hecho probado séptimo, proponiendo su sustitución por el siguiente redactado: "El Real Club Pineda de Sevilla estuvo asociado a la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas como Gimnasio (natación, musculación, cicloindor, step, body pump, body combat, gap, fitness, yoga, pilates y aquagym) como consta en su Ficha de Asociado, causó baja en fecha 30 de abril de 2015, actualmente está asociado a la Federación Española de Campos de Golf, su objetivo tal y como establece el artículo 2 de sus Estatutos consiste en:..."

Este redactado se fundamenta en el documento número 10. De su ramo de prueba, consistente en la ficha de adhesión del Real Club de Pineda de Sevilla como gimnasio a la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas.

1.3 Modificación del hecho probado decimosexto, proponiendo su sustitución por el siguiente redactado:

"En España hay 359 campos de golf. 127.706 trabajadores en instalaciones deportivas.

La Asociación Española de Campos de Golf está constituida por 30 campos que representan alrededor del 8% del total de campos existentes.

En España hay aproximadamente 8.200 empleos directos en los campos de golf según el Informe - Impacto económico del Golf en España 2016.

La Asociación Española de Campos de Golf reúne a más de 875 empleados, lo que representa el 10% de los trabajadores del sector.

No se ha acreditado que la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas tenga campos de golf asociados."

Este redactado se fundamenta en los documentos números 7 (documentación acreditativa de la adhesión a la Asociación Española de 30 campos de Golf y el número de empleados de los mismos) y 14 (Informe-Impacto económico del Golf en España 2016).

1.4 Adición de un nuevo hecho probado que sería el decimonoveno de la sentencia, para el que se propone el siguiente redactado : "El III Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios se remite al Convenio de Jardinería para regular las categorías profesionales y salario del personal de mantenimiento de césped de los campos de golf.

El sector del golf está caracterizado por acoger unas categorías profesionales propias que sólo se dan en dicho sector; así como por requerir una formación superior y específica (tanto para el manejo de maquinaria, gestión de recursos, uso de productos fitosanitarios, etc). Además de estar afectados por una concreta legislación medioambiental.

Los riesgos inherentes a la prevención de riesgos laborales en las instalaciones de un campo de golf son superiores y diferenciados de los riesgos que puedan afectar a un gimnasio.

El sector del golf tiene una estrecha vinculación con el sector turístico lo que hace de su comercialización una cuestión compleja."

Este redactado se fundamenta en los siguientes documentos de su ramo de prueba : 14 (informes relacionados con el sector del golf y su vinculación con el sector

turístico), 15 (relación de cursos sobre formación requerida en los campos de golf), 16 (normativa y legislación medio ambiental aplicable a los campos de golf, así como autorizaciones excepcionales para el uso de productos fitosanitarios en los campos de golf), 20 (Webs de venta de maquinaria de jardinería) y 21 (información relativa al mantenimiento de los campos de golf).

2. Dado el tenor y contenido de las modificaciones y/o adiciones fácticas interesadas, conviene señalar lo siguiente:

A) Sobre los motivos fundados por error en la apreciación de la prueba, la sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 16 de diciembre de 2016 (recurso de casación 65/2016), evocaba la sentencia también del Pleno de 18 de julio de 2014 (recurso casación 11/2013), la cual recordaba, en su fundamento jurídico tercero, " la constante jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 6-7-04 (rec 169/03), 18-4-05 (rec 3/2004), 12-12-07 (25/2007) y 5-11-08, (rec 74/2007), entre otras muchas, respecto del error en la apreciación de la prueba, es inequívoca ", precisando que " Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia " (entre las mas recientes, SSTS/IV 17-enero- 2011 -rco 75/2010 , 21-mayo-2012 -rco 178/2011 , 20-marzo-2013 -rco 81/2012 dictada en Pleno , 16-abril-2013 -rco 257/2011 , 18-febrero-2014 -rco 74/2013 , 20-mayo-2014 -rco 276/2013)".

B) En la misma sentencia, se recuerda, también, que "Concretando los anteriores requisitos, la jurisprudencia de esta Sala ha especificado que para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario, entre otros extremos, que:

a) " una cosa es el error en la apreciación de la prueba que de haberse producido mostraría un relato histórico hecho en términos equivocados y otra muy distinta que la valoración jurídica de los comportamientos conduzca a resultados que el recurso

considere erróneos, aun cuando el conjunto fáctico se halle acreditado en forma impecable " (STS/IV 20-marzo- 2012 -rco 40/2011); rechazándose las pretensiones que instan una nueva valoración de las prueba " porque con esta forma de articular la pretensión revisoria la parte actúa «como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.3 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica» (recientes, SSTS 21/10/10 -rco 198/09 ; 14/04/11 -rco 164/10 ; 07/10/11 -rcud 190/10 ; 25/01/12 -rco 30/11 ; y 06/03/12 -rco 11/11) " (STS/IV 23-abril-2012 -rco 52/2011 , y, además, entre otras, SSTS/IV 18-marzo-2014 -rco 125/2013 Pleno , 26-marzo-2014 -rco 158/2013 Pleno , 16-abril-2014 -rco 57/2013 Pleno).

b) " acerca del valor probatorio de los documentos sobre los que el recurrente se apoya para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados, nuestra Sentencia de 11 de Marzo de 2004 y las que en ella se citan han señalado que Žéstos [los documentos] deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emana por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso, sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativasŽ " (STS/IV 26-octubre-2009 -rco 117/2008 ; en el mismo sentido, entre otras, SSTS/IV 2-junio-1992 -rco 1959/1991 , 7-octubre- 2011 -rco 190/2010 , 11-octubre-2011 -rco 146/2010 , 9-diciembre-2011 -rco 91/2011 , 23-enero-2012 -rco 87/2011 , 23-abril-2012 -rco 52/2011 , 14-mayo-2013 -rco 285/2011 , 5-junio- 2013 -rco 2/2012 , 18-marzo-2014 -rco 125/2013 Pleno); y,

c) " la revisión fáctica no se funde en el mismo documento -salvo supuestos de error palmario que no es el caso- en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, ya que como la valoración de la prueba corresponde al juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquel por el subjetivo juicio de evaluación personal del recurrente (STS de 11-11-09, recurso 38/08 , 26-1-10, recurso 96/09 y 31-5-12, recurso 166/11)" (entre las más recientes, SSTS/IV 11-noviembre-2009 -rco 38/2008, 26- enero-2010 -rco 96/2009, 23-abril-2012 -rco 52/2011

, 6-junio-2012 -rc 166/2012 , 18-diciembre-2012 -rc 18/2012), así como que "se proponga la introducción en el relato fáctico de datos de ese carácter, no conclusiones o valoraciones de carácter jurídico " (entre otras, SSTS/IV 3-mayo-2006 -rc 104/2004 , 20-marzo-2007 -rc 30/2006 , 28-junio-2013 -rc 15/2012);

3. La aplicación de los preceptos y doctrina jurisprudencial citada conlleva que el primero de los motivos del recurso -y con él las modificaciones fácticas pretendidas, rechazadas-, dado que se incumplen los requisitos jurisprudenciales expuestos, que han de darse conjuntamente. Lo que realmente pretende la Asociación recurrente, mediante redactados parciales e interesados extraídos de los documentos que se invocan -intrascendentes para invertir el signo del fallo, como se advertirá más adelante-, es la propia valoración de la prueba, desarticulándola, para dar prevalencia a unos elementos sobre otros, tratando con ello de conseguir que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de dicha prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también -como reiteradamente ha venido señalando la doctrina jurisprudencial expuesta- que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social al Juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo"), por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica.

CUARTO.-1. En el segundo de los motivos del recurso, interpuesto -como ya se anticipó- al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 87.3 c) ET y de la jurisprudencia que la interpreta, con cita de sentencias de esta Sala, de la Audiencia Nacional y de Tribunales Superiores de Justicia, subdividiendo el motivos en dos apartados. En el primero sostiene que la FNEID codemandada, que es la patronal firmante del convenio colectivo que se impugna, no tiene legitimación negociadora para incluir en el ámbito del convenio impugnado el ámbito deportivo de los campos de golf, y en el segundo de los submotivos, denuncia lo que considera la "falta de homogeneidad entre las actividades deportivas de campos de golf y las genéricas actividades deportivas reguladas en el Convenio Colectivo impugnado" .

Se alega, en esencia, con respecto al primer apartado, que la FNEID no representa al 10% de los empresarios del sector de campos de golf a nivel estatal, que el Real Club Pineda de Sevilla se dio de alta en la FNEID solo como gimnasio al no estar de acuerdo con la inclusión del sector de los campos de golf, además de hacer otras consideraciones totalmente al margen de los hechos probados; y en el segundo apartado, sostiene la recurrente, que las actividades deportivas de campos de golf no son homogéneas con las genéricas actividades deportivas reguladas en el III Convenio y por eso el propio Convenio tiene que crear 15 nuevas categorías profesionales del sector campos de golf, cuestión que obligó a realizar incluso una modificación del Convenio; que resulta absolutamente injustificada la remisión al Convenio de jardinería, como estableció la sentencia del TSJ de Baleares de 29.1.2002 ; que en el II Convenio se incluyó al sector de golf dentro del ámbito funcional pero sin llegar a regularlo durante toda su vigencia, como consta en la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2015 sobre puertos deportivos; que en el momento de la negociación y firma del II Convenio ya existían asociaciones empresariales de campo de golf con los que se podría haber contactado: la Asociación de Campos de Golf de Madrid (2014) Asociación de Campos de Golf de Santa cruz de Tenerife, cuyos estatutos fueron aprobados el 2.4.2009, y la Asociación de Empresarios de Campo de Golf de la Región de Murcia, que incluso llegó a firmar un convenio propio (BO de Murcia de 22.2.2013); y que la actividad del golf es muchísimo más compleja que las actividades que puedan desarrollarse en un gimnasio u otra instalación deportiva. Finalmente, se enfatiza en el recurso acerca de lo sorprendente que resulta que en un caso idéntico, el de puertos deportivos, la Audiencia Nacional haya llegado a una decisión contraria.

2. Pues bien frente a las alegaciones del primer submotivo, cuestionando la legitimación de la FNEID codemandada para suscribir el III convenio colectivo que se impugna, se alza la inmodificada narración fáctica de la sentencia recurrida, conforme a la cual : a) La Comisión negociadora del III convenio se constituyó en fecha 20.2.2011, estando integrada la parte empresarial exclusivamente por la FNEID; b) En fecha 22.5.2014 la Directora General de Trabajo de la C.Madrid dictó resolución por la que se acordó publicar en el BOCAM el depósito de los estatutos de la Asociación de Campos de Golf de Madrid; en fecha que no consta se constituyó la Asociación de Campos de

Golf de Santa Cruz de Tenerife; y por resolución de 12.2.2013 de la DG Trabajo de Murcia se dispone la inscripción y publicación del convenio denominado Explotación de Campos de Golf y Servicios Anexos; y, c) la impugnación del III Convenio fue el objeto principal de la constitución de la Asociación Española de Campos de Golf, en fecha 8.10.2015.

También, y con respecto a dicha cuestión, la Sala de instancia, afirma -con valor de hecho probado- y razona con cita de doctrina de esta Sala, en el fundamento jurídico quinto de su resolución, "que en este caso, la Comisión Negociadora del Convenio impugnado se constituyó el 10 -02-2011, participando en ella dos miembros de FNEID, la representación sindical de la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FeS-UGT) y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CC.OO), conviniéndose que cada parte tendría una representación de quince miembros reconociéndose mutuamente la legitimidad y representatividad a tal fin. El acta final fue firmada por cinco miembros en representación de FNEID, cuatro representantes de UGT y cuatro representantes de CC.OO. Es cierto que el convenio lo suscribió una única asociación patronal, ahora bien, parece indudable que, tanto en relación con la legitimación inicial que contempla el art. 87.3.c) ET , como respecto a la exigible a la mesa o comisión negociadora a la que alude el art. 88, se produjo desde el principio un reconocimiento mutuo por parte de todos los interlocutores, sindicales y patronales. Significando que conforme al artículo 83 del ET, los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, no se ha acreditado que en la fecha de constitución de la Comisión negociadora estuviesen constituidas asociaciones empresariales de campos de golf, cuya actividad tiene la consideración de actividad deportiva y, en cualquier caso, la asociación demandante no pudo estar presente en la negociación puesto que se ha constituido recientemente en octubre de 2015, transcurridos más de cinco años desde que se constituyó la Comisión negociadora del convenio. Siendo significativo que la actividad de campos de golf viene incluyéndose en el convenio colectivo de actividades deportivas y gimnasios desde que se aprobó el I convenio en fecha 14 de mayo de 2004 (BOE de 17-03-2005) .El Convenio, además, como reflejamos en el ordinal primero del relato fáctico, ha sido publicado en el BOE del 2-10- 2014 y 1-12-2014, lo que significa que superó el control de legalidad al que le

somete la Administración e igualmente le otorga una presunción de validez, obligaba a probar a quienes lo impugnan la falta de representatividad de quienes lo negociaron (STS 11-11-2009 , ya citada). En la demanda no se alega el porcentaje de empresarios que representaba la asociación en el ámbito geográfico y funcional del convenio y tampoco consta el porcentaje de trabajadores a los que daban ocupación en el sector en la fecha de la negociación ni en lo que se refiere a instalaciones deportivas en general, ni en particular en lo relativo a los campos de golf, sin que se haya acreditado por la parte demandante, cuya prueba le incumbía, la falta de legitimación de la asociación demandada, y tampoco se ha acreditado que no alcanzaba el grado o nivel decisorio de representación necesario para alcanzar acuerdos dentro de la propia Comisión negociadora en los términos que exige el artículo 89.3 ET , según la interpretación de la jurisprudencia antes expuesta. Por ello, se impone una primera conclusión: al no haber logrado desvirtuar la patronal demandante las presunciones que, conforme a la precitada doctrina, se derivan de tales reconocimientos, resulta obligado, en línea con el informe del Ministerio Fiscal, desestimarla demanda en la parte que denuncia la falta de legitimación de la asociación demandada para negociar el convenio" .

Claro es, a la vista de todo ello, que se impone el rechazo del primero de los submotivos, dado que, las afirmaciones o premisas fácticas de las que parte la recurrente son totalmente contrarias de las declaradas probadas. Mediante dicha afirmaciones, el recurrente incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida -valga por todas la sentencia de esta Sala de 23/11/2016 (recursos de casación 94/2016) , siendo entonces impecable la cita y aplicación de la doctrina de esta Sala que se efectúa en la sentencia recurrida, y que no transcribimos en aras a la economía procesal.

3 . En el mismo vicio procesal de "hacer supuesto de la cuestión", incurre la recurrente en el segundo de los apartados del motivo, denunciando -como ya se anticipó- pero sin haber sido acreditado, lo que considera la "falta de homogeneidad entre las actividades deportivas de campos de golf y las genéricas actividades deportivas reguladas en el Convenio Colectivo impugnado". Al respecto, y con carácter previo, convendrá recordar la doctrina de esta Sala, con respecto a este tema. Pues bien

razonábamos así, en el apartado 3 del fundamento jurídico séptimo de la sentencia de 11-11-2010 (recurso casación 235/2009):

"Expuesta así, de una manera muy sintética, la tesis del recurso, procede recordar en qué consiste esa jurisprudencia a la que se atribuye un carácter exorbitante y poco respetuoso con el principio de libertad de configuración del ámbito funcional de los Convenios legalmente consagrado en el artículo 83.1 ET y cimentado sobre el derecho de libertad sindical y a la negociación colectiva. Por citar solamente una sentencia relativamente reciente, que a su vez cita otras, se puede reproducir parte del Fundamento de Derecho Cuarto de la STS (IV) de 06/10/2008 (Rec. Cas. 10/2007), que dice así: "En el artículo 83-1 del Estatuto de los Trabajadores se establece que los convenios tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, mientras que en el 82-3 del mismo texto legal se establece que los convenios colectivos obligan a todos los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación. Esta regla, según esta Sala (sentencia de 3 de mayo de 2006 (Rec. 104/04) "no es incondicionada, sino que está sometida a determinadas limitaciones que se relacionan por una parte con exigencias de objetividad y estabilidad (S. 20-9-93, rec. 2724/91) y por otra con la propia representatividad de las organizaciones pactantes (S. 23-6-94, rec. 3968/92), aparte de las que derivan de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores sobre concurrencia y articulación de convenios. Desde esta perspectiva hay que señalar (. . .) que la unidad apropiada de negociación suele construirse a partir de criterios de cierta homogeneidad que permitan establecer una regulación uniforme de condiciones de trabajo, sin perjuicio del juego de otros mecanismos excepcionales de corrección, como los que hoy contemplan los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores . Parece, pues, que las partes son libres de establecer el ámbito de aplicación del convenio, pero, aparte las limitaciones derivadas de la articulación entre convenios y de las reglas sobre legitimación del artículo 87 del E.T ., existe una limitación que, como señalamos en nuestra sentencia de 20 de septiembre de 1.991 , deriva de la necesidad de que el ámbito de aplicación de un convenio <se defina de acuerdo con criterios objetivos que permitan establecer con claridad y estabilidad el conjunto de las relaciones laborales reguladas por el convenio y su correspondencia con los niveles de estabilidad exigidos>".

Pues bien, no acreditada la alegada "falta de homogeneidad entre las actividades deportivas de campos de golf y las genéricas actividades deportivas reguladas en el Convenio Colectivo impugnado" , y siendo de destacar que esta homogeneidad no se ha cuestionado, en ningún momento, como no se ha cuestionado su aplicación a los campos de golf, hasta que se ha producido un hecho concreto, cual es la aplicación al personal que cuida el césped de los campos de golf, del Convenio de Jardinería, resulta evidente que no se ha infringido ni el precepto - artículo 87 del ET - ni la doctrina de esta Sala que hemos transcrito, sin que -finalmente y como señala el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen- la invocada sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11.9.2015 , que excluyó las actividades náutico-deportivas y puertos deportivos del ámbito del III Convenio, tenga aquí relevancia, porque FNEID, UGT, CCOO no desconocían la existencia de asociaciones empresariales representativas de tales actividades, y porque dichas actividades son significativamente más complejas, lo que constituye cosa juzgada al no haber sido recurrida la sentencia, y ninguna de estas razones se dan en el caso presente ya que ni existían asociaciones empresariales de campos de golf, ni sus actividades tienen diferencias tan decisivas.

QUINTO.- 1. Los razonamientos precedentes conllevan, de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la Asociación recurrente (artículo 235.1 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de Casación interpuesto por la Letrada D^a. María Barturen Martínez, en nombre y representación de la Asociación Española de Campos de Golf", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 3 de mayo de 2016 , en el procedimiento 69/2016, incoado en virtud de demanda formulada por dicha Asociación, frente a la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas (FNEID), el Sindicato Unión General de Trabajadores (FES-UGT), y la Confederación Nacional de Comisiones Obreras (CC.OO.), en materia de impugnación de Convenio Colectivo. Con imposición

de costas a la recurrente. Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

Así se acuerda y firma.

17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST) interpuso demanda de impugnación de la prórroga del convenio colectivo 2011-2013 del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare la ilegalidad y por tanto la nulidad de las Cláusulas 16 y 17 incluidas en los Acuerdos de 26 de marzo de 2013, publicadas en BOE de 13 de mayo de 2013, en los que se acuerda la prórroga del Convenio Colectivo 2011-2013, así como el acuerdo de prórroga de mantenimiento de las cláusulas 11.2 y 15ª y art. 249 de la Normativa Laboral desde el 1 de enero de 2014 y hasta el 31 de diciembre de dicho año, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones con todos los efectos inherentes a las mismas.

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

TERCERO.- Con fecha 23 de mayo de 2016 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos la excepción de cosa juzgada alegada por Telefónica de España S.A.U., Desestimamos la demanda formulada por ALTERNATIVA SINDICAL

DE TRABAJADORES (AST), el SINDICATO CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG),), frente a la Empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.,y frente al COMITÉ INTERCENTROS, y los sindicatos que componen la Comisión de Negociación Permanente: Comisiones Obreras (CCOO), Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación General del Trabajo (CGT) y Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC-UTS), siendo parte el MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACION DE LA PRORROGA DEL CONVENIO COLECTIVO 2011- 2013 de Telefónica de España S.A.U. Absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mismos deducidas en demanda. Y tenemos a LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB), EUSKO LANGILLEEN ALKARTASUNA (ELA), el SINDICATO DE COMISIONES DE BASE (COBAS) y EZKER SINDIKALAREN KONBERGENTZIA (ESK), por desistidos de su demanda al no haber comparecido a los actos de conciliación, y en su caso, juicio»

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

«1º.- En el BOE de 29 de abril de 2013 se publicó el "Acuerdo de modificación de la cláusula 2º del Convenio colectivo de Telefónica de España SAU " y en el BOE de 13 de mayo de 2013 se publicaron los "Acuerdos de prórroga y modificación del Convenio Colectivo de Telefónica de España SAU".

2º.- Mediante Resolución de 19 de julio de 2011, de la Dirección General de Trabajo (BOE número 186, de 4 de agosto de 2011), se registra y publica el Convenio Colectivo de Telefónica de España SAU para los años 2011-2013. La cláusula 13.2 de dicho convenio regula la naturaleza y funciones de la denominada "Comisión Paritaria de Negociación Permanente".

3º.- En fecha 26 de marzo de 2013 -esto es, durante el primer semestre del año- se reúnen los miembros de la que pasa a ser llamada "Comisión de Negociación Permanente", con el objeto de modificar el texto de la cláusula 2 del Convenio Colectivo, acuerdo que es publicado en el BOE nº 102, de 29 de abril de 2013. En la misma reunión se toma el acuerdo de prorrogar el Convenio Colectivo y modificar alguno de sus preceptos.

4º.- La Comisión paritaria de Negociación Permanente está integrada por los representantes designados por la empresa y por los designados por el Comité Intercentros.

5º.- Son objeto de impugnación en este procedimiento las modificaciones del Convenio Colectivo de Telefónica de España, S.A.U. realizadas a través de los Acuerdos de 26 de marzo de 2013, suscritos por la Comisión de Negociación Permanente del Convenio colectivo de Telefónica de España, S.A.U. y publicados en Boletín Oficial del Estado número 114, de 13 de mayo de 2013 («Acuerdos de prórroga y modificación del Convenio colectivo de Telefónica de España, SAU»). (Descriptor 8 copia de la publicación oficial de los acuerdos impugnados, en cumplimiento de lo mandado en el artículo 165.3 LRJS y descriptor 9 copia de los acuerdos en su totalidad).

6º.- El Convenio de la Empresa Telefónica de España, S.A.U., para los años 2011-2013, fue firmado el 7 de julio de 2011, entre la Empresa y los sindicatos CCOO, UGT y STC- UTS, resultando publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de agosto de 2011 (BOE número 186), a través de Resolución de 19 de julio de 2011 de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispuso la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo que obra en autos. (descriptor 11). En la negociación del citado Convenio en la que intervinieron además de los sindicatos firmantes, AST, CO.BAS y CGT, su resultado no fue suscrito por AST (tampoco por CO.BAS y CGT). Dicho Convenio contiene en su Cláusula Segunda, sobre vigencia del mismo, la extensión de sus efectos hasta el 31 de diciembre de 2013, con la posibilidad (párrafo segundo) de proceder a su prórroga, en los siguientes términos: "La negociación de dicho acuerdo deberá llevarse a cabo en el seno de la referida Comisión durante el segundo semestre del año 2013, sin que el término final de su vigencia pueda superar, en tal supuesto, el día 31 de diciembre de 2015 ".

7º.- Con fecha 26 de marzo de 2013, fue suscrito el acuerdo de prórroga hasta el mes de diciembre de 2014, en el que se contenía no sólo dicha previsión, sino una serie de modificaciones de las cláusulas convencionales.

8º.- El día 11 de julio de 2013 se presentó demanda por CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG): LANGILE ABERTZALEN BATZORDEAK

(LAB); CONFEDERACION EUSKAL LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA.STV); Nicanor RTE. SINDICATO DE COMISIONES DE BASE (CO.BAS); Fidela RTE. AST; contra TELEFONICA DE ESPAÑA SAU; COMISIONES OBRERAS (CCOO); UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT); SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES STC; CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT); Amador RTE. ESK; COMITE INTERCENTROS DE TELEFONICA SAU; MINISTERIO FISCAL; sobre impugnación de convenio en la que se solicitaba:

a) La declaración de nulidad global de los Acuerdos de 26 de marzo de 2013, suscritos por la Comisión de Negociación Permanente del Convenio Colectivo de Telefónica de España, S.A.U. (BOE núm. 102, de 29 de abril de 2013 y núm. 114, de 13 de mayo de 2013).

b) Subsidiariamente y en todo caso, se declare la nulidad del acuerdo de prórroga del Convenio Colectivo de Telefónica de España S.A.U. suscrito, con fecha 26 de marzo de 2013, por dicha Comisión de Negociación Permanente y publicado en el número 114, de 13 de mayo de 2013.

c) Condene a las demandadas a estar y pasar por la declaración que proceda de las anteriores y, en todo caso, ordene la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado. Dando lugar a los autos número 302/2013 que finalizaron por SAN de 26-11-2013 , en cuyo fallo Desestimamos la demanda, y absolvemos a las demandadas de las pretensiones frente a las mismas deducidas en demanda.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por las representaciones de CIG, LAB, ELA, ESK, AST, y COBAS en el que se alega infracción de los arts. 85 y 87.1 ET . que fue desestimado por STS de 14-9-2015, rec. 204/2014, en la que se confirma la validez de la previsión convencional de eventual prórroga cuando la misma se acuerde en el seno de la comisión legitimada. Una mera alteración del texto del convenio no constituye por sí sola una verdadera modificación del contenido de mismo que provoque la nulidad. El requisito temporal fijado en el convenio tiene naturaleza de mínimos y sirve para fijar el límite, impidiendo que la

negociación sobre la prórroga del convenio se ponga en marcha más allá del fin de su vigencia .

9º.- Las modificaciones del Convenio, además de la Cláusula 2, son la Cláusula 3, sobre aspectos económicos, la Cláusula 4 sobre empleo, la 7 sobre movilidad geográfica y funcional, la 8 sobre ordenación del tiempo de trabajo, la 11 sobre previsión social y fondos sociales y la adición de las Cláusulas 16 sobre el Plan de Pensiones y 17 sobre la prestación de Supervivencia. Se introduce la Cláusula 16 en el Convenio Colectivo con el siguiente redactado :

"Cláusula 16. Plan de pensiones.

Se acuerda la suspensión de las aportaciones obligatorias al Plan de Pensiones tanto de las imputadas al promotor como las obligatorias del partícipe desde el 1 de abril de 2013 hasta el 30 de junio de 2014. A tal fin, se modifica el régimen de aportaciones obligatorias contenido en el apartado I y letras e), f) y g) de los Acuerdos de Previsión Social de 1992 incorporados como anexo IV al Convenio colectivo de Telefónica de España 1993- 1995 (BOE de 20 de agosto de 1994), instando la adaptación del artículo 21 del Reglamento del Plan de Pensiones para empleados de Telefónica durante ese período, todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 249 bis 3 de la Normativa Laboral de Telefónica y en la letra p) de los referidos Acuerdos de Previsión Social, en cuanto establecen la necesidad de acuerdo de negociación colectiva para la modificación de las especificaciones del Plan de Pensiones. Ambas partes se comprometen a realizar las actuaciones necesarias para la adaptación de las Especificaciones del Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de Telefónica, así como para establecer los procedimientos oportunos de manera que aquellos partícipes que voluntariamente quieran incrementar sus aportaciones voluntarias puedan efectuarlo."

En los Acuerdos de 26 de marzo se prevé la suspensión de las aportaciones para los trabajadores que no se marchen de la empresa adscribiéndose al Expediente de Regulación de Empleo, a los cuales les serán mantenidas hasta su baja de la misma. En cuya parte final, antes de la votación se manifiesta por la empresa:

"Por último, y respecto de la solicitud formulada en cuanto que no se aplique a los empleados que hayan solicitado su adhesión al ERE, la suspensión de las aportaciones al Plan de Pensiones hasta que causen baja, este año en la Compañía consideramos razonable al propuesta por lo que aceptando la misma procederemos a articularla a través de la Comisión de Seguimiento del ERE"

10º.- Los acuerdos de Previsión Social se encuentran suscritos por el Comité Intercentros de Telefónica, cumpliendo la resolución aprobada en el Pleno del mismo el 29 de octubre de 1992, sometida a consulta de la plantilla el 17 de septiembre de 1992 (todo ello recogido como Anexo IV al Convenio Colectivo 1993- 1995, BOE número 199 de 20 de agosto de 1994, páginas 74 a 77). Establece el apartado p) de los Acuerdos de 1992, que para acordar la terminación del Plan de Pensiones, la modificación de todo lo relacionado con las aportaciones, la modalidad del Plan y en general, cualquiera de las especificaciones del Plan acordadas, será necesario igualmente un acuerdo de negociación colectiva. Establece el art. 37. Párrafo tercero, del Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica :

"Para todo lo relativo a la terminación del Plan, modificación de lo relacionado con las contribuciones, aportaciones, prestaciones, modalidad del Plan, modalidad del Fondo, sistema de capitalización, composición y funcionamiento de la Comisión de Control, incluida la Oficina de Atención al Partícipe, número de actuarios, y auditores y este mismo párrafo del Reglamento, será necesario el acuerdo de la Comisión de Control con la mayoría cualificada prevista en el artículo 20 de este Reglamento, y el acuerdo en Convenio Colectivo Estatutario o Pacto equivalente en el sentido de que dicho acuerdo sea adoptado con los requisitos que para los Convenios Colectivos Estatutarios se establezcan en cada momento por la legislación laboral vigente."

11º.- La Cláusula 17 es del siguiente tenor literal:

"Cláusula 17. Prestación de supervivencia.

Se introduce una cláusula en el Convenio Colectivo sobre la Prestación de Supervivencia con el siguiente redactado: Se acuerda la modificación de los Acuerdos de Previsión Social de 1992 incorporados como anexo IV al Convenio colectivo de

Telefónica de España 1993- 1995 (BOE de 20 de agosto de 1994), y que afecta al apartado II y letra g), en el siguiente sentido, sustituyéndose por el siguiente redactado:

«Los trabajadores que lo fueran a 17 de septiembre de 1992, que figuran de alta en el Seguro Colectivo de Riesgo con anterioridad a dicha fecha y que no se adhirieron al Plan de Pensiones, mantienen la prestación de supervivencia en su configuración actual tras la adaptación a lo previsto en las disposiciones transitorias 11 .ª y 14.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados ; el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, y disposición adicional vigesimoquinta de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, llevada a cabo en los Grupos de Trabajo creados en las cláusulas 6.4 del Convenio colectivo vigente en 1996 (BOE del 19), cláusula 10.3 del Convenio Colectivo 1997- 1998 (BOE de 29 de septiembre de 1997), cláusula 11.4 del Convenio Colectivo 1999-2000 (BOE de 10 de diciembre de 1999), cláusula 11.4 del Convenio Colectivo 2001-2002 y como resultado de las actuaciones del Grupo de Trabajo constituido en este último citado Convenio, mediante el contrato de seguro suscrito con Seguro de Vida y Pensiones ANTARES, S.A.»

La cuantía de la prestación de supervivencia se modifica del siguiente modo:

Como medida equivalente a la suspensión de las aportaciones empresariales al Plan de Pensiones, en la prestación de supervivencia se acuerda suprimir para empleados en activo en la firma del presente Convenio y lo estén a fecha 1 de noviembre de 2013 el coste del seguro en un importe equivalente al devengo de prestación de 15 mensualidades. Como consecuencia de esta supresión, se acuerda reducir el capital asegurado de los citados empleados del siguiente modo: Como resultado de suprimir conjuntamente el devengo de 15 meses de prestación, el capital asegurado en la póliza número 20027000009 suscrita con Seguros de Vida y Pensiones ANTARES, S.A., se minorará reduciéndolo de manera que la cantidad de 12.020,24 euros se sustituye por una cuantía fija de 8.200 euros para todo el colectivo asegurado en situación de activo.

12º.- La cláusula 15. Normativa laboral. Declara expresamente en vigor con contenido normativo el Texto Refundido de la Normativa Laboral incluido como anexo III del Convenio Colectivo 1993/1995, publicado mediante Resolución de la Dirección

General de Trabajo de 20 de julio de 1994, con las modificaciones introducidas en los Convenios Colectivos 1996, 1997-1998, 1999-2000, 2001-2002, 2003-2007 y 2008 - 2010 en todo aquello que no haya sido modificado por este Convenio.

13º.- En el BOE de fecha 21 de enero de 2016 se publicó la Resolución de 28 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU. Con vigencia desde el 1 de enero de 2015, salvo en aquellas materias para las que en su articulado se establezca otro plazo de vigencia, y finalizará el día 31 de diciembre de 2017, salvo la que la Comisión Paritaria de Negociación Permanente prevista en el Convenio, acuerde expresamente en la prórroga de su contenido.

En el artículo 186 se regula el Plan de pensiones. En la Disposición Adicional 10ª, se mantiene la vigencia de los Acuerdos de Previsión Social de 1992 incorporados como anexo IV al Convenio Colectivo de Telefónica de España 1993 -1995 (BOE de 20 de agosto de 1994) tal como están configurados tras los desarrollos y modificaciones introducidas por los convenios colectivos posteriores, por el Acuerdo de prórroga y modificación del Convenio Colectivo 2011-2013 de 26 de marzo de 2013 (BOE 13 de mayo de 2013) y por este Convenio Colectivo. La Disposición Final Derogatoria aplicable a las tres empresas dispone:

"El I Convenio de empresas vinculadas (...) Se constituye como un compendio de normativa laboral de aplicación en el ámbito funcional definido, Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, sustituyendo expresamente a todos los convenios y pactos colectivos de cualquier tipo, anteriores al mismo, que quedan derogados salvo los aspectos que en este texto se indican."

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre del Sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST). Su Letrada Sra. García García, en escrito de fecha 22 de julio de 2016, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.c)

LRJS por infracción de los arts. 222 y 400 LEC , art. 24 CE . SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, infracción de las cláusulas 2 y 13.2 del Convenio Colectivo 2011 - 2013 , art. 192 LGSS, apartado P) Acuerdos de Previsión Social de 1992, arts. 87 y 88 ET y 14 CE , en relación con el art. 4.2.c) y f) ET .

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 26 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate casacional.

1. El Convenio colectivo, sus modificaciones y prórrogas.

Convenio Colectivo 2011/2013.- Mediante resolución de 19 de julio de 2011, de la Dirección General de Trabajo (BOE número 186, de 4 de agosto de 2011), se registra y publica el Convenio Colectivo de Telefónica de España S.AU para los años 2011-2013. Aparece suscrito por los sindicatos CCOO, UGT y STC-UPS; también concurrieron a la negociación los sindicatos AST, COBAS y CGT.

En él se contempla una Comisión Paritaria de Negociación Permanente, integrada por los representantes de la empresa y los designados por el Comité Intercentros.

Conforme a su cláusula 2ª, la eficacia temporal del convenio se extiende hasta 31 de diciembre de 2013, cabiendo prórroga si se pacta en el seno de la Comisión Paritaria de Negociación Permanente "durante el segundo semestre del año 2013, sin que el término final de su vigencia pueda superar, en tal supuesto, el día 31 de diciembre de 2015".

Modificación del convenio. - En BOE 29 abril 2013 aparece publicado el acuerdo de 26 de marzo de 2013 de la Comisión de Negociación Permanente de Telefónica, modificando la cláusula 2ª del convenio. Ahora también se contempla vigencia hasta fin de 2013, pero la prórroga que puede acordar la Comisión Permanente "deberá llevarse a

cabo en el seno de la referida Comisión durante el año 2013 sin que el término final de su vigencia pueda superar, en tal supuesto el día 31 de diciembre de 2015".

Prórroga de la vigencia del convenio.- En BOE 13 de mayo de 2013 se publican los Acuerdos (también de 26 de marzo de 2013) sobre prórroga del convenio (hasta 31 de diciembre de 2014) y sobre modificación de diversas cláusulas del mismo (aspectos económicos, empleo, movilidad geográfica y funcional, tiempo de trabajo, previsión social, plan de pensiones, supervivencia).

2. El conflicto colectivo de julio de 2013.

A) El día 11 de julio de 2013 se presenta demanda de conflicto colectivo por Confederación Intersindical Galega (CIG), Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB), Confederación Euskal Langilleen Alkartasuna (ELA-STV), Sindicato de Comisiones de Base (COBAS) y AST. Va dirigida contra Telefónica de España SAU., así como frente a los sindicatos Comisiones Obreras (CCOO), Unión General de Trabajadores (UGT), Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC), Confederación General del Trabajo (CGT), ESK y Comité Intercentros de Telefónica SAU.

En ella se solicita la declaración de nulidad global de los acuerdos de 26 de marzo de 2013 suscritos por la Comisión de Negociación Permanente del Convenio Colectivo de Telefónica de España, publicados en el BOE los días 29 de abril y 13 de mayo de 2013. Subsidiariamente, en todo caso, se pide la nulidad del acuerdo de prórroga del convenio publicado en el BOE de 13 de mayo de 2013.

B) La SAN 214/2013, de 26 noviembre, desestima la demanda porque nada impide a los negociadores del convenio pactar una herramienta de negociación permanente en la que se desarrollan aspectos del convenio. Acreditado, por otra parte, que los miembros de la comisión citada se designan por el Comité Intercentros de modo proporcional, se asegura su legalidad, puesto que no se lesiona el derecho de libertad sindical del sindicato demandante. Se admite finalmente, que la comisión reiterada, dada su función negociadora, puede negociar ante tempus la prórroga del convenio.

C) Las representaciones de CIG, LAB, ELA, ESK, AST, y COBAS interponen recurso de casación articulado en dos motivos. El primero de ellos sirve de apoyo a la pretensión principal afectante a la actuación de la Comisión paritaria de Negociación

Permanente. El segundo, plantea la cuestión exclusiva del acuerdo de dicha comisión relativo a la prórroga del convenio colectivo.

El recurso es desestimado mediante STS de 14 septiembre 2015 (rec. 204/2014), que confirma el fallo de instancia. En ella se advierte que " si bien la parte actora solicita la nulidad global del Acuerdo, ninguna razón se da para poder efectuar el análisis de los demás preceptos convencionales, pues el recurso se limita a exponer argumentos relativos exclusivamente a la cuestión de la duración de la vigencia del convenio, no pudiendo por ello esta Sala construir argumentaciones de parte que no han sido expuestas" .

3. El (presente) conflicto colectivo de 9 de octubre de 2013.

A) El 9 de octubre de 2013 se presenta demanda de conflicto colectivo por la representación de los sindicatos Alternativa Sindical de Trabajadores (AST); Confederación Intersindical Galega (CIG); Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB); Eusko Langilleen Alkartasuna (ELA) y Comisiones de Base (COBAS); Ezker Sindikalaren Konbergentzia (ESK).

Aparecen como demandados la empresa Telefónica de España, S.A.U. Madrid; el Comité Intercentros, y los sindicatos que componen la Comisión de Negociación Permanente: CCOO, UGT, CGT y STC-UTS.

B) El Antecedente Tercero de la sentencia ahora recurrida da cuenta de que cuatro de los sindicatos demandantes (LAB, ELA, COBAS y ESK) no comparecen al acto del juicio y que los otros dos (AST y CIG) instan que se declare la nulidad de las Cláusulas 16 y 17 incluidas en los Acuerdos de 26 de marzo de 2013, publicadas en BOE de 13 de mayo de 2013, en los que se acuerda la prórroga del Convenio Colectivo 2011-2013, a lo que se adhiere la CGT.

La cláusula 16, impugnada, introduce en el convenio colectivo una previsión sobre Plan de Pensiones (suspendiendo las aportaciones obligatorias), mientras que la 17 alude al importe de la prestación por supervivencia.

4. La SAN 92/2016 , recurrida.

La SAN 92/2016 que ahora se recurre estima la excepción de cosa juzgada por considerar que concurre la triple identidad de personas, cosas y causa de pedir exigida por el artículo 222 en relación con el artículo 400.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con respecto a los autos nº 302/2013 que finalizaron por SAN de 214/2013 , confirmada por la STS de 14 septiembre (rec. 204/2014).

5. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Con fecha 22 de julio de 2016 el sindicato AST formaliza recurso de casación frente a la sentencia de instancia, estructurado en dos motivos.

El primero sostiene que no hay cosa juzgada entre lo debatido en el primero conflicto colectivo y lo que ahora se discute. Advierte que la STS de 14 septiembre 2015 no se pronuncia sobre la validez de las cláusulas ahora impugnadas; asimismo advierte que los requisitos de la litispendencia y de la cosa juzgada son diversos, de tal manera que la suspensión del procedimiento acordada en su día no implica que concurra la excepción ahora estimada por la Audiencia Nacional.

El segundo argumenta que las dos materias abordadas en las cláusulas cuestionadas exceden de la competencia material propia de la Comisión Permanente y sin que se haya constituido una Comisión Negociadora.

B) Con fecha 16 de septiembre de 2016 el Abogado de CCOO presenta escrito de impugnación al recurso. Pone de relieve que el primer conflicto colectivo ya impugnaba los mismos acuerdos que el presente y que la jurisprudencia invocada en el recurso se refiere a problemas distintos, al igual que sucede con el segundo motivo.

Con fecha 23 de septiembre de 2016 el Abogado de la empresa formaliza su escrito de impugnación. Invoca los arts. 222 y 400 LEC para reforzar la posición acogida en instancia. Acerca del segundo motivo, estudia los preceptos invocados por el recurrente y argumenta en sentido opuesto.

Con fecha 26 de septiembre de 2016, el Abogado de la UGT impugna el recurso, reiterando los argumentos acogidos por la sentencia recurrida respecto del primero motivo. Acerca del segundo motivo, examina los preceptos supuestamente infringidos y expone las razones que le inducen a sostener una posición contraria.

C) Con fecha 22 de septiembre de 2016 el representante del Ministerio Fiscal ante la Audiencia Nacional emite Dictamen en el que se muestra contrario al triunfo del recurso de casación.

Igualmente, con fecha de enero de 2017, el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe previsto en el art. 214 LRJS , exponiendo las razones por las que considera improcedente el recurso.

SEGUNDO.- Existencia de cosa juzgada (Motivo 1º del recurso).

El primero de los motivos del recurso se encauza a través del artículo 207.c) de la LRJS , denunciando el quebrantamiento de formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso se haya producido indefensión para la parte.

1. Formulación del motivo.

A) Sostiene el recurrente que no procede la estimación de la excepción de la cosa juzgada que recoge la sentencia que impugna. A su entender , la SAN recurrida estima la excepción de cosa juzgada, más que por entender que concurre la triple identidad exigida por el art. 222 LEC , por considerar precluído el derecho de esta parte a instar un pronunciamiento sobre el fondo respecto de las cláusulas cuya anulación se pretende. Y de ahí que la apreciación de tal excepción impeditiva de la valoración sobre el fondo del asunto suponga una infracción de las normas procesales, en concreto de los artículos 222 y 400 LEC , que causa, a su juicio, patente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e indefensión (artículo 24 CE).

B) El recurso de casación descarta la cosa juzgada por la manifestación contenida en el pasaje 5 del Fundamento Segundo de nuestra citada STS 14 septiembre 2015 , conforme al cual

Si bien el acuerdo de 26 de marzo de 2013 también afectaba a otras cláusulas del convenio (BOE de 13 de mayo de 2013), y que la parte actora solicita la nulidad "global" del acuerdo, ninguna razón se da para poder efectuar el análisis de los demás preceptos convencionales, pues el recurso se limita a exponer argumentos relativos

exclusivamente a la cuestión de la duración de la vigencia del convenio, no pudiendo por ello esta Sala construir argumentaciones de parte que no han sido expuestas. Como hemos visto, una mera alteración del texto del convenio no constituye por sí sola una verdadera modificación del contenido de mismo y, con independencia de las posibilidades ofrecidas a la CPNP en razón del posible acomodo a las exigencias de legitimación, carecemos de razones para sostener la justificación de la nulidad de las demás cláusulas afectadas.

2. Normas invocadas.

Además de la invocación a la tutela judicial sin indefensión (art. 24 CE), el recurso de casación se basa en dos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil: los artículos 222 y 400 .

El artículo 222 LEC ("Cosa juzgada material") se pronuncia en los siguientes términos:

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Por su lado, el artículo 400 de la misma LEC ("Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos") se expresa en los siguientes términos:

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.

3. Consideraciones generales.

A) La STS 7 de marzo de 1990 (rec. 2763/1989) ya advirtió que la cosa juzgada constituye una cuestión de orden público procesal; dado que la finalidad que persigue es la seguridad jurídica puede y debe ser apreciada por los Tribunales incluso de oficio, sin necesidad de alegación de las partes, " si se deduce con claridad de los datos obrantes en el proceso ", tesis mantenida posteriormente en SSTs 16 de septiembre de 1992 (rec. 1920/1991) o 18 enero 2000 (rec. 4982/1999), entre otras.

Estamos hablando de un litigio paralelo que ya ha sido resuelto por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, el mismo órgano que va a resolver la presente casación y que conoce sus propias resoluciones. Que ahora despliegue su eficacia lo previamente

resuelto, no solo es lógico por exigencias de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) sino también necesario a fin de evitar contradicciones.

Tratándose de una sentencia dictada en procedimiento colectivo, todavía tiene más sentido que atendamos al efecto positivo de la cosa juzgada, en línea con lo que nuestras SSTS 16 (2) junio 2015 (rec. 608 y 609/2014) han sostenido, en parte apoyándose en el art. 160.5 LRJS :

La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquélla como sentencia contradictoria.

B) La litispendencia tiende a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que requiere las mismas identidades que ésta: subjetiva, objetiva y causal. No basta con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos (pero no de todos), pues esto último a lo único que puede dar lugar es a la posibilidad de acumulación de ambos procesos a instancia de parte legítima, constituyendo una hipótesis distinta a la de litispendencia.

Si bien nuestro ordenamiento no define el concepto de litispendencia, la misma se configura como el anverso de la cosa juzgada y para que concurra se exige que el objeto de ambos litigios sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo, a tenor del artículo 222.1 LEC . Así lo hemos expuesto en SSTS 3 mayo 2010 (rec. 185/2007), 9 febrero 2015 (rec. 406/2014), 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015) y otras muchas que allí se citan. En ellas se expone también la interconexión entre cosa juzgada y litispendencia.

Respecto de la cosa juzgada son predicables las siguientes notas: a) Impide la decisión del proceso actual cuando ya hubiere sentencia firme sobre la misma cuestión y entre las mismas partes. b) Posee doble efecto: negativo o excluyente y positivo o prejudicial (cuando no hay identidad absoluta de los elementos de la pretensión pero si hay una parcial identidad en el objeto de uno y otro proceso). c) Opera sobre la base de una situación jurídica ya dada en la realidad histórica en virtud de una sentencia que es firme.

Por otro lado respecto de la litispendencia son predicables las siguientes características: a) Impide el seguimiento del proceso (o su decisión) mientras se desarrolla otro idéntico, sin que en éste haya recaído sentencia firme. b) El doble efecto no cabe en este instituto jurídico, que exige la identidad en todos los elementos esenciales de ambos procesos. c) La alegación de litispendencia se basa en la tramitación de un proceso anterior, todavía no llegado a término.

C) Compendiando esas apreciaciones, la STS 22 abril 2010 (rec. 1789/2009) recoge el enfoque decisivo para resolver la cuestión:

"En nuestro Derecho procesal la litispendencia es una excepción que tiende a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que requiere las mismas identidades que ésta, identidades que han de ser subjetiva, objetiva y causal, por lo que no basta para la identidad total con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos (pero no de todos), pues esto último a lo único que puede dar lugar es a la posibilidad de acumulación de ambos procesos a instancia de parte legítima, constituyendo una hipótesis distinta a la de litispendencia".

D) La STS 438/2016, de 18 mayo , con cita de otras anteriores, ha precisado el alcance de las sentencias dictadas cuando se impugna la legalidad de un convenio colectivo, concluyendo que a través de la impugnación del convenio colectivo solo cabe interesar su declaración de ilegalidad (total, parcial) o lesividad. No es posible interesar que se asuma o descarte determinada interpretación.

El fallo de la sentencia ha de ser congruente con lo solicitado, concediendo, denegando o accediendo parcialmente a lo pedido. Para descartar la ilegalidad solicitada

cabe evidenciar que una o varias interpretaciones así lo exigen, pero sin que ese razonamiento o condicionante acceda al fallo. La interpretación de los preceptos, mostrando su ajuste a Derecho y descartando su ilegalidad, vincula con los efectos propios de la cosa juzgada e impide ulteriores declaraciones de ilegalidad o inaplicaciones del convenio pero no otros entendimientos.

Conflictos (individuales o colectivos) posteriores pueden versar sobre el significado o modo de aplicar el convenio en los extremos no declarados ilegales. Existiendo una interpretación ajustada a Derecho, no queda más remedio que rechazar la declaración de ilegalidad interesada. Por las razones expuestas, esta motivación no debe trascender al fallo de la sentencia.

4. Consideraciones específicas.

A) Más arriba han quedado expuestas las peticiones formuladas por los demandantes en los dos conflictos colectivos; en ambos aparece como promotor de la impugnación de convenio el sindicato recurrente, además de otros); en ambos son traídos al litigio todos los sujetos colectivos firmantes del convenio o legitimados para intervenir en su negociación; en ambos aparece cuestionada la validez de los pactos ahora atacados. Recordemos:

En la demanda de julio de 2013 se solicita la declaración de nulidad global de los acuerdos de 26 de marzo de 2013; subsidiariamente y en todo caso, se declare la nulidad del acuerdo de prórroga del 26 de marzo de 2013 por dicha comisión de negociación permanente y publicado en el número 114 de 13 de mayo de 2013.

En la demanda de este procedimiento se termina suplicando que se tenga por formulada demanda en materia de impugnación de convenio colectivo frente a la empresa, Comité Intercentros y sindicatos relacionados en el cuerpo del escrito, para que se declare la ilegalidad y por tanto la nulidad de las cláusulas 16 y 17 incluidas en los acuerdos de 26 de marzo de 2013, publicadas en el BOE de 13 de mayo de 2013, en los que se acuerdan la prórroga del convenio colectivo 2011-2013, así como el acuerdo de prórroga de mantenimiento de las cláusulas 11.2 y 15 artículo 249 de la normativa laboral desde el 1 de enero de 2014 y hasta el 31 de diciembre de dicho año, condenado

a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones con todos los efectos inherentes a las mismas.

B) El recurso de casación insiste en la ilegalidad de las cláusulas combatidas porque "a través de una Comisión sin facultades se han modificado condiciones que fueron pactadas con el respaldo de los trabajadores en el año 1992" (pág. 3). Se trata de argumentación parcialmente esgrimida en el anterior procedimiento y que fue desestimada por nuestra STS, cuyo Fundamento Segundo, apartado 4, expone lo siguiente:

Sin embargo, según se desprende de la propia cláusula 13.2, la composición de la CPNP se ajustaría a los requisitos de legitimación y de composición de la comisión negociadora regulados en los indicados arts. 87 y 88 ET, aspecto éste que, en todo caso no ha sido puesto en duda por los demandantes, hoy recurrentes que, precisamente, afirman en el escrito del recurso que, en todo caso la competencia para la negociación estaría atribuida al Comité intercentros, "que fue el firmante del texto original del Convenio". Pues bien, tal atribución al comité intercentros es la que se hace en la cláusula convencional en cuestión y, ante la falta de otros elementos de juicio y a la vista de lo que la propia parte recurrente indica, no podemos dudar del acomodo de la composición de la CPNP con los mandatos legales señalados.

Quizá por ello, el propio recurso advierte que ahora no se cuestiona la capacidad de la Comisión para negociar, sino el contenido de los dos acuerdos reseñados.

C) Interesa valorar la manifestación albergada en nuestra STS de 14 septiembre 2015, que el sindicato recurrente invoca para evidenciar que no hay cosa juzgada, puesto que ahora aporta argumentos nuevos.

Por lo pronto, allí aludimos a la imposibilidad de construir el recurso de casación cuando eso comporta vulnerar el derecho de la contraparte; pero no estamos dejando impregada la cuestión, sino desestimando el recurso y confirmando el fallo de instancia. En ese escenario es cuando entra en juego la previsión del artículo 400.2 LEC : por el hecho de que ahora se aporten nuevos argumentos no se reabre la posibilidad de replantear una cuestión ya juzgada entre las mismas partes.

Como explica la STS 17 octubre 2013 (rec. 3076/2012), "según se desprende del artículo 400. 2 LEC , de aplicación supletoria, D.F. 4a LRJS, en el proceso laboral, los efectos preclusivos de la cosa juzgada, al igual que los de la litispendencia, se extienden tanto a los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en el proceso previo, como a los que en él hubieran podido alegarse; sin que puedan dejarse sin efecto pronunciamientos jurisdiccionales plasmados en sentencias que han adquirido firmeza, pues ello supondría una quiebra del principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución e iría contra el efecto de cosa juzgada que producen las sentencias firmes, cuyo efecto impeditivo obsta la posibilidad de un nuevo pronunciamiento judicial ".

D) La AST expone ahora que para la modificación de los acuerdos de previsión social del año 1992 era necesario el acuerdo de la Comisión de Control con la mayoría cualificada prevista en el artículo 20 del Reglamento del Plan de Pensiones Empleados de Telefónica y que tal modificación es nula por cuanto sólo prevé la suspensión de las aportaciones para los trabajadores que permanezcan en la empresa lo que es contrario al artículo 14 CE .

Pero se trata de argumento que bien pudo desplegarse, en su caso, a lo largo de la anterior impugnación del convenio colectivo. Es justamente lo que el artículo 400.2 LEC impide: los hechos y los fundamentos jurídicos que pudieron alegarse en un proceso anterior no pueden fundar la modificación de lo resuelto por sentencia firme.

Y lo que en modo alguno se aprecia es la indefensión que el artículo 207.c) LRJS exige como consecuencia. El sindicato recurrente ya pudo desplegar todas las argumentaciones que ahora expone en el anterior procedimiento, como advierten los escritos de impugnación y el Informe del Ministerio Fiscal. No solo eso, sino que la proximidad material de los argumentos del primer procedimiento (falta de representatividad de quienes negocian) y del actual (necesidad de seguir un procedimiento negocial específico) conduciría a que, si no hubiese cosa juzgada, fuere posible reservarse líneas argumentales en el primer procedimiento a fin de desplegarlas, si fracasara, en otro ulterior. Justamente lo que quieren impedir los artículos de la LEC invocados.

Ni siquiera puede pensarse en que estamos ahora ante la posibilidad apuntada por la STS 438/2016, de 18 mayo , respecto de los casos en que se desestima una impugnación de convenio y un posterior conflicto colectivo pretende determinada interpretación; por lo pronto, aquí no estamos ante un conflicto colectivo puro, sino ante la reiteración de la modalidad procesal de impugnación.

5. Desestimación.

No se aprecia la aplicación indebida de la institución de cosa juzgada que acoge la sentencia recurrida. Lo que se hace en este procedimiento de impugnación es reiterar una petición ya incluida en el primero, con argumentos próximos a los entonces desarrollados y que, en todo caso, bien pudieron haberse invocado allí.

TERCERO.- (Motivo 2º del recurso).

A) Se canaliza al amparo del artículo 207.e) LRJS , que contempla la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Denuncia la infracción de las clausulas 2 y 13.2 del Convenio Colectivo 2011-2013 en la redacción otorgada por la prórroga (acuerdos 265 de Marzo de 2013), art.192 LGSS, apartado P Acuerdos de Previsión Social de 1992, arts. 87 y 88 del ET y 14 CE en relación con el art.4.2.c) y f) ET .

B) Lo que la excepción de cosa juzgada significa es que no cabe volver a examinar lo enjuiciado en ocasión anterior. De este modo, el fracaso del primero de los motivos del recurso comporta la imposibilidad de examinar este segundo. No podemos confirmar el acierto de la sentencia recurrida, apreciando la existencia de cosa juzgada, y ahora examinar la eventual ilegalidad de las dos cláusulas combatidas.

El Ministerio Fiscal lo explica de manera sucinta: "recoge el recurrente bajo este epígrafe todas las argumentaciones que pudo introducir en la primera demanda y que no incluyó. Tales argumentaciones no pueden ser atendidas a la vista del efecto de la cosa juzgada a que se refiere el primer motivo alegado en este recurso".

C) Adicionalmente, como evidencian los escritos de impugnación, el recurso sostiene que las cláusulas abordan materia ajena al convenio, pero aporta sentencias

conforme a las cuales los organismos paritarios no pueden modificar el contenido material del convenio. Asimismo, formula el motivo de recurso prescindiendo del relato sobre la suerte seguida por los acuerdos de 1992, cuando lo cierto es que fueron posteriormente incorporados al convenio colectivo 1993/1995.

Y tampoco es pertinente traer a colación sentencias sobre funciones de las Comisiones Paritarias de interpretación de los convenios, pues ya ha quedado expuesto que la Comisión de Negociación Permanente de Telefónica posee una diversa naturaleza, como nuestra STS 14 septiembre 2015 advierte.

E) En resumen: también este segundo debe fracasar. Las previsiones del art. 235.2 LRJS conducen a que no juegue aquí la imposición de costas a la parte vencida.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST), representado y defendido por la Letrada Sra. García García. 2) Declarar la firmeza de la sentencia 92/29016 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 23 de mayo de 2016 , en autos nº 423/2016, seguidos a instancia de dicho recurrente, el Sindicato Confederación Intersindical Galega (CIG), el Sindicato Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB), el Sindicato Eusko Langilleen Alkartasuna (ELA), el Sindicato Comisiones de Base (CO.BAS), el Sindicato Ezker Sindikalaren Konbergentzia (ESK), contra la empresa Telefónica de España, SAU, Comité Intercentros, Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO), Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación General del Trabajo (CGT) y Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC-UTS), el Ministerio Fiscal, sobre impugnación de la prórroga del convenio colectivo 2011-2013. 3) No imponer las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma.

**18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE
2017**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por Don Enrique Lillo Pérez, Letrado en nombre y representación de la FEDERACIÓN AGROALIMENTARIA DE COMISIONES OBRERAS, se presentó demanda de CONFLICTO COLECTIVO, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia: «se declare el derecho del colectivo de ventas a percibir el bono previsto en el art. 19 del convenio y en consecuencia a percibir con carácter inmediato este bono correspondiente al año 2015 por cuantía del 2% de la retribución salarial total anual como cuantía no consolidable y, por lo tanto, a tanto alzado. Condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 8 de junio de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos, la demanda formulada por D. Enrique Lillo Pérez, letrado del Ilustre Colegio de Madrid, en nombre y representación de la FEDERACIÓN AGROALIMENTARIA DE COMISIONES OBRERAS, contra la empresa UNILEVER ESPAÑA S.A., y, como parte interesada, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FITAG-UGT), sobre CONFLICTO COLECTIVO, absolviendo a la demandada de los pedimentos efectuados de contrario».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO. - El sindicato CC.OO tiene una notoria implantación y representatividad en la empresa.- SEGUNDO .-El presente conflicto colectivo afecta al colectivo de vendedores de la empresa demandada que tienen sus centros de trabajo en diversas

delegaciones a lo largo de todo el territorio del Estado.- TERCERO. - Por Resolución de 9 de septiembre de 2015, se dispone la inscripción y la publicación del Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Unilever España S.A., centro de trabajo de la calle Tecnología nº 19, de Viladecans (Barcelona), para los años 2015-2016. (Código de convenio núm. 08014401012007) (Descriptor 11 y documento nº1 de la prueba de la empresa demandada).- CUARTO. - El colectivo de ventas percibe unas retribuciones variables o comisiones o incentivos que no están reguladas en el pacto colectivo ni en el convenio de Viladecans. (Hecho conforme).- QUINTO. -El colectivo de vendedores de la empresa, habida cuenta de las especiales características en su forma de prestación de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 del convenio colectivo relativo al ámbito personal, no está incluido en los grupos profesionales ni en las tablas salariales del convenio colectivo. (Hecho conforme).- Las condiciones económicas y de trabajo de este colectivo se regulan en virtud de pactos suscritos entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, y en concreto por el Acuerdo de 12 de diciembre de 2013, cuyo contenido, obrando en autos (descriptor 13 y doc. nº 2 de la empresa demandada), se da íntegramente por reproducido.- El artículo 20 del convenio colectivo del centro de Viladecans establece para los años 2015-2016 un incremento salarial consolidable del 1% y también establece un incremento adicional y también consolidable del 0,25% en el caso de que se cumpla uno de los objetivos, "USG o COM".- Estos incrementos han sido percibidos durante el año 2015 por el colectivo de ventas. (Hecho conforme).- Ahora bien las discrepancias y el origen del presente conflicto colectivo se centran en la interpretación de los párrafos siguientes del artículo 20 del Convenio Colectivo donde se contempla la percepción de un bono variable vinculado a la consecución superación de los objetivos de negocio.- SEXTO.- Dada la discrepancia existente entre la representación legal de los trabajadores en la empresa y la empresa acerca de si debe aplicarse al colectivo de ventas el bono variable reflejado en el artículo 20 del Convenio Colectivo por cumplimiento de objetivos del año 2015, la cuestión fue abordada en reunión de la Comisión paritaria de interpretación y vigilancia del convenio colectivo de Unilever España, S.A. (centro de trabajo de C/Tecnología nº 19, Viladecans, Barcelona para los años 2015-2016).- La reunión tuvo lugar el 15 de febrero de 2016, no habiéndose alcanzado acuerdo.- La representación social considera que deberá aplicarse al colectivo de ventas el bono variable reflejado en el artículo 20

del Convenio Colectivo . Para ello, relacionan la Disposición Final Segunda del Convenio Colectivo con la cláusula cuarta del Acuerdo Colectivo de ventas y el artículo 20 del Convenio Colectivo .- Por su parte, la representación empresarial mantiene que, siendo cierto, tal y como manifiesta la parte social, que la disposición final segunda del Convenio Colectivo del centro de trabajo de Viladecans y el Acuerdo Colectivo de trabajo de la empresa Unilever España S.A. para el colectivo de ventas de fecha 12 de diciembre de 2013 en su Acuerdo Cuarto, establece la obligación de incrementar las retribuciones del colectivo de ventas, cuando menos en los mismos términos que se contemplen en cada momento en el Convenio Colectivo de la empresa Unilever del centro de trabajo de Viladecans, no lo es menos que el bono variable no es un incremento sino un concepto retributivo y, por tanto, no se ve afectado por esas disposiciones.- Por lo que se refiere al Acuerdo Quinto del Acuerdo de Ventas, debe ser analizado lo que se establece en el Convenio Colectivo y concretamente en el artículo 29.- (Descriptor 12 y documento nº 3 de la empresa demandada), cuyo contenido, se da íntegramente por reproducido.- SÉPTIMO. -En el acta de la Comisión negociadora del convenio colectivo de Unilever España S.A. 2015, de fecha 12 de febrero de 2015, el Comité de empresa presenta nuevas propuestas para el incremento salarial: 1,25:2015 y 2016 en todos los conceptos de la nómina. Variable lo estudiará. A la propuesta del incremento salarial la Dirección de la compañía propone un 0,5% consolidable y que el variable se calcule respecto a los resultados en USG y COM.- En el acta de la Comisión negociadora del convenio de fecha 20 de febrero de 2015 en relación al incremento salarial: la dirección de la compañía al margen del incremento del 0,5% y en función de que la Compañía cumpliera los objetivos del año se añadiría un bonus del 0,5% consolidable.- A lo que el Comité pide que quiere tener el compromiso de tener ese Variable.- En el acta de la Comisión negociadora del convenio de fecha 6 de marzo de 2015 la dirección de la compañía y el Comité de empresa llegan a acuerdos sobre determinados artículos y, en lo que se refiere al artículo 20 se recoge lo siguiente: "Artículo 20. Mantenimiento del variable con los indicadores USG y COM, que ponderan 2/3 y 1/3, respectivamente.- Sobre la mesa de negociación sin acuerdo a la fecha: Artículo 20. Incremento de las retribuciones.- Siendo la propuesta de la dirección de la empresa: 2015:0,75% fijo consolidable + 0,25% consolidable (si USG o COM).- 2016:0,75% fijo consolidable + 0,25% consolidable (si USG o COM).- Siendo la

propuesta del Comité de empresa: 2015:1% fijo + 0,25% consolidable (si USG o COM).- 2016:1,25% fijo. (Documento nº5 de la empresa demandada).- OCTAVO .-En el año 2015, los trabajadores del centro de Viladecans han percibido el bono por un importe del 2%, del salario del grupo, complemento individual y complemento personal, con independencia de los incrementos salariales consolidables del 1% y 0,25% establecido en el primer párrafo del artículo 20 del Convenio Colectivo . (Hecho conforme).- NOVENO .-En fecha 20 de abril de 2016 tuvo el lugar el procedimiento de mediación ante el SIMA en relación al procedimiento promovido por FEAGRACC.- CCOO frente a Unilever España S.A. sobre el derecho al percibo del bono por cumplimiento de objetivos año 2015 para el colectivo de ventas, que finalizó teniendo como resultado la falta de acuerdo.- Se han cumplido las previsiones legales».

QUINTO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por el Letrado Sr. Lillo Pérez, en nombre y representación de FEDERACIÓN AGROALIMENTARIA DE CC.OO. amparándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Se formaliza al amparo del art. 207 apartado d) de la LRJS , por infracción del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 3.1 y 1281 del Código Civil , así como la doctrina de diferentes sentencias del Tribunal Supremo.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 20 de abril de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La demanda interpuesta por la «Federación Agroalimentaria de Comisiones Obreras» y que dio lugar al presente conflicto colectivo solicitaba que «se declare el derecho del colectivo de ventas a percibir el bono previsto en el art. 19 del convenio y en consecuencia a percibir con carácter inmediato este bono correspondiente al año 2015 por cuantía del 2% de la retribución salarial total anual como cuantía no consolidable y, por lo tanto, a tanto alzado».

2.- La pretensión fue rechazada por la Audiencia Nacional mediante sentencia fechada en 08/06/16 [autos 130/16], bajo la argumentación -básicamente- de que: a) el

referido colectivo se encuentra excluido de la tablas salariales del Convenio; b) el mismo solo tiene derecho a los «incrementos» retributivos que en el Convenio se establezcan; c) aunque el bono variable se encuentra regulado en precepto relativo al incremento de las retribuciones, «con arreglo a lo que dispone el apartado 3 del art. 26 E.T resulta que no nos encontramos ante un incremento propiamente dicho, sino que por el contrario, se trata de un complemento salarial vinculado a los objetivos de la empresa, lo que, a su vez, implica que no participa de la naturaleza de incremento retributivo, sino que se configura propiamente como un concepto retributivo autónomo. Lo que se acaba de señalar queda además avalado por las propias actas de negociación del convenio en las que se evidencia que no fue intención de las partes considerar el bono como un incremento retributivo».

3.- El pronunciamiento se recurre en casación, con denuncia de haberse infringido el art. 82.3 ET , en relación con los arts. 20 y 29 del Convenio Colectivo de aplicación, y de los arts. 3.1 y 1281 CC , así como de diversa doctrina de la Sala en orden a la interpretación de las cláusulas de los convenios y acuerdos colectivos.

SEGUNDO.- 1.- En la resolución de la presente litis ha de partirse -aún a riesgo de ser reiterativos- del examen de las previsiones convencionales aplicables y de alguno de los hechos declarados probados:

a).- La DF Segunda del Convenio Colectivo de «Unilever España, SA» norma que «... los vendedores, habida cuenta de las especiales características en su forma de prestación de servicios, no estarán incluidos en los grupos profesionales ni en las tablas salariales del convenio colectivo. No obstante, tendrán derecho a cualquiera de las prestaciones sociales, asistenciales o de cualquier otra índole, de conformidad a lo que se establezca en cada momento en el convenio colectivo, siéndole de aplicación asimismo lo dispuesto en el Acuerdo colectivo de fecha 3 de julio de 2006 y actualizado en fecha 12 de diciembre de 2013...».

b).- En el referido Acuerdo colectivo de 13/12/13 [Descriptor 13] se dispone -la cursiva es nuestra-: «Primero.- Que el colectivo de vendedores de la empresa, habida cuenta de las especiales características en su forma de prestación de servicios, ... no estarán incluidos en los grupos profesionales ni en las tablas salariales del convenio

colectivo. No obstante, tendrán derecho a cualquiera de las prestaciones sociales, asistenciales o de cualquier otra índole, de conformidad a lo que se establezca en cada momento en-el convenio colectivo... Cuarto.- Los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del presente Acuerdo verán incrementadas sus retribuciones, cuando menos, en los mismos términos que se contemple, en cada momento, en el Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Unilever España, S.A. del centro de trabajo de Viladecans. Quinto.- Los trabajadores tendrán derecho a las prestaciones retributivas, sociales y asistenciales de conformidad a lo que se establezca, en cada momento , en el Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Unilever España, S.A. del centro de trabajo de Viladecans».

c).- El art. 20 del referido Convenio Colectivo , establece -bajo el epígrafe «incremento de las retribuciones»- que «[p]ara los años 2015 y 2016 se establece un incremento salarial consolidable del 1%. Asimismo, se establece un incremento adicional y también consolidable del 0,25% en el caso de que se cumpla uno de los objetivos: USG o COM... Asimismo, durante el período de vigencia del convenio, se mantiene el bono variable, vinculado a la consecución/superación de los objetivos de negocio... ».

d).- Finalmente ha de destacarse el colectivo de trabajadores de ventas afectado por el conflicto ha percibido durante el año 2015 el «incremento salarial consolidable» del 1 y del 0,25% por haberse alcanzado los objetivos USG/COM.

2.- En plano doctrinal ha de recordarse que dado el carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los arts. 3 , 4 y 1281 a 1289 CC (SSTS 13/11/96 -rec. 1738/96 -;... 26/10/16 - rco 35/16 -; 02/12/16 -rco 273/15 -; y 24/01/17 -rco 32/16 -). Y en tal línea hemos mantenido:

a).- Que la interpretación de un Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (SSTS 06/04/92 -rcud 1605/91 -; ... 15/09/16 - rco 211/15 -; 08/11/16 -rco 102/16 -; y 10/11/16 -rco 290/15 -), junto con el principal de

atender a las palabras e intención de los contratantes (SSTS 01/07/94 -rcud 3394/93-; ... 18/02/14 -rco 123/13 -; 10/06/14 -rco 209/13 -; y 07/12/15 -rco 16/15 -), lo que precisamente confiere especial relevancia al Tribunal «a quo» (SSTS 27/09/02 -rec. 3741/01 -; ... 15/09/16 -rco 211/15 -; 26/10/16 -rco 35/16 -; y 10/11/16 -rco 290/15 -).

b).- Que estos elementos -lógico, gramatical, histórico e intencional de las partes- «han de ponderarse en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma ...; y con mayor motivo cuando aquellos primeros criterios hermenéuticos no llevan a solución clara alguna (SSTS 09/12/10 -rcud 831/10 -; 13/01/14 -rco 102/13 -; 06/07/16 -rcud 530/14 -; y 08/11/16 -rco 102/16 -).

c).- Que «... la interpretación de los contratos está presidida por tres principios fundamentales: el principio de la voluntad o búsqueda de la voluntad real de los contratantes que aparece en el art. 1281 CC como "la intención evidente de los contratantes" y en el art. 1283 CC cuando dispone que los términos de un contrato no deben entenderse comprendidas cosas diferentes "de aquellas sobre las que los interesados se propusieron contratar"; el principio de buena fe que comprende, el de la confianza reflejado en el art. 1288 CC cuando dispone que "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad"; y el principio de conservación de los contratos, que implica que lo lógico es considerar que las declaraciones efectuadas en un contrato se han hecho con un objetivo, es decir, que se han hecho para conseguir un efecto jurídico determinado, lo que implica que las declaraciones deben ser interpretadas en el sentido más adecuado para que produzca el efecto buscado por las partes [art. 1284 CC en relación con el art. 1281 CC]» (SSTS 15/03/16 -rcud 39/15 -; y 15/09/16 -rcud 816/15 -)

d).- Que en la materia «debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes» (SSTS 20/03/97 -rec. 3588/96- Ar. 2604 ; ... 05/12/16 -rco 289/15 -; 22/12/16 -rco 282/15 -; y 10/01/17 -rco 98/16 -), hasta el punto de entenderse por la Sala que la «interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos -y el convenio participa de tal naturaleza- es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha

de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual» (SSTS 07/10/92 -rc 2641/91 -;... 22/12/16 -rc 282/15 -; y 24/01/17 -rc 32/16 -; y 11/01/17 -rc 111/16 -); o más sucintamente, cuando no supere un «juicio de razonabilidad» (SSTS 26/04/07 -rc 62/06 -;.... 13/09 / 16 -rc 212/15 -; 02/12/16 -rc 273/15 -; y SG 21/12/16 -rc 30/16 -).

TERCERO.- 1.- Las precedentes reglas hermenéuticas nos llevan a confirmar la decisión recurrida, pues aun cuando la solución al dilema que se suscita no se presenta por completo indubitada, de todas formas el criterio de la Audiencia Nacional no solamente no contraría claramente regla interpretativa alguna, sino que muy contrariamente ofrece indudable racionalidad, tal como acto continuo justificaremos.

2.- El punto de partida no puede ser otro sino destacar la falta de claridad que ofrece la regulación retributiva de los Vendedores de la empresa demandada, pues si bien la DF Segunda del Convenio Colectivo y el punto Primero del Acuerdo de 13/12/13 no parecen ambiguos cuando proclaman que «no estarán incluidos en los grupos profesionales ni en las tablas salariales del convenio colectivo», tampoco suscitan duda cuando acto continuo añaden que pese a ello «tendrán derecho a cualquiera de las prestaciones sociales, asistenciales o de cualquier otra índole», de manera que a la vista de ambas previsiones habría de concluirse -sin recelo alguno- que el Convenio Colectivo no rige para las prestaciones retributivas del indicado colectivo, sino exclusivamente para las sociales y asistenciales.

Pero la cuestión suscitada pierde esa inicial transparencia cuando el punto Quinto del Acuerdo dispone que los Vendedores «tendrán derecho a las prestaciones retributivas, sociales y asistenciales» que en cada momento se establezcan en el Convenio Colectivo, pues con tal afirmación se contradicen -innegablemente- tanto el referido punto Primero del propio Acuerdo como la también indicada DF Segunda del Convenio, que limitaban la aplicación extensiva de las prestaciones del Convenio a las sociales y asistenciales, y con ello se nos genera una perplejidad de la que incluso ha participado la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo, que no alcanzó acuerdo alguno en la cuestión litigiosa, y cuyo criterio -al que atribuir una cierta cualidad de interpretación «auténtica»- hubiera gozado de innegable fuerza convictiva, aunque sin

llegar a disfrutar -pese a todo- de poder vinculante frente a los órganos judiciales o de valor normativo alguno (por todas, SSTS 08/11/06 -rco 135/05 -; 14/02/08 -rco 79/07 -; y 22/04/09 -rco 51/08 -).

3.- Así, pues, conforme a la DF Segunda del Convenio y al punto Primero del Acuerdo colectivo no procedería la reclamación del «bonus» que es objeto de debate, en tanto que los mismos excluyen -para los Vendedores- los conceptos retributivos del Convenio Colectivo y entre los que se encuentra aquel concepto -«bonus»- que consiste en una «retribución anual variable en función de los resultados de la empresa y/o cumplimiento de los objetivos fijados al trabajador o al grupo de trabajadores», de manera que «puede hablarse del mismo como un "salario" o "complemento salarial" propiamente dicho» (así, por ejemplo, SSTS 26/01/06 -rcud 3813/04-; 25/09/08 -rcud 4387/07-; y 30/06/16-rcud 2990/14-). Pero muy diversamente, esa naturaleza retributiva no sería obstáculo para su percepción si atendemos al exclusivo punto Quinto del mismo Acuerdo, en tanto que el «bonus» indudablemente ha de incluirse -por lo dicho- entre las « prestaciones retributivas » que el Convenio contempla y que -por tal punto Quinto- también habrían de ser devengadas por los Vendedores.

4.- Situado en tales términos el conflicto interpretativo, entendemos que la solución no puede hallarse sino en la regla subsidiaria prevista en el art. 1282 CC , precisamente para los supuestos en que existan dudas y las mismas no puedan resolverse por las usuales reglas hermenéuticas [gramatical; lógica; sistemática], cual es la de atender -para juzgar de la intención de los contratantes- «a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato» [sin excluir los anteriores: SSTS 30/03/74 Ar. 1208 ; y 12/11/84 Ar. 5548], conjugándolos con los principios de la buena fe y justicia material [STS 30/01/91 -infracción de ley- Ar. 196]. Y en este aspecto son de destacar dos datos:

a).- La fijación de la retribución -variable y no consolidable- por «bonus» dispuesta en el art. 20 del Convenio Colectivo de la demandada para los años 2015/2016 [Resolución Generalitat de 09/09/15; BOPB 08/10/15], no es sino reproducción literal del mismo precepto del Convenio vigente para los años 2013/2014 [Resolución Generalitat 07/01/14; BOPB 24/03/14], salvo que la actual remisión a los objetivos USG [crecimiento orgánico de facturación] y COM [beneficio de explotación en

facturación], en el anterior Convenio se extendía igualmente al objetivo UVG [crecimiento orgánico de volumen].

b).- En el Convenio Colectivo para los años 2013/2014 no se contempló «incremento consolidable» alguno por logro de objetivos; y cuando en el Convenio 2015/2016 se estableció un «incremento salarial consolidable del 1%» y asimismo un «incremento adicional y también consolidable del 0,25% en el caso de que se cumpla uno de los objetivos: USG o COM», los mismos fueron disfrutados por todos los trabajadores de la empresa, incluidos los Vendedores [quinto de los HDP].

En atención a ello, si en la retribución de los Vendedores la empresa no ha incluido el «bonus», que es concepto retributivo condicionado al logro de objetivo prefijados, de importe variable y no consolidable, en tanto que ha satisfecho los incrementos porcentuales «consolidables» previstos en el Convenio de 2015/2016, no parece sino que con ello hace literal aplicación del punto Cuarto del Acuerdo de 13/12/13 [«Los trabajadores ... verán incrementadas sus retribuciones, cuando menos, en los mismos términos que se contemple, en cada momento, en el Convenio... »], y la circunstancia de que hasta ese momento hubiese sido pacífica la exclusión del «bonus» induce a pensar -con la muy relativa seguridad atribuible a este tipo de suposiciones- que la intención de las partes se halla precisamente plasmada en la literalidad de las ya referidas DF Segunda Convenio y cláusulas primera y cuarta del Acuerdo, y que la referencia que la cláusula quinta hace a «prestaciones retributivas» alude -precisamente- a los «incrementos» retributivos de que trata la precedente cláusula cuarta y no a los diversos conceptos retributivos establecidos en Convenio y que -por aplicación de los restantes preceptos y cláusulas- se excluían en la retribución de los Vendedores.

5.- Así entendido el bloque normativo regulador del tema que se debate, el último punto a destacar es que el «bonus» que establece el Convenio 2015/2016 no es - como acertadamente señala la sentencia recurrida- un «incremento» retributivo propiamente dicho, sino que se trata de un concepto salarial que se viene reiterando en los sucesivos Convenios [«...durante el período de vigencia del convenio, se mantiene el bono variable , vinculado a la consecución/superación de los objetivos de negocio...»]. Cualidad y naturaleza que no puede ser desvirtuada por el hecho de que el mismo se regule, no en la Tabla Salarial, sino en el art. 20 bajo el epígrafe «incremento de las

retribuciones» y junto a - precisamente- «incrementos» salariales propiamente dichos, pues ya hemos destacado que tal naturaleza solamente cabe atribuirla a conceptos de percepción generalizada y de carácter consolidable, no a los condicionados, variables y no consolidables. Aparte de que la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad de su contenido y la misma debe prevalecer sobre el nomen iuris que errónea o interesadamente puedan darle las partes, y con mayor motivo frente a presunciones derivadas de su ubicación sistemática [para pluses -como ejemplos relativamente recientes- SSTS 19/12/12 -rcud 1033/12-; 11/02/13 -rcud 898/12-; 17/01/13-rcud 1065/12 ; y 22/10/13 -rcud 308/13-).

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a confirmar la sentencia recurrida, tal como sostiene el Ministerio Fiscal, porque -entendemos- la solución ofrecida en instancia tiene la racionalidad derivable de los argumentos que acabamos de exponer, siquiera hayamos de reconocer también que la pretensión del Sindicato accionante -y del voto particular que la apoya- no deja de responder a sugerentes planteamientos que igualmente son atendibles, aunque -entendemos- de inferior poder de convicción. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO:

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

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de la la «FEDERACIÓN AGROALIMENTARIA DE COMISIONES OBRERAS». 2º.- Confirmar la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 08/Junio/2016 [autos 103/2006], desestimando el Conflicto Colectivo interpuesto por el citado Sindicato y absolviendo a la empresa «UNILEVER ESPAÑA SA». 3º.- Acordar la no imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

**19-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE ABRIL DE
2017**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El día 14 de enero de 2016 se presentó demanda conjunta por MCA-UGT y CCOO-SERVICIOS, en materia de impugnación, por ilegalidad, del convenio colectivo de la empresa Lloyd Outsourcing, S.L., de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaban suplicando se dictara sentencia por la que: «debe declararse la nulidad íntegra del convenio colectivo impugnado, así como de la modificación del mismo, y con las consecuencias inherentes a dicha declaración».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebraron los actos de conciliación y juicio, en el que la parte demandante se afirmó y ratificó en su demanda; la demandada Lloyd Outsourcing, S.L. se opuso a la misma y excepcionó falta de legitimación de UGT; los componentes de la Comisión Negociadora del convenio colectivo también se opusieron a la demanda y se adhirieron a la tesis empresarial; UGT se opuso a la excepción propuesta; el Ministerio Fiscal interesó la estimación de la demanda y se opuso a la excepción propuesta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes y, tras formular las partes sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- Con fecha 10 de marzo de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: «En la demanda de impugnación de convenio, promovida por UGT y CCOO, desestimamos la falta de acción de UGT. - Estimamos la demanda de impugnación de convenio, por lo que anulamos el convenio de la empresa LLOYD OUTSOURCING, SL, publicado en el BOE de 9-07-2012, así como su acuerdo modificativo, publicado en el BOE de 13-02-2015, condenando, en consecuencia a la empresa LLOYD OUTSOURCING, SL y a DOÑA Filomena, DON Íñigo, DON Patricio, DOÑA Sacramento, DON José Daniel,

DOÑA Asunción, DOÑA Felicísima, DOÑA Otilia y DOÑA María Purificación, a estar y pasar por dicha nulidad a todos los efectos legales oportunos».

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

«1º.- UGT y CCOO ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal.

2º.- El 19-04-2012 se reúnen doña Filomena, representante de LLOYD OUTSOURCING, SL y don Patricio, en representación de la parte social y constituyen la comisión negociadora del convenio de la empresa mencionada. - El mismo día, aunque se fechó el 19-04-2011, ambas partes concluyen con acuerdo el convenio colectivo de empresa, aunque en la hoja estadística remitida por la empresa se hizo constar que empleaba a 21 trabajadores en Baleares; 33 en Barcelona y 62 en Madrid.

3º.- El 9-07-2012 se publica en el BOE el convenio de la empresa referida, en el que se hace constar que se negoció por un delegado de personal, aunque no se precisa de qué centro de trabajo de la empresa.

4º.- En los centros de Madrid, Barcelona y Baleares no se habían celebrado elecciones sindicales en el momento de la firma del convenio.

5º.- La empresa demandada fue adquirida por ISS GESTIONES HOTELERAS, SL desde el 9-12-2013.

6º.- El 13-06-2013 se celebraron elecciones sindicales en el centro de Madrid, donde fue elegida doña Otilia, quien se presentó como independiente, manteniendo su condición tras la fusión de la empresa demandada. - El 22-10-2014 se celebraron elecciones en el centro de Hospitalet, eligiéndose a doña Sacramento; don José Daniel y doña Asunción, quienes se presentaron en la candidatura de CSIF. - El 27-10-2014 se celebraron elecciones en el centro de Baleares, donde fue elegida doña Felicísima en la candidatura de SITEMAYA. - El 24-07-2014 se celebraron elecciones en el centro de Sevilla, donde resultó elegida doña María Purificación de la candidatura de CSIF.

7º.- La empresa demandada tiene también centros de trabajo en Burgos y Málaga.

8º.- El 19-04-2012 se suscribió un convenio colectivo, denominado "CONVENIO INTERPROVINCIAL LLOYD OUTSOURCING, SL", que obra en autos y se tiene por reproducido, cuyas firmas son ininteligibles. El 25-11-2014 se reunió la comisión negociadora del convenio de la empresa demandada, compuesta por los representantes unitarios citados más arriba, levantándose acta que se tiene por reproducida, en la que decidieron modificar los artículos 9, 18 y 33 de autos y ratificaron los restantes artículos.

9º.- El 9-12-2014 la DGE dictó resolución, en la que requirió a los negociadores para que acreditaran las legitimaciones exigidas legalmente, emitiéndose posteriormente otra resolución de 14-01-2015. - Los negociadores del convenio emitieron escrito de alegaciones, que se tiene por reproducido y el 3- 02-2015 la DGE dictó resolución mediante la cual ordenó la inscripción, depósito y publicación de la modificación del convenio, que se publicó en el BOE de 13-02- 2015, en el que luce que la representación social está compuesta por delegados de personal sin determinar en qué centros fueron elegidos.

10º.- El 12-01-2015 la FEDERACIÓN DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES interpuso demanda ante esta Sala de impugnación del convenio de la empresa demandada, publicado en el BOE de 9-07-2012, sin impugnar la modificación referida anteriormente, que se registró con el número 6/2016. - El 4-03-2015 don Genaro envió correo electrónico a la empresa demandada en la que manifestaba la intención de la asesoría jurídica de SMC-UGT de no impugnar el convenio. - El 4-03-2015 la Federación reiterada presentó escrito mediante el que desistió de su demanda y el 6-03-2015 se dictó Decreto por el que se tuvo por desistida a la Federación antes dicha de su demanda. Se han cumplido las previsiones legales».

QUINTO.- En el recurso de casación formalizado por la representación de Lloyd Outsourcing, S.L. se consignan los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 207 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para examinar la infracción de normas sustantivas o de

jurisprudencia aplicadas en la sentencia recurrida para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto el artículo 87.1 LET en relación con el artículo 90.5 LET.

Segundo.- Al amparo del artículo 207 e) de la LRJS, para examinar la infracción de normas sustantivas o de jurisprudencia aplicadas en la sentencia recurrida para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto los artículos 61, 63, 64 y 87.1 LET en relación con los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil.

El recurso fue impugnado por MCA-UGT y CCOO-SERVICIOS.

SEXTO.-Recibido el expediente judicial electrónico de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la improcedencia del presente recurso.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Los sindicatos Federación de Servicios de CCOO (CCOO-Servicios) y Metal, Construcción y Afines de la Unión General de Trabajadores (MCA-UGT) formulan demanda de impugnación, por ilegalidad, del convenio colectivo de la empresa Lloyd Outsourcing, SL publicado en el BOE de 9 de julio de 2012, así como de su modificación publicada en el BOE de 13 de febrero de 2015.

Solicitan que se declare su íntegra nulidad por cuanto dispone que su ámbito territorial afectará a todos los centros de trabajo, actuales y futuros, de la empresa en todo el territorio nacional, pero sin embargo fueron pactados por una comisión negociadora en la que los integrantes del banco social no ostentaban la representación de todos los centros de trabajo de la empresa y carecían en consecuencia de legitimidad para negociar un convenio colectivo de ámbito nacional, vulnerando de esta forma el principio de correspondencia.

La pretensión es íntegramente estimada en la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2016, autos 7/2016, que declara la nulidad de dicho convenio colectivo y posterior acuerdo modificativo, desestimando igualmente la pretensión

subsidiaria de la empresa en la que solicita que se mantuviere, al menos, la validez de lo firmado como convenio de los centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Sevilla y Baleares.

2.- Contra dicha sentencia se formula por la empresa el recurso de casación, que se articula en dos diferentes motivos al amparo de la letra e) del art. 207 LRJS .

En el primero de ellos denuncia infracción de los arts. 87.1 y 90.5 ET, para sostener que deben mantenerse la validez del convenio colectivo, por cuanto la parte social firmante estaba integrada por los representantes legales de todos los centros de trabajo existentes en ese momento en la empresa, Baleares, Barcelona, Madrid y Sevilla, que en todo los casos, excepto Madrid, se habían presentado a las elecciones sindicales en candidaturas presentadas por sindicatos, lo que permite entender que la comisión negociadora estaba debidamente constituida para la firma de un convenio de ámbito nacional.

En motivo segundo denuncia infracción de los arts. 61, 63, 64 y 87.1 ET, en relación con los arts. 1281 y 1282 del Código Civil y solicita, subsidiariamente, que se admita la validez del convenio colectivo para los centros de trabajo cuyos representantes legales formaban parte de la comisión negociadora y se reconduzca a estos ámbitos la eficacia del acuerdo suscrito.

3.- El Ministerio Fiscal en su informe interesa la íntegra desestimación del recurso, porque el convenio colectivo y su posterior modificación fueron firmados por representantes unitarios de los trabajadores que no ostentaban la representación de todos los centros de trabajo a los que se extiende su ámbito nacional, y no cabe reconducir a unos determinados centros de trabajo la validez y eficacia de un convenio que fue suscrito con un ámbito de afectación nacional por quien no estaba legitimado para ello, siendo insubsanable dicho requisito.

Los sindicatos demandantes en su impugnación plantean como cuestión previa la inadmisión del escrito de formalización recurso por incumplimiento de las exigencias legales, y en todo caso su desestimación por las mismas razones que se exponen en la sentencia.

SEGUNDO.1.- Antes de entrar a conocer del fondo del asunto, deberemos resolver la cuestión previa relativa a la inadmisibilidad del recurso por motivos formales que suscitan los sindicatos demandantes en su impugnación.

Señalan que el escrito de formalización no se atiene a las exigencias legales que imponen los arts. 205, 206, 207 y 210.2 LRJS, por cuanto, si bien identifica en cada uno de sus dos motivos los concretos preceptos legales que considerada infringidos, no desarrolla posteriormente los razonamientos adecuados en los que exprese en qué sentido se haya producido tal vulneración.

2.- Conforme dispone el primero de tales preceptos, el recurso de casación cabe en los "supuestos y por los motivos establecidos en esta Ley", lo que ciertamente impide que pueda plantearse en casos distintos y con base a motivos diferentes a los previstos legalmente.

Los supuestos en los que procede la casación vienen regulados en el art. 206, y los motivos aparecen descritos en el art. 207.

Como bien dicen los impugnantes, las exigencias formales adquieren una especial relevancia en el extraordinario recurso de casación, lo que obliga a los recurrentes a atenerse escrupulosamente a los específicos motivos que admite, y ajustar de manera rigurosa el escrito de formalización a las prevenciones que impone el art. 210.2 LRJS, resumidamente : la expresión con claridad de cada uno de sus motivos, razonar su fundamentación e identificar el concreto contenido de la infracción denunciada, con mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas y de la doctrina jurisprudencial invocada. Además de cumplir con los singulares requisitos que ese mismo precepto legal establece para cuando se solicita la modificación de los hechos probados o se denuncia infracción de las garantías procesales.

De omitir de modo manifiesto el cumplimiento de estos requisitos, el art. 210.3 LRJS, obliga a la Sala a inadmitirlo mediante auto poniendo fin al trámite del recurso.

3.- La numerosa y uniforme doctrina de la Sala en esta materia y en la parte relevante en este caso, se encuentra perfectamente resumida en la STS 22/11/2016, rec.33/2016, "la denuncia de la infracción legal en el recurso de casación que requiere la norma procesal laboral (STS, de Pleno, de 23-9-2014, R. 4421/14), exige que se funde

la infracción legal que se alega lo que no se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideran aplicables, teniendo en cuenta que están en juego las diversas posibles interpretaciones legales en relación con las normas cuya infracción se denuncia, lo que impone ineludiblemente que se razone de manera expresa, directa y clara sobre esas pretendidas infracciones que nacen de la interpretación de la que dice discrepar, (por todas, SSTs 25-4-2002, R. 2500/01, 13-7-2007, R. 1482/05, 22-10-2008, R. 4312/06, 11-11-2010, R. 79/10, 16-3-2013, R. 73/12, 26-6-2013, R. 165/11, y 23-9-2014, R. 66/14)."

En la STS 5/10/2016, rec. 79/2016, citando la del Pleno de la Sala de 31 de marzo de 2016 (rec. 272/2015), recordamos que " por más que los Tribunales vengan obligados a no aplicar rigurosamente y de manera formalista las exigencias legales, no debe olvidarse que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen una función de garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos de la contraparte, debiendo tenerse en cuenta esa consideración al analizar la concurrencia de los requisitos formales de un recurso de casación".

Tras lo que reiteramos "la necesidad de que el escrito que formaliza la casación cumpla con las exigencias procesales de modo razonable, la necesidad de que se cumpla con las exigencias legales" "Y es que, si así no hubiera de hacerse, se produciría un doble resultado pernicioso para los principios que deben regir el proceso y para la finalidad que éste está llamado a cumplir. Por un lado, se estaría pretendiendo que fuera el propio Tribunal quien tuviera que construir y fundamentar el recurso, con la consiguiente pérdida de la obligada neutralidad de aquél: la construcción y argumentación del recurso únicamente a la parte recurrente incumbe; y por otro, la decisión del recurso que hubiera de adoptar el órgano jurisdiccional en estas condiciones, necesariamente habría causado indefensión a la parte recurrida, porque le habría impedido conocer con la debida claridad y precisión el sentido y alcance de la tesis de su contrincante, de suerte que no hubiera podido rebatirla con la necesaria seguridad y eficacia".

Para acabar significando que " Se trata, en definitiva, de que el escrito de recurso contenga una exposición suficiente, no solo de la norma infringida, sino también de los motivos y razonamientos jurídicos en los que se fundamenta la alegada infracción, de tal

forma que la Sala no se vea en la necesidad de construir de oficio los argumentos que puedan conducir a su estimación, lo que sería tanto como asumir funciones de parte para suplir la inactividad de la recurrente".

4.- La aplicación de estos mismos criterios al caso de autos ha de llevarnos a rechazar el alegato de los impugnantes, desde el momento en que la imparcial y objetiva lectura del escrito de formalización del recurso permite constatar que en cada uno de los dos motivos se incluye una suficiente exposición de los argumentos jurídicos por los que la recurrente considera que resultan infringidos los preceptos legales invocados.

En el primero destaca el aval que ha dado la autoridad laboral a la hora de registrar y publicar el convenio colectivo, tras cuestionar en un primer momento la legitimación de la comisión negociadora, tras lo que insiste en la capacidad negociadora de los representantes unitarios que la integraron en razón de pertenecer a los únicos centros de trabajo de la empresa entonces existentes, porque entender lo contrario supondría, a su juicio, transformar en ilusorio el derecho a la negociación colectiva del art. 87.1 ET, lo que limitaría el derecho de los representantes legales de los trabajadores a suscribir convenios colectivos que rijan sus relaciones laborales.

En el motivo segundo postula que la aplicación de lo dispuesto en los arts. 1281 y 1282 CC, en relación con los artículos del ET que se invocan, permite reconducir el acuerdo suscrito al ámbito de los centros de trabajo representados en la comisión negociadora.

Siendo ciertamente escueta la explicación en uno y otro caso, no lo es menos que no se limita simplemente a identificar los preceptos legales cuya infracción denuncia, sino que cumple de manera suficiente la exigencia de exponer las razones por las que considera que es contraria a derecho la interpretación y aplicación que de los mismos se hace en la sentencia recurrida.

Tendrá o no razón la recurrente en cuanto al fondo del asunto, pero no puede negarse que los términos en los que ha planteado el escrito satisfacen de manera suficiente las exigencias formales del art. 210. 2 LRJS, conforme a los flexibles y antiformalistas parámetros con los que esta Sala viene exigiendo el cumplimiento de tales requisitos, en aras a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y minimizar

los supuestos en los que haya de inadmitirse o desestimarse el recurso por motivos puramente formales.

Lo que sin duda debe de tener el límite en la contrapuesta vulneración de ese mismo derecho de la parte recurrida a la que podría causarse indefensión, si las deficiencias del escrito de recurso lleguen hasta el punto de obligar a la Sala a construir de oficio su inexistente argumentación, que no es el caso de autos.

Despejada esa cuestión previa, pasamos a resolver el recurso.

TERCERO.1.- Ya hemos avanzado que el primero de sus motivos denuncia infracción de los arts. 87.1 y 90. 5 ET, para sostener que la comisión negociadora se encontraba correctamente constituida y conformada para poder negociar un convenio colectivo de empresa de ámbito nacional, al estar integrada en el banco social por los representantes unitarios de los cuatro centros de trabajo existentes en aquellos momentos.

Los hechos indiscutidos y relevantes para resolver esta cuestión, son como siguen: 1º) el 19-04-2012 se reúnen la representante de la empresa con uno de sus trabajadores en representación de la parte social, y constituyen la comisión negociadora del convenio colectivo; 2º) ambas partes concluyen con acuerdo el convenio colectivo de empresa, aunque en la hoja estadística remitida por la misma se hizo constar que empleaba a 21 trabajadores en Baleares; 33 en Barcelona y 62 en Madrid; 3º) el 9-07-2012 se publica en el BOE el convenio colectivo de empresa, en el que se hace constar que se negoció por un delegado de personal -aunque no se precisa de qué centro de trabajo-, y en el que se establece como ámbito de afectación la totalidad de los centros de trabajo, "actuales y futuros" del territorio nacional; 4º) en los centros de Madrid, Barcelona y Baleares no se habían celebrado elecciones sindicales en el momento de la firma del convenio; 5º) con posterioridad y en distintas fechas de los años 2013 y 2014, se celebran elecciones en los centros de Madrid, Barcelona, Baleares y Sevilla, resultando elegida en el primero de ellos una trabajadora que se presentaba como independiente, y en los tres restantes, trabajadores que se presentaron en la candidatura de un sindicato; 6º) el 25-11-2014 se reunió la comisión negociadora del convenio de la empresa demandada, compuesta por los representantes unitarios así elegidos,

alcanzando un acuerdo para la modificación de los artículos 9, 18 y 33 del convenio colectivo y ratificar el resto de sus artículos; 7º) el 9-12-2014 la DGE dicta una resolución en la que requiere a los negociadores para que acreditaran las legitimaciones exigidas legalmente, y el 3-02-2015 la resolución mediante la que ordenó la inscripción, depósito y publicación de la modificación del convenio, que se publicó en el BOE de 13-02-2015, en el que consta que la representación social está compuesta por delegados de personal sin determinar en qué centros fueron elegidos; 8º) la empresa tiene también centros de trabajo en Burgos y Málaga.

2.- A la vista de estos incontrovertidos datos no queda el menor margen de incertidumbre sobre la flagrante nulidad del convenio colectivo así firmado, que no ha respetado el innegociable principio de correspondencia que rige en materia de negociación colectiva y que impide la posibilidad de que los representantes unitarios de un determinado centro de trabajo de una empresa puedan pactar convenios colectivos cuyo ámbito de afectación se extienda a otros centros de trabajo diferentes.

Como reitera la STS 11/01/2017, rec. 24/2016, "El principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo, -- y en su aplicación concreta a los comités de empresa y delegados de personal de la empresa --, exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de los trabajadores en el ámbito del convenio de empresa ha de corresponderse estrictamente con el de afectación del convenio colectivo y que no afecta a la legitimación - que es una cuestión de orden público - el hecho de que los restantes centros de trabajo de la empresa no tengan representación unitaria, pues la elección de los órganos de representación unitaria de los centros de trabajo compete a los trabajadores de dichos centros y la inexistencia de los mismos no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo. Este principio ha sido aplicado a la negociación colectiva en las SSTS de 20 de junio de 2006, rec. 189/2004 ; de 3 de diciembre de 2009, rec. 84/2008 ; de 1 de marzo de 2010, rec. 27/2009 ; de 29 de noviembre de 2010, rec. 244/2009 ; de 24 de junio de 2014, rec. 225/2013 ; de 25 de noviembre de 2014, rec. 63/2014 ; de 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014 y de 15 de junio de 2015, rec. 214/2014 ".

"Se hace evidente aquí que el comité de empresa de los centros de trabajo que eligieron a la comisión negociadora no podían tener atribuida la representación de los

trabajadores de otros centros de trabajo distintos y que, por tanto, carecían de legitimación para negociar un convenio colectivo que pudiera extender su ámbito de aplicación fuera del límite geográfico que se correspondía con su propia representatividad. Es cierto que en el momento de la publicación del convenio no consta que existieran en los otros centros de trabajo representación legal de los trabajadores y que, en consecuencia, la empresa solo podía negociar con la representación de los centros que si los tenían, salvo que hubiese negociado con las secciones sindicales de empresa si las hubiere; pero ello no impide declarar que el establecimiento en el convenio de un ámbito geográfico estatal, excede de las posibilidades de disposición de la comisión negociadora, tal y como ésta había quedado integrada".

Sin que la circunstancia de que no existan en ese momento otros centros de trabajo impida declarar que el convenio colectivo en que se dispone un ámbito geográfico estatal excede de las posibilidades de disposición de la comisión negociadora tal y como había quedado configurada, por producirse una falta de correspondencia entre el ámbito de representación del banco social y el ámbito de eficacia del convenio. La ruptura de aquella correspondencia pone impediría " la participación de los ulteriores trabajadores incorporados a la empresa en centros de trabajo distintos. De ahí que no cabía a las partes negociadoras incluir una regla de imposición futura de un convenio en cuya negociación no pudieron haber intervenido dichos trabajadores" (STS 10/06/2015, rcud. 175/2014).

Finalmente, como destaca en este punto la STS 25-1-2017, rec. 40/2016, " el hecho de que los restantes centros de trabajo de la empresa no tengan representación unitaria, no altera esta conclusión porque "la elección de los órganos de representación unitaria de los centros de trabajo compete a los trabajadores de dichos centros y la inexistencia de los mismos no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo".

3.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto examinado conduce a la desestimación del motivo, tal como informa el Ministerio Fiscal.

En primer lugar porque el convenio colectivo de afectación a la totalidad del ámbito de la empresa publicado en el BOE de 9/7/2012 se firmó por quien afirma ser delegado de

personal, cuando en aquel momento no se habían celebrado elecciones en la empresa y ni tan siquiera consta que dicha persona pudiese ostentar tal condición. Aunque lo hubiere sido, únicamente podría representar a un solo centro de trabajo de los varios que ya tenía entonces la empresa en Baleares, Barcelona y Madrid, y carecería en consecuencia de representatividad para negociar un Convenio Colectivo de aplicación en todos los centros de la empresa en su ámbito nacional.

Asimismo, porque el posterior acuerdo publicado en el BOE de 13/2/2015 de modificación y ratificación del convenio colectivo, fue suscrito por la representación unitaria de cuatro específicos centros de trabajo que no tienen por ello capacidad para negociar un convenio colectivo de ámbito nacional.

CUARTO. 1.- Igual resultado desestimatorio merece la pretensión subsidiaria que ejercita la empresa en el segundo motivo del recurso, en el que interesa que se reconduzca el ámbito del convenio colectivo y se admita su eficacia como convenio colectivo de cada uno de los cuatro centros de trabajo cuyos representantes unitarios conformaron la comisión negociadora, Barcelona, Madrid, Sevilla y Baleares.

Plantea de esta forma la cuestión de si es factible reconocer la validez como convenio colectivo de centro de trabajo al que ha sido firmado por la comisión como convenio nacional de empresa, una vez establecida su ilegalidad en ese ámbito territorial por haberse infringido el principio de correspondencia, y mantener su eficacia como convenio colectivo de los específicos centros de trabajo cuyos representantes unitarios hubieren formado parte de aquella comisión.

2.- Ha tenido ya esta Sala ocasión de pronunciarse al respecto, en el sentido de entender que tan esenciales vicios en la configuración de la comisión negociadora resultan de todo insubsanables, ni siquiera reduciendo su ámbito a los centros de trabajo correspondientes a la representación unitaria que formó parte de la misma, " al no ser tal la voluntad de las partes ni la finalidad con la que se constituyó" (SSTS de 07/03/2012, rec.37/2011; y 9/06/2015, rec.194/2014).

Y no siendo la intención de las partes, ni siquiera subsidiariamente, la de atribuir eficacia en cualquier otro ámbito al convenio colectivo que se había pactado como de ámbito nacional, no puede la empresa instar unilateralmente el reconocimiento de tal

nueva condición, lo que supondría alterar en lo sustancial y a petición de una solo de los firmantes la naturaleza del negocio jurídico que fue fruto de la concordante voluntad de ambas en razón de una específica finalidad que no tuvo en cuenta las particulares condiciones de uno u otro centro de trabajo. Sin perjuicio, claro está, de los posteriores acuerdos en tal sentido que pudieren alcanzarse en un ulterior proceso de negociación entre la empresa y la representación de los trabajadores que respete el insoslayable principio de correspondencia.

A lo que debe añadirse, que lo negociado y finalmente pactado bajo la forma de un convenio colectivo de empresa comporta que las partes han actuado en consideración a los presupuestos legales ineludiblemente asociados a ese concreto ámbito de afectación, con los especiales efectos jurídicos que la normativa legal atribuye a tan singular clase de convenio en el art. 82.4 ET, significadamente, su indisponible prioridad aplicativa en determinadas materias respecto a lo de ámbito sectorial estatal, lo que no admite parangón con la muy distinta naturaleza jurídica de un convenio de centro de trabajo.

Es por todo ello que no cabe entender subsanado tan esencial vicio de origen que supone la vulneración del principio de correspondencia, para reconducir al ámbito de un determinado centro de trabajo lo que había sido pactado como convenio colectivo de empresa, con base únicamente a la petición unilateral de una sola de las partes.

QUINTO. Procede en consecuencia, de acuerdo con Ministerio Fiscal, la íntegra desestimación del recurso. Sin costas, ex art. 235.2 LRJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por Lloyd Outsourcing, S.L., contra la sentencia dictada el 10 de marzo de 2016 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en demanda 7/2016, sobre impugnación de convenio colectivo, seguido a instancia de los sindicatos, Metal Construcción y Afines de la Unión General de Trabajadores, Federación de Industria (MCA-UGT) y de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO-SERVICIOS), contra la empresa recurrente y D. Patricio, D.^a Sacramento, D. José Daniel, D.^a Asunción, D.^a

Felicísima, D.^a Otilia y D.^a María Purificación, siendo parte el Ministerio Fiscal. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

20-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 25 de marzo de 2015, el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, desestimando la excepción de cosa juzgada y entrando en el examen del fondo del asunto, debo estimar y estimo la demanda interpuesta por D^a María Juana contra la mercantil VEXTER OUTSOURCING, S.A., y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, condenando a la mercantil demandada a pagar a la actora la cantidad de 3.987,20 euros (TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS), más el interés de mora procesal; absolviendo al Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de sus responsabilidades legales.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1.- La actora, D^a María Juana , ha prestado servicios por cuenta y dependencia de la empresa VEXTER OUTSOURCING, con antigüedad de 306-2.001, categoría profesional de promotora, y un salario bruto mensual de 1.229,16 euros, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias, en virtud de contrato de trabajo por obra o servicio determinado, parta la "PROMOCIÓN Y ANIMACIÓN A LA VENTA DE PRODUCTOS Y SERVICIOS AMENA EN HIPERMERCADOS, ESPACIOS DE OCIO Y GRANDES SUPERFICIES COMERCIALES DE LA ZONA DE LA PROVINCIA DE BARCELONA, EN VIRTUD DE CONTRATO DE

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS SUSCRITOS ENTRE RETEVISIÓN MÓVILES, S.A. Y VEXTER OUTSOURCING, S.A."

2.- En fecha 12-3-2.013 a la actora le fue comunicada la extinción de su contrato de trabajo con efectos de 31-3-2.013, e impugnada como despido dicha decisión extintiva, en demanda que correspondió al Juzgado de lo Social N° 12 de esta ciudad (Autos 508/2013), se dictó sentencia en fecha 19-12-2.013 en la que se desestimó la demanda al entender que no existió despido sino finalización del contrato al amparo del artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores , en el Fundamento Jurídico Tercero se determinó que a juicio de la Juzgadora el Convenio Colectivo aplicable era el del Convenio Colectivo del Metal; dicha sentencia fue confirmada por la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 18-7-2.014 .

3.- En el contrato de trabajo suscrito por las partes se indica como convenio colectivo aplicable el de Convenio Colectivo Interprovincial para el sector de promoción, degustación, merchandising y distribuciones de muestras.

4.- La actora ha prestado servicios consistentes en la promoción y venta de servicios de telefonía móvil y fija, ADSL, así como sus aparatos y accesorios, de Amena, (posteriormente Orange), inicialmente en el stand del supermercado Carrefour de Manresa, y a partir del año 2.007 en el stand de Carrefour en Terrassa.

5.- En el Convenio Colectivo del comercio del Metal el salario fijado para la categoría profesional de Dependiente Mayor para el año 2.012 es de 1.548,64 euros brutos mensuales, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias, y para el año 2.013 es de 1.554,02 euros brutos mensuales, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias.

6.- Si se entiende aplicable el Convenio Colectivo del Comercio del Metal existen las siguientes diferencias salariales a favor de la actora:

-Mayo 2.012: 368,54 euros.

-Junio 2.012: 467,46 euros.

-Julio 2.012: 372,57 euros.

-Agosto 2.012: 372,57 euros.

-Septiembre 2.012: 411,89 euros.

-Octubre 2.012: 437,47 euros.

-Noviembre 2.012: 317,21 euros.

-Diciembre 2.012: 317,21 euros.

-Enero 2.013: 317,21 euros.

-Febrero 2.013: 359,72 euros.

-Marzo 2.013: 245,35 euros.

7.- El Convenio Colectivo de trabajo del sector del comercio del metal de la provincia de Barcelona, establece en su artículo 1 el ámbito funcional, en los siguientes términos:

"1.1 El presente convenio obliga a todas las empresas cuya actividad exclusiva o principal, desarrollada profesionalmente y con establecimiento mercantil abierto, consista en la venta, comercialización y/o distribución -bien sea al detalle o al por mayor- de toda clase de productos que contengan total o parcialmente materiales metálicos, o realicen actividades similares y/o afines a las incluidos en este apartado-;

Quedan, no obstante, exceptuadas del mismo:

a) Las que en la fecha de la publicación de este convenio contase con un convenio de empresa vigente, salvo que las partes del mismo decida adherirse a éste.

b) Las que desempeñen actividades mixtas y estén incluidas en el ámbito funcional de otro convenio colectivo distinto al de comercio del metal.

1.2 Las empresas de nueva creación, que por razón territorial o funcional hayan de quedar comprendidas, en este convenio, se regirán en sus actividades por el mismo a partir de la fecha de su creación".

8.- El Convenio Colectivo para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición (Merchandising), (BOE 27-1-2.009), establece el ámbito funcional en su artículo, en los siguientes términos:

"El presente Convenio Colectivo establece las normas básicas y regula las condiciones mínimas de trabajo entre las empresas dedicadas a servicios de reposición de productos en Grandes Superficies, a título enunciativo y no limitativo, cadenas de distribución, hipermercados, supermercados y tiendas de conveniencia y sus trabajadores, entendiéndose incluidas expresamente, a efectos enunciativos las actividades de gestión, administración y planificación de las actividades de manipulación de las actividades de manipulación y ubicación de mercancías en las estanterías, balizaje control de caducidad e inventario de los productos, y verificación de la correcta exposición de la mercancía en el lineal. De esta forma la regulación contenida en el presente Convenio Colectivo, excluye expresamente lo pactado en cualquier otro que pueda incluir en su ámbito de aplicación alguna de las actividades incluidas en éste. Este convenio colectivo vincula a todas las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito, no pudiendo ser dejado sin efecto por acuerdos inferiores, contratos individuales u otros Convenios Colectivos o acuerdos de empresa, con excepción de la posibilidad de aplicación de la cláusula de descuelgue."

9.- El Convenio Colectivo para Empresas de promoción, degustación, merchandising y distribución de muestras de 4-5-1.988, establece el ámbito funcional en su artículo 1: "El presente Convenio Colectivo establece las bases para las relaciones laborales entre todas las Empresas de Promoción, Degustación, Animación de ventas y Repartos de propaganda y muestras, y los trabajadores del sector."

10.- Presentada Papeleta de Conciliación ante el Departament d'Empresa i Ocupació en fecha 22-5-2.013, el acto se celebró el 10-6-2.013, resultando sin avenencia.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Vexter Outsourcing SA. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 23 de febrero de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa VEXTER OUTSOURCING contra la sentencia de 25 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona , en sus autos de reclamación de cantidad nº 670/2013, y en su consecuencia confirmamos en todas sus partes dicha resolución, con imposición de costas a la parte recurrente, que

abonará a la Graduado Social de la actora la suma de 400 euros en conceptos de honorarios de impugnación del recurso. Con pérdida de la consignación y el depósito constituidos para recurrir.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la representación letrada de la entidad Vexter Outsourcing S.A. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de fecha 8 de enero de 2015 (rec. suplicación 5143/14).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado. Se señaló para la votación y fallo el día 5 de abril de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Pretensión y sentencia recurrida.-

Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de abril de 2015 , en la que se confirma la sentencia recurrida que con estimación de la demanda condenó a la demandada Vexter Outsourcing SA (VEXTER) a abonar a la demandante la cantidad de 3.987, 20 euros.

La demandante ha venido prestando servicios para la empresa VEXTER desde el 30-06-2001 con la categoría profesional de promotora en virtud de contrato por obra o servicio en cuya cláusula adicional 1 se señala como causa de extinción la resolución del contrato de arrendamiento de servicios existente entre Retevisión Móviles SA y Vexter. El 12-03-2013 Vexter comunica a la demandante la finalización total del servicio contratado, abonándose la indemnización correspondiente por fin de contrato. La empresa Vexter aplica y retribuye conforme al convenio colectivo interprovincial para el sector de Promoción, Degustación, Merchandising y Distribución de muestras.

Ante la Sala de suplicación y en lo que a la cuestión casacional interesa, Vexter señaló que no resulta de aplicación al caso el Convenio Colectivo Provincial del Comercio del Metal, y sí el convenio colectivo interprovincial para el sector de Promoción, Degustación, Merchandising y Distribución de muestras, para que se deje sin efecto la diferencia en el montante de la indemnización, cuestión a la que se da una respuesta negativa. Razona al respecto que la demandante no se limitaba a la realización de la promoción o exposición de muestras a clientes, sino que también realizaba la venta, a lo que se anuda que la actividad de la empresa es la de promoción y venta de líneas de telefonía móvil.

SEGUNDO.- Recurso de casación para la unificación de doctrina.-

1.- Disconforme la demandada con la solución de la sentencia de suplicación, se alza ahora en casación para la unificación de doctrina, fijando el núcleo de la contradicción en la determinación de cual sea el convenio colectivo de aplicación a las trabajadoras de Vexter Outsourcing SA en el ámbito del contrato de prestación de servicio para France Telecom a través de contratos de obra o servicio determinado supeditado al contrato mercantil con France Telecom: a) el convenio colectivo para empresas de promoción, degustación, merchandising y distribución de muestras, o el convenio colectivo provincial del comercio del metal, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala del TSJ de Cataluña de 8 de enero de 2015 (rec. 4143/2014).

2.- La sentencia de contraste aborda un supuesto que guarda notables identidades con el que ahora nos ocupa, y en el que, en el marco de una contrata, las trabajadoras demandantes suscriben diversos contratos de carácter temporal con Vexter, cuyo objeto era "la promoción y animación y venta de productos y servicios de AMENA con hipermercados, espacios de ocio, y grandes superficies comerciales de la zona de la provincia de Barcelona en virtud de contrato de arrendamiento de servicios de RETEVISIÓN MÓVIL SA y VEXTER O. SA". Ante la Sala de suplicación se debatió asimismo sobre el convenio que resultaba aplicable a los efectos de determinar el salario regulador de la indemnización por despido, optando la sentencia, en contra del criterio de instancia, por aplicación del Convenio Colectivo Interprovincial para el sector de Promoción, Degustación, Merchandising y Distribución de muestras. Se funda esta

decisión en el hecho de que ya de estarse a la actividad principal de la empresa, y no al objeto establecido en sus estatutos. Así las cosas, la actividad exclusiva o principal del contrato suscrito entre France Telecom España SA y VEXTER, no era la venta, comercialización y/o distribución sino la promoción y animación a la venta y de hecho las actoras no vendían aparatos de telefonía u otros con elementos de metal; además como última razón se ha de señalar que la empresa VEXTER O., SA, no ha decidido adherirse al convenio del metal y se trata de empresa que ya contaba con este convenio al tiempo de publicarse (el convenio del metal de 2005, exceptúa del mismo a las empresas que en la fecha de la publicación del convenio contasen con un convenio de empresa vigente, salvo que las partes del mismo decidan adherirse a éste). Sentado lo anterior, la sentencia estima el resto de los recursos y desestima las demandas rectoras de autos.

3.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, (SSTS 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Entre las sentencias comparadas, la contradicción es evidente, al tratarse de supuestos que presentan notables identidades que alcanzan igualmente a los fundamentos de aplicación; y no obstante ello, las soluciones alcanzadas por las

respectivas sentencias evidencian contradicción al ser dispares. Y, superado el requisito de la contradicción, procede a examinar el motivo de recurso relativo al fondo.

TERCERO.- Examen del motivo de recurso de censura jurídica sobre el fondo.

1.- Entiende la recurrente que la sentencia recurrida incurre en infracción por interpretación errónea de la aplicación del Convenio Colectivo del comercio del Metal de Barcelona y no aplicación del Convenio Interprovincial para el sector de la promoción, degustación, merchandising y distribuciones de muestras. Y, denuncia en definitiva la infracción de los arts. 1 y 4 del Convenio Colectivo PDMDM , en relación con el art. 1 del Convenio Colectivo Provincial del Metal .

Para la determinación de cuál sea el Convenio Colectivo aplicable, si el Convenio Colectivo Provincial del Comercio del Metal, o el convenio colectivo interprovincial para el sector de Promoción, Degustación, Merchandising y Distribución de muestras, cabe examinar el ámbito funcional de los convenios implicados:

A.- Conforme al art. 1 del Convenio Colectivo del comercio del metal de la provincia de Barcelona:

"1.1.- El presente convenio obliga a todas las empresas cuya actividad exclusiva o principal, desarrollada profesionalmente y con establecimiento mercantil abierto, consista en la venta, comercialización y/o distribución -bien sea al detalle o al por mayor- de toda clase de productos que contengan total o parcialmente materiales metálicos, o realicen actividades similares y/o afines a las incluidas en este apartado.

Quedan no obstante, exceptuadas del mismo:

a.- Las que en la fecha de la publicación de este convenio contase con un convenio de empresa vigente, salvo que las partes del mismo decidan adherirse a éste.

b.- Las que desempeñen actividades mixtas y estén incluidas en el ámbito funcional de otro convenio colectivo distinto al de comercio del metal.

1.2.- Las empresas de nueva creación, que por razón territorial o funcional hayan de quedar comprendidas, en este convenio, se regirán en sus actividades por el mismo a partir de la fecha de su creación".

B.- Por otro lado, el Convenio Colectivo para las empresas dedicadas a las actividades de reposición (Merchandising), BOE 27/01/2009, establece en su art. 1 su ámbito de aplicación como sigue:

"El presente Convenio Colectivo establece las normas básicas y regula las condiciones mínimas de trabajo entre las empresas dedicadas a servicios de reposición de productos en Grandes Superficies, a título enunciativo y no limitativo, cadenas de distribución, hipermercados, supermercados y tiendas de conveniencia y sus trabajadores, entendiéndose incluidas expresamente, a efectos enunciativos las actividades de gestión, administración y planificación de las actividades de manipulación y ubicación de mercancías en las estanterías, balizaje, control de caducidad e inventario de los productos y verificación de la correcta exposición de la mercancía en el lineal.

De esta forma la regulación contenida en el presente Convenio Colectivo, excluye expresamente lo pactado en cualquier otro que pueda incluir en su ámbito de aplicación alguna de las actividades incluidas en éste.

Este convenio colectivo vincula a todas las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito, no pudiendo ser dejado sin acuerdo por acuerdos inferiores, contratos individuales u otros Convenios Colectivos o acuerdos de empresa, con excepción de la aplicación de la cláusula de descuelgue".

C.- Finalmente, el Convenio Colectivo interprovincial para el sector de Promoción, Degustación, Merchandising y Distribución de muestras de 04/05/1988 establecía su ámbito funcional en el art. 1 del mismo como sigue:

"El presente Convenio Colectivo establece las bases para las relaciones laborales entre todas las Empresas de Promoción, Degustación, Animación de ventas y Repartos de propaganda y muestras, y los trabajadores del sector."

La actividad a la que se dedica la empresa (como resulta del FJ tercero con valor de hecho probado), consiste "en la promoción y venta de líneas de telefonía móvil, fija y ADSL, con los correspondientes teléfonos y accesorios, de las empresas clientes en stands de grandes almacenes".

2.- Sentado cuanto antecede, habrá de estarse a la doctrina de esta Sala IV/TS, entre otras, la STS/IV de 20-enero-2009 (rcud. 3737/2007), que recuerda: " (...) Las sentencias de 29 de enero de 2002, recurso 1068/01 (conflicto colectivo) y 17 de julio de 2002, recurso 4859/00 (impugnación de convenio colectivo) examinan la cuestión referente al convenio aplicable a una empresa dedicada a la explotación y comercialización de carburantes en estaciones de servicio de alta calidad en la que existen también "tiendas de conveniencia", resolviendo la primera de dichas sentencias que el convenio colectivo aplicable es el Estatal de Estaciones de Servicio y no el de Comercio Vario y la segunda que el nuevo convenio "Primer Convenio Colectivo de ámbito Sectorial Estatal de las Cadenas de Tiendas de Conveniencia 2000 y 2001" en su párrafo quinto del punto 2º del artículo 2º, no invade el Convenio Colectivo Estatal de Estaciones de Servicio . En la primera de dichas sentencias se contiene el siguiente razonamiento: "Para la determinación acerca de cuál de los dos convenios resulta aplicable a la empresa demandada y a sus trabajadores, ha seguido la Sala de instancia el criterio de inclinarse en pro de la actividad real preponderante de dicha empresa, a la vista de los hechos probados, conforme a los cuales aparece con la suficiente claridad que la actividad preponderante de GESPEVESA consiste en gestionar la comercialización de carburantes en una red de estaciones de servicio de alta calidad, con "tiendas de conveniencia" que cumplen la función de atender a una demanda específica de los consumidores, ofreciéndoles una gran variedad de artículos en venta, y también determinados servicios, tales como pequeñas cafeterías, lavado automático de vehículos, máquinas de aspirado, teléfono público, fotocopias, fax, Internet, envío de flores, etc., pero predominando claramente la actividad y los ingresos obtenidos por la venta de carburantes sobre los relativos a las tiendas, de tal manera que la conclusión obtenida en orden a la aplicabilidad del convenio estatal de estaciones de servicio, y no el del Comercio Vario de la Comunidad de Madrid fue la correcta".

En la segunda sentencia la Sala resuelve lo siguiente: "3.- De la lectura de ambos preceptos de los dos Convenios se desprende claramente que en el uno y en el otro tienen cabida tanto las estaciones de servicio como las tiendas de conveniencia, y, entendidos ambos así, con este carácter general, es indudable que el Convenio de Estaciones de Servicio podría considerarse afectado por el Convenio posterior de las

tiendas de conveniencia. Sin embargo, de la atenta lectura de ambos se desprende que en los dos se parte de la base de que cuando concorra una estación de servicio con una tienda de conveniencia el Convenio regulador de ambas actividades será uno u otro según se considere que la actividad principal es la de estaciones de servicio o de tienda de conveniencia. En efecto, aunque el de Estaciones de Servicio parece extender su ámbito de aplicación a toda clase de tiendas de conveniencia allí ubicadas pues las incluye "cualquiera que sea su volumen de negocio", no es eso lo que realmente dice, sino que, como bien se aprecia en su redacción, esa extensión de su ámbito la condiciona al hecho de que la tienda constituya una actividad complementaria de la estación de servicio al igual que ocurre con otros servicios que también incluye como los de "engrase, lavados, tiendas con o sin bar", de forma que, con esa lectura del precepto, sólo será aplicable dicho Convenio a las tiendas de conveniencia que constituyan una actividad complementaria de una Estación de Servicio, que sería la actividad principal del complejo. Por su parte el Convenio de Tiendas de Conveniencia prevé también su aplicación a complejos comerciales con esa dualidad de actividades, pero contempla el supuesto contrario, o sea el caso en que la actividad principal sea la de tienda de conveniencia y la accesoria o complementaria la de despacho de carburantes. Es cierto que en la letra del precepto se refiere a "despacho en régimen de autoservicio de carburantes", lo que también podría llevar a entender que si el despacho no se hace en régimen de autoservicio sería el Convenio de Estaciones de Servicio el aplicable; pero esta particular expresión no solo no entorpece la interpretación de que en la letra de este Convenio sólo se prevé su aplicación a estaciones de servicio que sean complementarias de las tiendas de conveniencia, sino que constituye por sí misma un indicio de complementariedad de la estación de servicio respecto de la tienda de conveniencia, favorecedora de la interpretación que defendemos. Interpretados así ambos Convenios es como puede decirse, y así lo estimó la Audiencia Nacional, que ambos Convenios son complementarios y no concurrentes, puesto que cuando la actividad principal sea la de estación de servicio se aplicará el primero de ellos en el tiempo, mientras que cuando esa actividad no sea la principal sino la complementaria quedará fuera de aquel Convenio y bajo la éjira del de tiendas de conveniencia a partir de la entrada en vigor de éste."

La sentencia de 31 de octubre de 2003, recurso 17/02 , al resolver la cuestión relativa a la impugnación de un convenio por concurrencia con otro, señala que: "Se trata pues de empresa que está dedicada a la elaboración y venta de productos alimenticios de diversa naturaleza. Ello lleva a "Lorno" a afirmar en su escrito de impugnación del recurso, que pertenece a un sector productivo más amplio que el de los convenios provinciales; pero no indica cual pueda ser este. Habremos pues de solucionar el problema de identificación, acudiendo a la doctrina unificada establecida precisamente con la finalidad de eliminar en lo posible las lógicas dificultades que conlleva la delimitación del campo funcional de una empresa que desarrolla diversas actividades. En tales casos, cuando se debaten problemas de concurrencia, "es la actividad principal o real preponderante de la empresa, la que delimita su ámbito funcional".

Por último la sentencia de 31 de enero de 2008, recurso 2604/07 declaró aplicable el Convenio colectivo para el Comercio de Metal a una empresa dedicada a la aleación y montaje de bisutería, que posteriormente se vende en joyerías para su venta al público, señalando textualmente: "La actividad principal de la empresa consistente en la aleación y montaje de bisutería, en su taller de soldadura y montaje, que más tarde es vendida a joyerías bajo la marca de diseño María R, para su venta al público, estando la empresa dada de alta en el IAE en el epígrafe 491-II, está comprendida en las descritas en el Convenio Colectivo Provincial, dentro de lo que el art. 1 del Convenio Colectivo denomina actividades comerciales, que de acuerdo con su Anexo II, abarca el comercio de los productos metálicos transformados tanto al por mayor, como al por menor, siendo indiferente a efectos de la aplicación del Convenio Colectivo el hecho de que la venta al público no sea directa, sino a través de las joyerías; siendo, como dice la sentencia recurrida, lo trascendente la actividad económica que desarrolla la empresa con la utilización de metales, bien como materia prima ó como productos manufacturados para su comercialización posterior, al entrañar una actividad comercial procede confirmar la sentencia recurrida".

En el presente caso, en el que concurren las concretas circunstancias antes expuestas, la sentencia recurrida desestima la revisión de los hechos declarados probados, al no patentizarse error judicial en la valoración probatoria, señalando que el

ordinal cuestionado (h.p. cuarto) tiene pleno sustento probatorio en sentencia firme recaída en el procedimiento de despido seguido entre las partes, sin que existan nuevas pruebas que permitan apartarse en lo que interesa para la resolución de la cuestión litigiosa, de lo resuelto en el procedimiento de despido. Y, al efecto señala que, "las tareas de la actora y la actividad de la empresa ya fueron discutidas en el proceso de despido, y lo resuelto en el mismo sobre estas cuestiones debe vincular en este proceso, pues no se ha acreditado una realidad fáctica distinta derivada de nuevas pruebas". Tales circunstancias son pacíficamente aceptadas por la recurrente.

Partiendo de la doctrina expuesta y de la realidad fáctica, ha de acudirse -como hace la sentencia recurrida- a la actividad preponderante de la empresa, que en el supuesto concreto examinado, como examinó la sentencia de instancia, señala que " dentro del ámbito funcional del Convenio Colectivo de trabajo del sector del metal (al comercio del metal se refiere) de la provincia de Barcelona, en el que se encuadran las empresas cuya actividad exclusiva o principal, desarrollada profesionalmente y con establecimiento mercantil abierto, consista en la venta, comercialización y/o distribución -bien sea al detalle o al por mayor- de toda clase de productos que contengan total o parcialmente materiales metálicos, o realicen actividades similares y/o afines a las incluidas en este apartado (art. 1.1) , pues la actividad de venta de aparatos de telefonía supone llevar a cabo una actividad comercial de venta de productos que, en atención a su especialidad, al incluir componentes y elementos electrónicos, resulta afectada por los convenios colectivos del comercio del metal , en este caso por el provincial de Barcelona".

La escasa actividad probatoria llevada a cabo por la empresa, y los límites del recurso en que simplemente se muestra el desacuerdo con la solución dada por la sentencia recurrida, determina que haya de aceptarse la solución de instancia, ratificada por la sentencia recurrida.

A mayor abundamiento, conviene recordar la doctrina de esta Sala sobre la interpretación de los convenios colectivos que es resumida, entre otras muchas, por nuestras sentencias de 22 de enero de 2013 (RO 60/2012) 19 de junio de 2013 (RO 102/2012) y 22 de abril de 2013 (RO 50/2011). En ellas se dice: "en nuestra sentencia de 23 de septiembre de 2010 (Rec. 206/09), reproducida por la de 11 de noviembre de

2010 (Rec. 23/2010) dijimos: "Recordábamos en la STS de 15 de abril de 2010 (rec. 52/09) que el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas- (arts. 3.1 y 1281 del Código Civil).- No obstante, "la interpretación de la normas contenidas en los convenios colectivos ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes" (así, STS de 27 de enero de 2009 -rec. 2407/2007 - que cita sentencias anteriores)".

La interpretación hecha por la sentencia recurrida que ratifica la de instancia es acorde con el redactado literal del precepto, además de racional y lógica, y como tal ha de mantenerse, al considerar que la actividad de la demandada se encuadra en el ámbito funcional del Convenio Colectivo del comercio del metal de la provincia de Barcelona. Y limitado el recurso a la cuestión examinada, ha de desestimarse.

CUARTO.- Por cuanto antecede, procede, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa Vexter Outsourcing SA, confirmando la sentencia recurrida, con imposición a la recurrente de las costas y pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo dar a las consignaciones el destino que legalmente proceda.

FALLO:

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

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por VEXTER OUTSOURCING SA, contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 2016, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación número 6511/2015 , formulado frente a la sentencia de fecha 25 de marzo de 2015, dictada en autos 670/2013 por el Juzgado de lo Social número 18 de los de Barcelona, seguidos a instancia de Doña. Marín Juana, contra VEXTER

OUTSOURCING SA y Fondo de Garantía Salarial, sobre Despido y Cantidad. Con costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

21-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por las representaciones de los sindicatos Comisiones Obreras de Asturias, Unión Sindical Obrera y Unión General de Trabajadores se interpuso demanda de Conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Asturias, en la que, tras exponer los hechos y motivos que se estimaban necesarios, se terminó por suplicar que se dictara sentencia por la que «estimando la presente demanda, se declare el derecho de todos los trabajadores del sector de limpieza que prestan sus servicios para las demandadas en los centros sanitarios públicos, que hayan visto reducidas sus retribuciones en el año 2012-2013 consecuencia de la aplicación de la Ley 20/12 de 13 de julio, a recuperar 44 días de la paga extraordinaria de navidad 2012 que les fue descontada en el Plus SESPA, para cumplir la obligatoria equiparación del art. 30 del Convenio Colectivo, condenando a las empresas demandadas a estar y pasar por tal declaración y a abonar a los trabajadores la cuantía equivalente a estos 44 días de paga extraordinaria, bien la empresa que con ellos mantenía la relación laboral en el momento en que este dinero les fue descontado, bien, y con carácter subsidiario, la empresa que actualmente mantiene la concesión o contrata con la Administración Pública, y con cuanto más proceda en derecho.».

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

TERCERO.- Con fecha 26 de junio de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando la demanda de Conflicto Colectivo formulada por los Sindicatos COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS, UNIÓN SINDICAL OBRERA y UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES contra las empresas EULEN, CLECE, S.A., ITMA SAL / ITMA, S.L., SERALIA, S.A., LACERA SERVICIOS, ACISTER SERVICIOS y LIMPIEZAS SAN FROILÁN, S.L., declaramos el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto, que vieron reducida la retribución que percibían en concepto de equiparación salarial a consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 del personal laboral del Sespa, a percibir la cuantía correspondiente a los 44 días de la paga extraordinaria recuperada por dicho personal, descontada en el plus, condenando a su abono a las empresas que con ellos mantenían la relación laboral en ese momento.».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «1º.- Las empresas demandadas, todas del sector de limpieza de edificios y locales, tienen atribuida la actividad de limpieza en Hospitales y Centros de la Sanidad Pública, donde ocupan entre todas una plantilla aproximada de 996 trabajadores.

2º.- La distribución de las contratas de limpieza de la sanidad en Asturias es la siguiente: - Hospital de Cabueñes de Gijón: Empresa concesionaria CLECE.

- Hospital San Agustín de Avilés: Empresa concesionaria LACERA.

- Hospital Grande Covián de Arriendas: Empresa concesionaria LACERA.

- Hospital Álvarez Buylla de Mieres: Empresa concesionaria LACERA.

- Hospital del Nalón: Empresa concesionaria EULEN.

- Hospital Adaro: Empresa concesionaria ITMA.

- Hospital Monte Naranco: Hasta el 31 de diciembre de 2014 la empresa concesionaria era CLECE, y desde ese momento pasó a ser LACERA.

- Hospital de Jove: Empresa concesionaria ITMA.

- Hospital Universitario Central de Asturias: Hasta el día 15 de mayo de 2014, la empresa concesionaria fue EULEN, y desde el 16 de mayo, la empresa concesionaria es LACERA.

- Hospital de Jarrio: Hasta el día 30 de abril de 2014, la empresa concesionaria era LACERA, y desde ese momento pasó a ser LIMPIEZAS SAN FROILÁN, S.L.

- Hospital Severo Ochoa, de Cangas de Narcea: la contrata la gestionó LACERA hasta el día 30 de abril de 2014, y desde ese día lo hizo la empresa ACISTER SERVICIOS.

- Área I (Luarca, Boal y Navia): Empresa concesionaria SERALIA.

- Área II (Cangas de Narcea, Tineo): Empresa concesionaria SERALIA.

- Área III (Centros de Salud Avilés): La empresa concesionaria es JOFRASA.

- Área IV (Oviedo): La empresa concesionaria hasta el día 31 de diciembre de 2014 fue ITMA, y desde esa fecha LACERA.

- Área V (Gijón): La empresa concesionaria hasta el día 31 de diciembre de 2012 fue CLECE, desde el 1 de enero de 2013 al 1 de febrero de 2015 fue SERALIA, y ahora la concesionaria es EULEN.

- Área VI (Arriondas): La empresa concesionaria es ITMA.

- Área VII (Mieres): La concesionaria es SERALIA.

- Área VIII (Langreo): La concesionaria es EULEN.

- Centros de Salud Mental del Área V: Empresa concesionaria CLECE.

3º.- Las relaciones laborales se rigen por el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales del Principado de Asturias, cuyo artículo 30 -"Equiparación salarial de los trabajadores adscritos a los servicios de limpieza de los centros sanitarios dependientes de la Seguridad Social"- establece que las empresas concesionarias de las contrataciones de limpieza abonarán a los trabajadores adscritos a dichos servicios, "la diferencia existente, en cada momento entre el salario anual fijado por este Convenio y las retribuciones aprobadas oficialmente para el personal de igual categoría de la

plantilla de la Seguridad Social, para el mismo periodo de tiempo. El abono de estas cantidades se efectuará mediante su prorrateo en la nómina correspondiente a cada una de las doce mensualidades del año".

4°.- Por Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio, se suprimió la paga extraordinaria de diciembre de 2012 del personal del sector público, lo que motivó que las empresas concesionarias de las contratas de limpieza descontaran del plus de equiparación salarial de los trabajadores adscritos en los centro del Sespa la cantidad correspondiente a la paga extraordinaria suprimida.

5°.- La Disposición Adicional Décimo Segunda de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015 -"Recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012"- establece que cada Administración Pública, en su ámbito podrá aprobar el abono de cantidades en concepto de recuperación de los importes efectivamente dejados de percibir como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria, correspondientes al mes de diciembre de 2012, y que las cantidades que podrán abonarse por este concepto serán las equivalentes a la parte proporcional correspondiente a los primeros 44 días de la paga extraordinaria del mes de diciembre. En aquellos casos en los que no hubiera procedido el reconocimiento de totalidad de la paga extraordinaria de diciembre de 2012, los primeros 44 días se reducirán proporcionalmente al cómputo de días que hubiera correspondido.

6°.- En el ámbito de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos, la Ley 11/2014 de Presupuestos de Asturias 2015, regula la recuperación de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 en su Disposición Adicional Primera , estableciendo que, durante el año 2015, el personal que hubiera dejado de percibir las cantidades en concepto de paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre de 2012, percibirá en concepto de recuperación el importe correspondiente a 44 días, que se reducirá proporcionalmente para el personal que no haya prestado servicios durante todo el periodo de cálculo de la paga extraordinaria (apartado 2,a)), y que la cantidad por ese concepto le será abonada por la Administración del Principado de Asturias, organismo o ente público al que le hubiera correspondido el abono de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 (apartado 2,f) y g)).

7º.- El presente conflicto colectivo afecta a los trabajadores adscritos a los servicios de limpieza de los centros sanitarios del Sespa a quienes sus empresas redujeron en el año 2012, como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 de los empleados públicos, la retribución que percibían en concepto de equiparación salarial con el personal de igual categoría del Sespa, y no han percibido los importes correspondientes a los 44 días de la paga extraordinaria recuperados por dicho personal.

8º.- Esas cantidades se están abonando, o ya han sido abonadas, por las empresas Clece, Lacera y Eulen en los siguientes centros: Hospital de Cabueñes y Centros de Salud Mental del Área V, Clece está pagando a los trabajadores adscritos a los mismos.

Hospitales de San Agustín, Grande Covian y Álvarez Buylla, Lacera está pagando.

Hospital del Nalón y Centros de Gijón y Langreo, Eulen está pagando.

9º.- El acto de mediación celebrado el día 9 de marzo de 2015 finalizó sin avenencia. En los años 2013 y 2014 se Celebraron actos de mediación con idéntico objeto y el mismo resultado, que no fueron seguidos de demanda.».

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de casación por las representaciones de Itma S.A.L. e Itma S.L., Eulen S.A. y Clece S.A..

El recurso fue impugnado por Lacera Servicios de Mantenimiento S.A., Limpiezas San Froilán S.L., Comisiones Obreras de Asturias (CCOO) y Unión General de Trabajadores (UGT).

SEXTO.- Recibidas las actuaciones del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y admitidos los recursos de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, quien emitió informe en el sentido de considerar los recursos formalizados por las tres empresas improcedentes.

Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de marzo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. Los sindicatos demandantes dirigen la acción de conflicto colectivo contra las empresas entre las que se distribuyen las contratas de limpieza de la sanidad asturiana para que se reconozca, a todos los trabajadores a los que se descontó del plus de equiparación salarial con los empleados públicos de ese sector la cantidad correspondiente a la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012, el derecho a su recuperación.

Tres de las siete empresas respecto de las que se mantuvo la demanda acuden a la casación ordinaria mediante recursos separados. Todas ellas piden, en primer lugar, la revisión de la narración histórica de la sentencia de instancia al amparo del apartado d) del art. 207 LRJS .

Por razones de lógica argumental analizaremos aquí todas las cuestiones de índole fáctica planteadas en cada uno de los recursos, siguiendo el orden de la numeración de los hechos probados de la sentencia a los que las recurrentes dirigen su impugnación.

2. Los tres recursos pretenden la modificación del ordinal cuarto de los hechos que la sentencia declara probados -si bien en el de CLECE se menciona, por error, el ordinal quinto-.

El recurso de ITMA, S.A.L. e ITMA, S.L. busca añadir la frase siguiente: «Dicho descuento no supuso beneficio alguno para las empresas concesionarias, toda vez que el SESPA redujo unilateralmente la facturación de ITMA, SL (GRUPO ITMA) en 4065,06 € mensuales, de GRUPO EULEN, SA en 571.034,89 € anuales, y de CLECE, SA, de tal manera que el beneficiario de tales descuentos fue el propio SESPA y no las empresas concesionarias».

Para EULEN debería añadirse: «El SESPA mediante carta de fecha 14 de diciembre de 2012 impuso a EULEN, SA una reducción del precio del contrato de los servicios que EULEN, SA prestaba a dicho organismo en un porcentaje estimado inicialmente en un 10%, y que finalmente se concretó en una minoración de la facturación del año 2013, respecto a la del año 2012, que ascendió a la cantidad de 571.034,89 €, por ello dicho descuento no supuso beneficio alguno para EULEN, SA.».

Finalmente, CLECE solicita la adición del texto siguiente: «En diciembre de 2012 la empresa CLECE vio reducida la facturación del Hospital de Cabueñes, del centro de especialidades Avelino González y Casa del Mar en un 2% y del Hospital Monte Naranco en un 7%».

Como se puede deducir, todas las recurrentes pretenden dejar consignado que su facturación sufrió una reducción. Pero esos datos carecen de transcendencia para la solución del litigio, puesto que de lo que se trata es de analizar si el descuento que en su día se hizo a los trabajadores debe ser ahora recuperado, cuestión que es ajena al volumen de facturación de las empresas, dado que el precepto convencional cuya interpretación y aplicación está en liza ninguna relación establece entre la concreción del nivel retributivo de los trabajadores y el índice de beneficio que obtengan las adjudicatarias de los servicios de limpieza.

3. El recurso de ITMA solicita también la adición de un nuevo hecho probado para que se diga que «El SESPA procedió a la recuperación parcial de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 a partir de la nómina de enero de 2015, y los ingresos que por tal concepto han percibido los empleados públicos se han incluido en la base del IRPF del ejercicio 2015». Por su parte, los recursos de EULEN y de CLECE inciden también en una cuestión análoga al pedir que se modifiquen los hechos probados quinto y sexto o se adicione otro más, de suerte que, en definitiva, quede constancia de que la recuperación de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 se realizó a partir de 2015 y que tales ingresos se han incluido en la base del IRPF de 2015 de los empleados públicos afectados.

Con independencia de lo que se razona al analizar el correspondiente motivo de derecho que, a tal efecto, también plantean las recurrentes, carece de relevancia incorporar el dato que, no solo es indiscutido, sino que resulta lógico y evidente dado que la norma por la que se establecía el derecho a la recuperación del importe de la paga extraordinaria perdida en su día entró en vigor en 2015 y, por consiguiente, fue en esa anualidad cuando se llevó a cumplimiento.

4. Por último, EULEN insta también la modificación del ordinal octavo de los hechos que la sentencia declara probados para que se indique que era la adjudicataria

del servicio en 2015 en el Hospital de Nalón y en los Centros de Gijón; dato que ya se recoge en el Hecho Probado Segundo y que, por ello, no precisa ser reiterado.

5. Por todo ello, hemos de desestimar todos los motivos de índole fáctica planteado por los recursos.

SEGUNDO.- 1. Como se ha indicado, la demanda origen de las actuaciones es estimada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que, en congruencia con lo pedido, declara el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a percibir los 44 días de la paga extraordinaria de diciembre de 2012.

Las empresas recurrentes desarrollan asimismo distintos motivos destinados al examen del derecho aplicado en la sentencia.

2. En el tercero de los motivos de ITMA se suscita la cuestión de la prescripción de la acción ejercitada.

Pese a ser ésta una materia que debería suscitarse a través del apartado e) del art. 207 LRJS , la recurrente acude a la letra d) de dicha norma adjetiva. Tal planteamiento es incorrecto, pues la consecuencia de que prosperara su alegación habría de llevarnos a desestimar la demanda y no, como sería el caso del éxito de un motivo que denunciara infracciones procesales -como lo es el que se ampara en el art. 207 d) LRJS -, a la nulidad de las actuaciones.

3. Con independencia de ese desajuste procedimental, procederemos a dar respuesta a esta cuestión, dado que el planteamiento de la excepción de prescripción es abordado también por EULEN en el motivo segundo II de su recurso, adecuadamente encajado como examen del derecho aplicado.

4. Se señala por las dos empresas que la acción de conflicto colectivo origen del litigio se halla sujeta al plazo de un año del art. 59.2 del Estatuto de los trabajadores (ET) y que, para el cómputo de dicho plazo, habría de partirse de la fecha de entrada en vigor del RDL 20/2012 (el 14 de julio) que suprimió la paga extraordinaria de Navidad de 2012 para el personal del sector público.

5. No podemos compartir este planteamiento y ello por varias razones: a) La demanda no combate la supresión o minoración retributiva que se produjo por

consecuencia de aquella supresión, sino que pretende la recuperación de la diferencia retributiva una vez producida la recuperación por parte del personal del SESPA. Por consiguiente, difícilmente puede afirmarse que la acción podía ejercitarse a partir de la entrada en vigor del RDL 20/2012, ya que en aquel texto legal no se estaba reconociendo ese derecho al sector público, sino, justamente, el contrario.

b) El derecho del personal del SESPA al restablecimiento de aquella paga perdida se produjo en virtud de la Disp. Ad. 1ª de la Ley 11/2014, del Principado de Asturias, de presupuestos del año 2015, de 29 de diciembre (BOE 21 febrero 2015), cuyo apartado 1 dispone: "Durante el año 2015, el personal de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos, que en aplicación de los artículos 2 y 3 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, hubiera dejado de percibir las cantidades en concepto de paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre de 2012, percibirá en concepto de recuperación de los importes dejados de percibir por aplicación de esa norma, las cantidades previstas en el apartado siguiente, con el alcance y límites que en él se describen".

Difícilmente, pues, cabía pretender que la acción se ejercitara en momento anterior a la efectividad de la recuperación retributiva cuya equiparación ahora se persigue.

c) Finalmente, aun cuando la acción no podía ser ejercitada en los términos en que se plantea antes de que, efectivamente, se produjera la recuperación de los empleados públicos, consta en el Hecho Probado Noveno que durante los años 2013 y 2014 se celebraron actos de mediación con idéntico objeto, lo que, sin duda hubiera interrumpido en todo caso el plazo de prescripción legalmente establecido (ex art. 65 LRJS).

TERCERO.- 1. ITMA denuncia infracción de los arts. 416.1.5 º, 424 y 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el art. 30 del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales (motivo cuarto de dicho recurso). De este modo sostiene esta parte recurrente que debió apreciarse el defecto en el planteamiento de la demanda.

2. Esa alegación de una excepción de índole procesal no se formula por el cauce del apartado c) del art. 207 LRJS , sino por el e). Y, en todo caso, efectivamente, lo que se alega no guarda relación con una cuestión procesal, no sólo no se indica con precisión el argumento sobre el que se asentaría el defectuoso planteamiento de la demanda -la cual se ajusta de modo adecuado a lo establecido en el art. 157 LRSS-, sino que se decanta por el análisis del fondo del asunto, analizando la nula correspondencia que, a su juicio, existe entre lo reclamado y lo que se desprende del artículo 30 del convenio.

3. Sostiene así esta recurrente que no cabe aceptar una pretensión en la que se busque que los trabajadores afectados perciban los mismos conceptos retributivos que el personal del SESPA. Mas confunde claramente el objeto del pleito, pues, ciertamente, como pone de relieve la sentencia recurrida, la demanda no busca una equiparación conceptual de retribuciones, sino la cuantitativa, de suerte que si se ha producido una minoración por mor de aquella equiparación, se lleve cabo la recuperación de lo minorado cuando los trabajadores del SESPA con los que se establece la comparación recuperen también las retribuciones en su día perdidas.

No explicita, pues, adecuadamente la parte recurrente cuál es el defecto de la demanda que hubiera obstado a la resolución del fondo, ya que todos los argumentos que desarrolla están dirigidos al núcleo de la controversia y a sostener el rechazo del derecho ejercitado con aquélla.

Es ésta una cuestión que se aborda también como motivo de fondo por EULEN en el primer apartado del motivo segundo de su recurso, por lo que debe ser analizada desde esta óptica procesal.

4. Recordemos que el art. 30 del convenio colectivo lleva por título «Equiparación salarial de los trabajadoras adscritos a los servicios de limpieza de los centros sanitarios dependientes de la Seguridad Social» y establece que: «las empresas concesionarias de las contratas para la limpieza de los centros sanitarios dependientes de la Seguridad Social abonarán a los trabajadores adscritos a dichos servicios, la diferencia existente, en cada momento, entre el salario anual fijado por este convenio y las retribuciones aprobadas oficialmente para el personal de igual categoría de la

plantilla de la Seguridad Social, para el mismo periodo de tiempo. El abono de estas cantidades se efectuará mediante su prorrateo en la nómina correspondiente a la nómina de cada una de las doce mensualidades del año».

5. En virtud de dicho precepto -y según se constata en el Hecho Probado Séptimo de la sentencia de instancia-, las empresas afectadas redujeron la retribución de sus empleados en el año 2012 como consecuencia de que a los empleados públicos se les suprimió la paga extraordinaria de diciembre de dicho año. Es asimismo un hecho indiscutido que, en consonancia con la facultad conferida por la Disp. Ad. 12ª de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, la Ley autonómica de presupuestos del año 2015 (Ley 11/2014) estableció la recuperación de aquella paga, fijando su importe en la correspondiente parte proporcional de 44 días (Hecho Probado Sexto).

6. Contrariamente a lo que indican las recurrentes, no estamos aquí ante la instauración de una paga extraordinaria para los trabajadores afectados y no se pone en duda que éstos percibieran en su día las pagas extras que tuvieran fijadas para el año 2012. De lo que se trata es del mantenimiento del equilibrio retributivo como sucedió con la minoración previa no negada por las empresas, que se justificaba en el indicado art. 30 del Convenio.

Como ya hemos dicho, no nos hallamos tampoco ante un pleito en que se impugne aquella reducción.

Precisamente, lo que se busca en la demanda es la aplicación del citado art. 30 en los mismos términos en que ya fue aplicado por las empresas cuando la reducción se produjo. El silogismo lógico que surge del precepto, tal y como, además, fue interpretado y aplicado por las demandadas, es que la reducción salarial de los empleados públicos con los que se comparan los trabajadores afectados estaría tan justificada como lo ha de estar la recuperación de lo previamente reducido cuando a los indicados trabajadores públicos comparables se les reconoce el derecho a la recuperación.

La obligación de las empresas incluidas en el ámbito del convenio pasa por el abono de «la diferencia existente, en cada momento, entre el salario anual fijado por

este convenio y las retribuciones aprobadas oficialmente para el personal de igual categoría de la plantilla de la Seguridad Social, para el mismo periodo de tiempo». Si esa diferencia fue reducida en el momento en que desapareció para los empleados públicos la paga extraordinaria de diciembre de 2012, la recuperación de ésta supone un incremento -aunque puntual- que deberá repercutir en la cuenta de esa diferencia y, por ello, habrá de incidir en la retribución de los trabajadores que, en su día, se vieron afectados por aquella reducción si, hasta la fecha, éstos no han sido ya compensados y han visto equilibrada la equiparación que el art. 30 del Convenio impone.

7. En consecuencia, deben ser desestimados los motivos analizados, así como el que EULEN formula como apartado III del motivo segundo, puesto que en él se reitera el mismo planteamiento, sin desarrollo alguno que permita discernir en qué difiere este motivo del anterior.

CUARTO.- 1. Resta por analizar el último de los motivos de ITMA y EULEN y el único motivo de derecho de CLECE, en los que se suscita la cuestión de la atribución de la responsabilidad en el abono de las sumas que resulten de la recuperación retributiva que venimos analizando.

2. Se denuncia por las recurrentes la infracción de los arts. 10.2 , 17 , 18 y 30 del Convenio, en relación con la Disp. Ad. 12ª de la Ley 36/2014, la Disp. Ad . 1ª de la Ley del Principado 11/2014 y el art. 3 y 4.1 del Código Civil; así como los arts. 1 , 4 , 8 , 26 y concordantes del Estatuto de los trabajadores ET.

Lo que así se combate se refiere al último inciso del fallo de la sentencia de instancia que condena al abono del concepto objeto del conflicto a las empresas que mantenían la relación laboral con los trabajadores en el momento de la reducción retributiva propiciada por aquella supresión de la paga de diciembre de 2012.

3. La sentencia acude a esta solución por aplicación de las normas de Presupuestos Generales a las que ya hemos aludido. Tanto en la Ley estatal, como en la autonómica, al reconocer el derecho a la recuperación de la paga se indica que la cantidad correspondiente a este concepto será abonada al personal por la Administración u organismo «al que le hubiera correspondido el abono de la paga

extraordinaria de diciembre de 2012», salvo que se trate de una organismo o ente suprimido.

Sin embargo, dichas normas no regulan la situación de los trabajadores de las empresas que, como en este caso, prestan servicios para la Administración o sus organismos mediante las correspondientes concesiones o contrata. En realidad, ni siquiera estamos analizando aquí la cuestión del derecho de los trabajadores a recuperar la indicada paga, sino, como ya hemos destacado, el derecho de los trabajadores de las empresas del sector de limpieza a mantener la equiparación salarial que viene impuesta por su convenio colectivo cuando prestan servicios para los centros sanitarios de la Seguridad Social asturiana. Por consiguiente, la determinación de cual haya de ser la empresa responsable de la liquidación que resulte de la necesaria equiparación no queda resuelta por aquellas normas presupuestarias, sino que habrá de efectuarse acudiendo a las reglas del propio convenio.

4. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 18 del Convenio, se impone a las empresas del sector la obligación de subrogarse en los trabajadores de la empresa saliente cuando se hace cargo de la contrata. Ello supone un cambio en la figura de la empleadora que lleva implícito el mantenimiento de los derechos de los trabajadores y la asunción de la entrante de las obligaciones de la saliente en los términos del apartado 2 del citado precepto.

El que se haya producido un cambio de titular de la contrata no impide la aplicación de la obligación específica del art. 30 del Convenio, la cual afecta tanto a la empresa saliente como a la entrante. De esa norma resulta que el derecho a la equiparación salarial de los trabajadores adscritos a ese servicio tiene una naturaleza dinámica, pues la diferencia retributiva se establece en cada momento en atención a las retribuciones de los empleados públicos fijadas para el mismo periodo.

Es cierto que podría entenderse que, en el caso de la recuperación de la paga extraordinaria, los empleados públicos obtuvieron el abono de una cantidad que correspondía al año 2012. Sin embargo, el concepto por el que las empresas afectadas por el presente conflicto han de mantener el equilibrio retributivo, impuesto en el convenio sectorial, no obedece al devengo de una paga retrasada, sino al hecho de que

en el año 2015 -aun cuando fuera a causa de aquella recuperación- los trabajadores del sector público obtuvieron unas cantidades que han de tomarse ahora en consideración para determinar el quantum de la diferencia retributiva de los aquí afectados. Y esa toma en consideración solo puede llevarse a cabo en el mismo momento en que se produce de modo efectivo una diferencia salarial como la que regula el art. 30 en cuestión.

Ello nos lleva a entender que la empresa a la que afecta directamente la necesidad de cumplir con la equiparación salarial es aquélla que ostenta la condición de empleadora en el momento en que la comparación retributiva se produce; y ello sucede cuando en 2015 tiene lugar la recuperación citada.

5. Discrepamos, pues, en este punto de la opinión del Ministerio Fiscal y declaramos que la sentencia recurrida no acierta cuando señala que la obligación ha de predicarse de quienes eran los empleadores en el momento en que se produjo una reducción del salario. Siendo el precepto del convenio colectivo idéntico en 2012 y en 2015, no cabe duda de que en cada periodo la equiparación salarial determinará la concreta y específica cuantificación del plus por la diferencia retributiva.

QUINTO.- 1. Lo razonado hasta ahora nos lleva a la estimación parcial de los recursos y a modificar el fallo de la sentencia recurrida en el sentido de condenar al abono del concepto controvertido a las empresas que mantenían la relación laboral con los trabajadores afectados en el momento en que la diferencia retributiva positiva se constata; manteniendo el resto de los pronunciamientos.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.2 LRJS , cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 216.3 LRJS , procede la devolución del depósito dado para recurrir, debiendo darse el destino legal a la consignación que, en su caso, se hubiere efectuado para recurrir.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido estimar en parte los recursos de casación presentados

por Itma SAL, Itma SL, Eulen SA y Clece SA contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (autos 16/2015), y revocar en parte la misma modificando el fallo en el sentido de condenar al abono del concepto controvertido a las empresas que mantenían la relación laboral con los trabajadores afectados en el momento en que la diferencia retributiva positiva se constata, manteniendo el resto de los pronunciamientos. Cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia, procediendo la devolución del depósito dado para recurrir, y debiendo darse a la consignación que, en su caso, se hubiese efectuado, el destino legalmente fijado.

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

Así se acuerda y firma.

22-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MARZO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO. - Por la representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valencià, se presentó demanda de Conflicto Colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se: «a) declare contraria a Derecho y deje sin efecto la decisión de carácter colectivo adoptada por los órganos de gestión de personal de la "Empresa de Transformación Agraria, S.A" (TRAGSA) y de la Dirección General de Prevención, Extinción de Incendios y Emergencias de la conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de la Generalitat valenciana, consistente en aplicar el sistema de cobertura de vacantes establecido en el artículo 26 del VI convenio Colectivo a la cobertura del referido puesto de trabajo que resultó vacante en fecha 11/12/2014 (Brigadista en Sinarcas), y a la cobertura de los referidos 18 nuevos puestos de trabajo que fueron generados en fecha

01/01/2015 (Brigadista en Cortes de Pallás, Brigadista en Cortes de Pallás, Brigadista en La vallesa, Brigadista en La vallesa, Brigadista en Olocau, Brigadista en Olocau, Brigadista en Ontinyent, Brigadista en Ontinyent, Brigadista en Sinarcas, Brigadista en Sinarcas, Brigadista en Xativa, Brigadista en Xativa, Brigadista en Yatova, Brigadista en Yatova, Brigadista en Benissa, Brigadista en Benissa, Brigadista en L'Orxa, Brigadista en L'Orxa); b) y condene a la "Empresa de Transformación Agraria, S.A" (TRAGSA) y a la Dirección General de Prevención, Extinción de Incendios y Emergencias de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de la Generalitat valenciana, a aplicar a la referida vacante generada en fecha 11/12/2014 y a las referidas 18 vacantes generadas en fecha 01/01/2015, el procedimiento de cobertura definitiva de vacantes establecido el artículo 26 del V Convenio Colectivo , y a atenerse al artículo 26 del V Convenio Colectivo en todas sus fases hasta la cobertura definitiva de las 19 vacantes referidas (Brigadista en Sinarcas, Brigadista en Cortes de Pallás, Brigadista en Cortes de Pallás, Brigadista en La vallesa, Brigadista en La vallesa, Brigadista en olocau, Brigadista en olocau, Brigadista en Ontinyent, Brigadista en Ontinyent, Brigadista en Sinarcas, Brigadista en Sinarcas, Brigadista en Xativa, Brigadista en Xativa, Brigadista en Yatova, Brigadista en Yatova, Brigadista en Benissa, Brigadista en Benissa, Brigadista en L'Orxa, Brigadista en L'Orxa).»

SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO .- Con fecha 6 de noviembre se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos desestimar y desestimamos la demanda por Conflicto Colectivo instada por la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO.

P.V., contra la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A. (TRAGSA) y la DIRECCIÓN GENERAL DE PREVENCIÓN, EXTINCIÓN DE INCENDIOS Y EMERGENCIAS DE LA CONSELLERIA DE JUSTICIA, y en su

consecuencia debemos absolver y absolvemos a los demandados de las pretensiones en su contra deducidas.»

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

PRIMERO.- En el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana, de fecha 18.05.2009 fue publicado el texto del V Convenio Colectivo del personal de la empresa Tragsa adscrito al Servicio de Brigadas Rurales de Emergencia dependientes de la Dirección General de Prevención y Extinción de Incendios y Emergencias de la Generalitat Valenciana. En fecha 29.01.2015 fue publicado en el citado Diari Oficial el VI Convenio del mismo personal, que sustituye al anterior. Este segundo texto convencional había sido objeto de acuerdo por la representación mayoritaria en fecha 20 de febrero del 2014, si bien hasta el 18 de diciembre de ese mismo año no se efectuó el Acta Final, a la que siguió nueva Acta de acuerdo de subsanación de defectos, de 23 de enero del 2015, al haberse realizado por la oficina de Registro de Convenios diversas propuestas de mejora en su redacción. El procedimiento de cobertura de vacantes en el primero de los Convenios citados se rige por su artículo 26 donde se incluye una fase 6, en la que se prevé que "superada la fase anterior, la plaza que subsista se ofertará a los integrantes de la Bolsa de trabajo que surja de la convocatoria de Bolsa de Empleo, en base al orden de prelación en el que figuren en dicha Bolsa". En el VI Convenio en el procedimiento de cobertura de vacantes no se contempla ninguna fase de adjudicación de vacantes mediante Bolsa de Trabajo.

SEGUNDO.- En fecha 11.12.2014 quedó vacante un puesto de brigadista en Sinarcas (Valencia), por declaración de Incapacidad Permanente Total de su titular, y en fecha 01.01.2015 se crearon 18 puestos de trabajo en la empresa Tragsa para sus Brigadas de Emergencia sitas en Cortes de Pallás, La Vallesa, Olocau, Ontinyente, Sinarcas, Xátiva, Yatova, (Valencia), y Benissa y Lórxia (Alicante). Dichas plazas fueron objeto de cobertura provisional temporal a través de contratos de dicha clase formalizados en el mes de enero del 2015, y publicadas en el tablón de anuncios de las Delegaciones y Parques de Emergencia el día 30.01.2015. Las vacantes que se producen deben ser publicadas en los tabloneros de anuncios de las Delegaciones de Tragsa del 20 al 30 de cada mes, según los Convenios V y VI citados en el hecho anterior. Durante los

años 2014 y 2015 la publicación de las vacantes que se han venido produciendo se han venido realizando dentro de dicho marco temporal.»

QUINTO .- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de la Confederación Sindical Comisiones Obreras del País Valencia, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO .- Impugnado el recurso por las partes personadas la mercantil Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA) y la Dirección General de Prevención, Extinción de Incendios y Emergencias de la Consellería de Justicia y, evacuado por el Ministerio Fiscal el traslado conferido, se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excmá. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de marzo de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El 7 de octubre de 2015 se presentó demanda de conflicto colectivo por la representación letrada de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DEL PAIS VALENCIÁ, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana contra la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA SA - TRAGSA- y la DIRECCIÓN GENERAL DE PREVENCIÓN, EXTINCIÓN DE INCENDIOS Y EMERGENCIAS DE LA CONSELLERÍA DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT VALENCIANA, interesando se dicte sentencia por la que: «a) declare contraria a Derecho y deje sin efecto la decisión de carácter colectivo adoptada por los órganos de gestión de personal de la "Empresa de Transformación Agraria, S.A" (TRAGSA) y de la Dirección General de Prevención, Extinción de Incendios y Emergencias de la conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de la Generalitat valenciana, consistente en aplicar el sistema de cobertura de vacantes establecido en el artículo 26 del VI convenio Colectivo a la cobertura del referido puesto de trabajo que resultó vacante en fecha 11/12/2014 (Brigadista en Sinarcas), y a la cobertura de los referidos 18 nuevos puestos de trabajo que fueron generados en fecha 01/01/2015 (Brigadista en Cortes de Pallás, Brigadista en Cortes de Pallás, Brigadista en La vallesa, Brigadista en

La vallesa, Brigadista en Olocau, Brigadista en Olocau, Brigadista en Ontinyent, Brigadista en Ontinyent, Brigadista en Sinarcas, Brigadista en Sinarcas, Brigadista en Xativa, Brigadista en Xativa, Brigadista en Yatova, Brigadista en Yatova, Brigadista en Benissa, Brigadista en Benissa, Brigadista en L'Orxa, Brigadista en L'Orxa); b) y condene a la "Empresa de Transformación Agraria, S.A" (TRAGSA) y a la Dirección General de Prevención, Extinción de Incendios y Emergencias de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de la Generalitat valenciana, a aplicar a la referida vacante generada en fecha 11/12/2014 y a las referidas 18 vacantes generadas en fecha 01/01/2015, el procedimiento de cobertura definitiva de vacantes establecido el artículo 26 del V Convenio Colectivo , y a atenerse al artículo 26 del V Convenio Colectivo en todas sus fases hasta la cobertura definitiva de las 19 vacantes referidas (Brigadista en Sinarcas, Brigadista en Cortes de Pallás, Brigadista en Cortes de Pallás, Brigadista en La vallesa, Brigadista en La vallesa, Brigadista en olocau, Brigadista en olocau, Brigadista en Ontinyent, Brigadista en Ontinyent, Brigadista en Sinarcas, Brigadista en Sinarcas, Brigadista en Xativa, Brigadista en Xativa, Brigadista en Yatova, Brigadista en Yatova, Brigadista en Benissa, Brigadista en Benissa, Brigadista en L'Orxa, Brigadista en L'Orxa).»

SEGUNDO.- Por la mencionada Sala de lo Social se dictó sentencia el 6 de noviembre de 2015 , en el procedimiento número 34/2015, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «Que debemos desestimar y desestimamos la demanda por Conflicto Colectivo instada por la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO.

P.V., contra la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A. (TRAGSA) y la DIRECCIÓN GENERAL DE PREVENCIÓN, EXTINCIÓN DE INCENDIOS Y EMERGENCIAS DE LA CONSELLERIA DE JUSTICIA, y en su consecuencia debemos absolver y absolvemos a los demandados de las pretensiones en su contra deducidas.»

TERCERO.- Por la representación letrada de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DEL PAIS VALENCIÁ se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en un único motivo. Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS , denuncia la parte recurrente infracción del artículo 82.3, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores , en relación con las

reglas generales de derecho transitorio establecidas como ordinal 1º y ordinal 2º de las Disposiciones Transitorias del Código Civil.

2.- El recurso ha sido impugnado por la representación letrada de la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA SA -TRAGSA- y por el abogado de la Generalitat, en representación de la DIRECCIÓN GENERAL DE PREVENCIÓN, EXTINCIÓN DE INCENDIOS Y EMERGENCIAS DE LA CONSELLERÍA DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT VALENCIÀ, proponiendo el Ministerio Fiscal que se declare la improcedencia del recurso.

CUARTO.-1.- En el único motivo del recurso la parte alega infracción del artículo 82.3, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores , en relación con las reglas generales de derecho transitorio establecidas como ordinal 1º y ordinal 2º de las Disposiciones Transitorias del Código Civil.

Aduce el recurrente que a la cobertura de vacantes producida el 1 de enero de 2015 -por creación el 1 de enero de 2015 de 18 plazas de Brigadas de Emergencia y 1 vacante producida el 11 de diciembre de 2014- se les ha aplicado el VI Convenio Colectivo del Personal de la empresa TRAGSA, que entró en vigor el 29 de enero de 2015, es decir, con posterioridad a que se produjeran dichas vacantes, en lugar de aplicar el V Convenio Colectivo del Personal de la empresa TRAGSA.

2.- Para una recta comprensión de la cuestión planteada hay que partir de los siguientes datos: -El V Convenio Colectivo del Personal de la empresa TRAGSA adscrito al Servicio de Brigadas Rurales de emergencias Dependientes de la Dirección General de Prevención y Extinción de Incendios y Emergencias de la Generalitat Valenciana fue publicado en el DOCV el 18 de mayo de 2009.

-El artículo 4 del Convenio establece su vigencia desde el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011, señalando que quedará prorrogado como derecho positivo en tanto no se negocie otro Convenio Colectivo que lo sustituya.

-El artículo 26 establece: «Cobertura de vacantes: A la finalización de cada Campaña y con el único fin de permitir los procesos de Cobertura de vacantes, se elaborarán por la Comisión de Seguimiento del presente Convenio, las Relaciones de Personal (RP) en base a las listas de asistencia, a los contratos de trabajo y las RP de la

campaña anterior. Se confeccionará una única RP para toda la Comunidad Valenciana, en la que figurarán todos los trabajadores de las Brigadas Rurales de Emergencia con contrato de Obra o Servicio determinado ó indefinido a tiempo completo y el personal con contrato indefinido a tiempo parcial de las Brigadas de Refuerzo, por categoría profesional y en el orden de prelación que determine su experiencia, constatada en razón al número de meses de trabajo computado desde el 1 de enero de 1994. El tiempo de trabajo efectivo a computar dentro de las RP será el que se genere, solamente, por los períodos de contratación ordinarios en la Unidad a la que el trabajador en cuestión esté asignado. Los trabajadores que cubran de forma provisional una situación de excedencia con reserva de puesto de trabajo, computarán dicho tiempo dentro de su RP siempre que reúna los requisitos señalados anterior-mente para figurar en estas relaciones.

Cobertura de vacantes en Brigadas Rurales de Emergencia.

La cobertura de vacantes se desarrollará dentro del ámbito autonómico. El procedimiento de cobertura de plazas vacantes que surjan en unidades cuyo periodo operativo se extiende a lo largo de todo el año consta de las siguientes fases: Las Vacantes que se produzcan se publicarán en los tabloneros de anuncios de las Delegaciones Provinciales de TRAGSA Comunidad Valenciana, del 20 al 30 de cada mes y se harán llegar al responsable de cada B.R.E. para su publicidad. En la misma publicación se indicará la vacante y la Fase en la que se encuentra el proceso de cobertura. Los interesados deberán presentar solicitud mediante el documento que se recoge en el anexo nº 8, mediante correo certificado con acuse de recibo, fax o entrega en mano con acuse de recibo, del 01 al 10 de cada mes.

La publicación del resultado y el anuncio de la siguiente Fase, se realizará en los tabloneros de anuncios de las Delegaciones Provinciales de TRAGSA Comunidad Valenciana, del 20 al 30 del mes siguiente Asimismo en las Actas de la Comisión de seguimiento se incorporarán los resultados de los distintos procesos de cobertura de vacantes.

Los distintos procesos de cobertura de vacantes se irán desarrollando durante todo el año y los trabajadores podrán participar en ellos con arreglo a los requisitos de cada Fase y siempre partiendo de la plaza que conste en la RP en vigor.

La cobertura de una vacante se considerará consolidada cuando la Empresa presente a la Comisión de Seguimiento encargada de actualizar las RP a 01 de enero, la documentación que acredite que se han realizado los procesos antes referidos.

La fecha efectiva de asignación y ocupación de vacantes, resultado de todos los procesos de cobertura llevados a cabo durante la campaña, será el 1 de enero del año siguiente. Una vez producida la asignación efectiva referida anteriormente, el trabajador implicado en la misma no podrá renunciar a la plaza que le haya sido asignada, ya que en caso de hacerlo causaría baja en la RP correspondiente y en la Empresa.

Desarrollo de las Fases: Fase 1: Producida una vacante de una categoría profesional determinada, la misma se ofertará a los trabajadores que figuren en las RP en la misma categoría profesional y en la misma unidad que la de la vacante producida y que pertenezcan al turno de trabajo complementario. En caso de que varios trabajadores de la misma categoría soliciten la vacante ofertada se utilizarán los siguientes criterios: Antigüedad computada desde 1992 Número de hijos dependientes de la unidad familiar Proximidad de la residencia a la localidad donde radica la unidad donde se ha producido la vacante.

En el caso de vacantes para personal entre cuyas habilitaciones esté la posesión de algún permiso de conducir, disponer de uno de categoría superior a la requerida para ocupar el puesto de trabajo. Si coincidiese la categoría del permiso de conducir, decidirá el tiempo que medie desde que se obtuvo dicho permiso hasta la actualidad.

En caso de vacantes de nueva creación esta Fase no se desarrollará.

Fase 2: Al tiempo que se desarrolla la fase anterior, se procederá a ofertar la plaza resultante al personal en situación de excedencia especial, es decir, aquel que figure en la RP con una categoría profesional y un período de contratación igual al de la vacante producida pero que, como consecuencia de una reducción del servicio, se encuentre en ese momento a la espera de asignación de destino.

La comunicación de la oferta a los trabajadores afectados se realizará mediante escrito entregado en mano con acuse de recibo o correo certificado con acuse de recibo. Incorporándose provisionalmente y hasta el 1 de enero del año siguiente, momento en

que se produzca la ocupación de la vacante definitiva, en la vacante origen del proceso de selección.

Una vez producidas la asignación referida anteriormente, el trabajador implicado en la misma no podrá renunciar a la plaza que le haya sido asignada, ya que en caso de hacerlo causaría baja en la RP correspondiente y en la Empresa.

Fase 3: Una vez superada la fase anterior, si subsistiera una plaza, se tendrá en cuenta a los trabajadores que figuren en las RP en la misma categoría profesional y un periodo de contratación igual al de la vacante producida que hayan solicitado participar en el Concurso de Traslados. La plaza referida se irá asignando automáticamente, en función del orden de preferencia manifestado por los trabajadores en sus solicitudes de participación en Concursos de Traslados. Cada asignación generará una nueva plaza que volverá a ser asignada automáticamente por el mismo proceso hasta que el Concurso de Traslados se agote.

Solicitudes, Renuncias, Bajas y Ampliaciones al Concurso de Traslados.

Los trabajadores interesados en participar en los Concursos de Traslados deberán ponerlo de manifiesto mediante el documento Solicitud para participar en concursos de traslados que se recoge en el anexo nº 8. En dicho documento deberán indicar las plazas de la misma categoría profesional para las que deseen concursar por orden de preferencia y deberá hacerse llegar a la Empresa entre los días 1 y 15 de enero de cada año mediante correo certificado con acuse de recibo, fax o entrega en mano con acuse de recibo.

Los trabajadores podrán ampliar las solicitudes de Concursos de Traslados, por escrito mediante correo certificado con acuse de recibo, fax o entrega en mano con acuse de recibo, entre los días 1 y 15 de enero de cada año. Una vez presentada la solicitud de ampliación, la solicitud original quedará anulada a todos los efectos.

Los trabajadores que hayan solicitado participar en los Concursos de Traslados, podrán renunciar por escrito a los mismos en cualquier momento, mediante correo certificado con acuse de recibo, fax o entrega en mano con acuse de recibo. Las renuncias podrán ser de carácter parcial, es decir, que solo persigan anular alguno de los destinos consignados inicialmente en la solicitud original o completa, es decir, aquella

que provoque la suspensión de la participación del trabajador en los concursos de traslados que se produzcan en un ejercicio.

La renuncia completa motivará la anulación automática de la solicitud original de Concurso de Traslados, sin perjuicio de que el trabajador pueda volver a solicitar participar en nuevos Concursos de Traslados al año siguiente.

Para efectuar las renunciaciones y ampliaciones será preciso utilizar el impreso correspondiente. Cuando varios trabajadores estén interesados en un mismo destino, se utilizarán los siguientes criterios: Antigüedad computada desde 1992 Número de hijos dependientes de la unidad familiar Proximidad de la residencia a la localidad donde radica la unidad donde se ha producido la vacante.

En el caso de vacantes para personal entre cuyas habilitaciones esté la posesión de algún permiso de conducir, disponer de uno de categoría superior a la requerida para ocupar el puesto de trabajo. Si coincidiese la categoría del permiso de conducir, decidirá el tiempo que medie desde que se obtuvo dicho permiso hasta la actualidad.

Una vez producida la asignación referida anteriormente, el trabajador implicado en la misma no podrá renunciar a la plaza que le haya sido asignada, ya que en caso de hacerlo causaría baja en la RP correspondiente y en la Empresa.

Una vez asignada una plaza a un trabajador, su solicitud de participación en Concursos de Traslados quedará sin efecto, sin perjuicio de que dicho trabajador pueda volver a solicitar participar en nuevos Concursos de Traslados cuando se habilite el periodo.

En caso de vacantes de nueva creación, esta Fase deberá ser publicada en los tablones de anuncios y se hará llegar al responsable de cada brigada para su publicidad, para que en el plazo ordinario habilitado para la solicitud de vacantes (de los días 1 a 10 del mes) los trabajadores presenten sus escritos para optar a las mismas.

Fase 4: Una vez superada la fase anterior, la plaza que subsista, se ofertará al personal en situación de excedencia voluntaria con una categoría y un período de contratación similar al de la vacante producida, que haya manifestado por escrito a la Empresa su deseo de volver a incorporarse al servicio. La comunicación de la oferta a

los trabajadores afectados se realizará mediante escrito entregado en mano con acuse de recibo o correo certificado con acuse de recibo. Incorporándose provisionalmente y hasta el 1 de enero del año siguiente, momento en que se produzca la ocupación de la vacante definitiva, en la vacante origen del proceso de selección.

Una vez producida la asignación referida anteriormente, el trabajador implicado en la misma no podrá renunciar a la plaza que le haya sido asignada, ya que en caso de hacerlo causaría baja en la RP correspondiente y en la Empresa.

Fase 5: Una vez superada la fase anterior, si subsistiera una plaza, se procederá a ofertarla a los trabajadores que figuren en las RP con una categoría profesional inferior y un periodo de contratación igual al de la plaza aludida.

El proceso anterior generará una nueva plaza en una categoría profesional inferior a la de la plaza con la que se inicia esta fase. Esta nueva plaza será ofertada a los trabajadores que figuren en las RP con una categoría profesional inferior y un periodo de contratación igual al de la plaza referida. Este proceso se repetirá las veces que sea necesario hasta el se agote la promoción interna. La promoción interna se desarrollará a partir de las Relaciones Baremadas, donde figurarán los trabajadores ordenados en función de los haremos que figuran en el anexo nº 9: Dichas relaciones se elaborarán a 01 de enero de cada año, recogiendo la baremación por: Categoría y antigüedad de las Relaciones de Personal (RP) Aportación por parte de los trabajadores del 16 de junio al 15 de diciembre, de las certificaciones de los Cursos de Formación y Perfeccionamiento en todo tipo de Emergencias incluida la Extinción de Incendios Forestales así como los de Prevención de Riesgos laborales y Seguridad y Salud en el trabajo Méritos específicos Y se actualizarán, en materia de formación, con los certificados de los Cursos de Formación aportados por los trabajadores del 16 de diciembre al 15 de junio, al finalizar el primer semestre de cada campaña. En el supuesto de que, tras la elaboración de las relaciones antes aludidas, se produzcan casos de igualdad de puntuaciones, se utilizarán los siguientes criterios: Antigüedad computada desde 1992 Número de hijos dependientes de la unidad familiar Proximidad de la residencia a la localidad donde radica la unidad donde se ha producido la vacante.

En el caso de vacantes para conductores, estar en posesión de un permiso de conducir de categoría superior a la requerida para ocupar el puesto de trabajo. Si coincidiese la categoría del permiso de conducir, decidirá el tiempo que medie desde que se obtuvo dicho permiso hasta la actualidad.

A continuación se reflejan las categorías profesionales que pueden participar en cada proceso de Promoción Interna en función de la categoría que tenga la plaza ofertada.

Para el acceso a la categoría de Jefe de Unidad se deberá realizar una prueba de conocimientos a determinar por la Comisión de Seguimiento.

Una vez finalizado el proceso de Promoción Interna, la plaza resultante del mismo (que será de una categoría profesional inferior) no será objeto de un nuevo Concurso de Traslados.

Fase 6: Una vez superada la fase anterior, la plaza que subsista se ofertará a los integrantes de la Bolsa de Trabajo que surja de la Convocatoria de Bolsa de Empleo, en base al orden de prelación en el que figuren en dicha bolsa.» -El VI Convenio Colectivo del Personal de la empresa TRAGSA adscrito al Servicio de Brigadas Rurales de emergencias Dependientes de la Dirección General de Prevención y Extinción de Incendios y Emergencias de la Generalitat Valenciana fue publicado en el DOCV el 29 de enero de 2015.

-El artículo 4 establece su ámbito temporal en los siguientes términos: «El presente Convenio tendrá una vigencia de siete años, desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2018, excepto en aquellas materias para las que se defina expresamente un plazo de vigencia distinto» -El artículo 26 establece: «Cobertura de vacantes A la finalización de cada campaña y con el único fin de permitirlos procesos de cobertura de vacantes, se elaborarán por la Comisión de Seguimiento las Relaciones de Personal (RP) en base a las listas de asistencia, a los contratos de trabajo y las RP de la campaña anterior.

Se confeccionará una única RP para toda la Comunidad Valenciana, en la que figurarán todos los trabajadores del Servicio Brigadas de Emergencia con contrato indefinido a tiempo completo, con contrato de obra o servicio determinado y el personal

con contrato fijo-discontinuo de Brigadas de Refuerzo, por puesto de trabajo y en el orden de prelación que determine su experiencia, constatada en razón al número de meses de trabajo computado desde el 1 de enero de 1994.

El personal que entre nuevo en RP, comenzará a sumar antigüedad a partir de la publicación en tablón de su adjudicación de vacante si está realizando una cobertura provisional y se mantiene trabajando de modo ininterrumpido hasta que tome posesión de su vacante definitiva, incluido aquellas coberturas de excedencia con reserva de puesto de trabajo.

El personal que hubiera realizado campañas anteriores en Refuerzo solo las sumará si constaba en las RP del año 2009.

Cobertura de vacantes en Brigadas de Emergencia La cobertura de vacantes se desarrollará dentro del ámbito autonómico.

El procedimiento de cobertura de plazas vacantes que surjan en Unidades cuyo periodo operativo se extiende a lo largo de todo el año constará de las siguientes fases: Fase 1 A) Trabajadores que se encuentren en situación de excedencia especial: Producida una vacante de un puesto de trabajo determinado, se ofertará a los trabajadores que figuren en situación de excedencia especial, es decir, aquel que figure en la RP con un puesto de trabajo y un período de contratación igual al de la vacante producida que se encuentre en ese momento a la espera de asignación de destino.

La comunicación de la oferta a los trabajadores afectados se realizará mediante escrito entregado en mano con acuse de recibo o correo certificado con acuse de recibo. El trabajador interesado se incorporará provisionalmente en la vacante origen del proceso de selección, hasta el 1 de enero del año siguiente, momento en que se producirá la ocupación de la vacante definitiva. En caso de no estar interesado en ninguna de las vacantes ofertadas causará baja en la RP y en la empresa.

B) Trabajadores que figuren en las RP en el mismo puesto de trabajo y un periodo de contratación igual al de la vacante producida que hayan solicitado por escrito participar en el concurso de traslados: La plaza referida se irá asignando automáticamente, en función del orden de preferencia manifestada por los trabajadores en sus solicitudes de participación en concursos de traslados. Cada asignación generará

una nueva plaza que volverá a ser asignada automáticamente por el mismo proceso hasta que el concurso de traslados se agote.

Una vez producida la asignación referida anteriormente, el trabajador implicado en la misma no podrá renunciar a la plaza que le haya sido asignada, ya que en caso de hacerlo causaría baja en la RP correspondiente y en la Empresa.

En caso de existir varios trabajadores del mismo puesto de trabajo que hayan solicitado la misma vacante ofertada, se utilizarán los siguientes criterios: Antigüedad computada desde 1992.

Número de hijos dependientes de la unidad familiar.

Proximidad de la residencia a la localidad donde radica la unidad donde se ha producido la vacante.

En el caso de vacantes para personal entre cuyas habilitaciones esté la posesión de algún permiso de conducir, disponer de uno de puesto de trabajo superior a la requerida para ocupar el puesto de trabajo. Si coincidiese la puesto de trabajo del permiso de conducir, decidirá el tiempo que medie desde que se obtuvo dicho permiso hasta la actualidad.

Solicitud, renuncia, baja y ampliación al concurso de traslados.

Brigadas de Emergencia: Los trabajadores interesados en participar en los concursos de traslados deberán ponerlo de manifiesto mediante escrito dirigido a la empresa indicando las plazas del mismo puesto de trabajo para las que deseen concursar por orden de preferencia y deberá entregarse entre los días 1 y 15 de enero de cada año mediante correo certificado con acuse de recibo, fax o entrega en mano con acuse de recibo.

Los trabajadores podrán ampliar las solicitudes de concursos de traslados, por escrito mediante correo certificado con acuse de recibo, fax o entrega en mano con acuse de recibo, entre los días 1 y 15 de enero de cada año. Una vez presentada la solicitud de ampliación, la solicitud original quedará anulada a todos los efectos.

Los trabajadores que hayan solicitado participar en los concursos de traslados, podrán renunciar por escrito a los mismos en cualquier momento, mediante correo

certificado con acuse de recibo, fax o entrega en mano con acuse de recibo. Las renunciaciones podrán ser de carácter parcial, es decir, que solo persigan anular alguno de los destinos consignados inicialmente en la solicitud original o completa, es decir, aquella que provoque la suspensión de la participación del trabajador en los concursos de traslados que se produzcan en un ejercicio.

La renuncia completa motivará la anulación automática de la solicitud original de concurso de traslados, sin perjuicio de que el trabajador pueda volver a solicitar participar en nuevos concursos de traslados al año siguiente.

Una vez producida la asignación referida anteriormente, el trabajador implicado en la misma no podrá renunciar a la plaza que le haya sido asignada, ya que en caso de hacerlo causaría baja en la RP correspondiente y en la empresa.

Una vez asignada una plaza a un trabajador, su solicitud de participación en concursos de traslados quedará sin efecto, sin perjuicio de que dicho trabajador pueda volver a solicitar participar en nuevos concursos de traslados cuando se habilite el periodo.

En caso de vacantes de nueva creación, esta fase deberá ser publicada en los tablones de anuncios y se hará llegar al responsable de cada brigada para su publicidad y que en el plazo ordinario habilitado (del 1 a 10 del mes) soliciten por escrito las vacantes el personal que desee optar a las mismas.

C) Personal en situación de excedencia voluntaria que haya comunicado, en tiempo y forma, a la empresa su solicitud de reincorporación: Una vez superada la subfase B, la plaza que subsista, se ofertará al personal en situación de excedencia voluntaria con un puesto de trabajo y un período de contratación igual al de la vacante producida, que haya manifestado por escrito a la empresa su deseo de volver a incorporarse al servicio.

La comunicación de la oferta a los trabajadores afectados se realizará mediante escrito vía correo certificado o entrega en mano con acuse de recibo, incorporándose provisionalmente y hasta el 1 de enero del año siguiente, momento en que se producirá la ocupación de la vacante definitiva, en la vacante origen del proceso de selección.

Una vez producida la asignación referida anteriormente, el trabajador implicado en la misma no podrá renunciar a la plaza que le haya sido asignada, ya que en caso de hacerlo causaría baja en la RP correspondiente y en la Empresa. En caso de no estar interesado en ninguna de las vacantes ofertadas causará baja en la RP y en la empresa.

Fase 2: Promoción interna: esta fase se compone de las siguientes subfases: A) Trabajadores que figuren en la RP con un puesto de trabajo inmediatamente inferior, destinados en la misma Unidad donde se produzca la vacante y que cumplan con los requisitos que se recogen anteriormente y los relacionados en el anexo número 6.

Este proceso se repetirá las veces que sea necesario hasta que se agote la promoción interna dentro de la unidad en la que se ha producido la vacante.

B) Trabajadores que figuren en la RP con un puesto de trabajo inmediatamente inferior, con destino diferente a donde se ha producido la vacante y que cumplan con los requisitos que se recogen anteriormente y los relacionados en el anexo número 6.

Este proceso se repetirá las veces que sea necesario hasta que se agote la promoción interna en el servicio.

La fase 2 -Promoción interna- se desarrollará a partir de las relaciones baremadas, donde figurarán los trabajadores ordenados en función de los baremos que figuran en el anexo número 9: Dichas relaciones se elaborarán a 01 de enero de cada año, recogiendo la baremación por: Puesto de trabajo y antigüedad de las Relaciones de Personal (RP), Aportación por parte de los trabajadores del 16 de junio al 15 de diciembre, de las certificaciones de los cursos de formación y perfeccionamiento en todo tipo de emergencias incluida la extinción de incendios forestales así como los de prevención de riesgos laborales y seguridad y salud en el trabajo, y se actualizarán, en materia de formación, con los certificados de los Cursos de Formación aportados por los trabajadores del 16 de diciembre al 15 de junio, al finalizar el primer semestre de cada campaña.

En el supuesto de que, tras la elaboración de las relaciones antes aludidas, se produzcan casos de igualdad de puntuaciones, se utilizarán los siguientes criterios: Antigüedad computada desde 1992.

Número de hijos dependientes de la unidad familiar.

Proximidad de la residencia a la localidad donde radica la unidad donde se ha producido la vacante.

En el caso de vacantes para conductores, estar en posesión de un permiso de conducir de puesto de trabajo superior a la requerida para ocupar el puesto de trabajo. Si coincidiese el puesto de trabajo del permiso de conducir, decidirá el tiempo que medie desde que se obtuvo dicho permiso hasta la actualidad.

A continuación se refleja quién puede participar en la promoción interna en función de la plaza solicitada, siempre que se cumplan los requisitos específicos para el puesto de trabajo solicitado. En anexo número 6 se detallan los requisitos: Puesto de trabajo: Puede optar a la promoción interna: A Jefe de Dotaciones Consorcio B y C con pruebas según anexo número 9 B Jefe de unidad C, D, E, F, G C Subjefe D, E, F, G con permiso B + BTP D Corretornos E, F, y G con permiso C E Sustituto vacaciones F y G con permiso C F Conductor de autobomba G con permiso C G Brigadista.

Fase 3: Una vez superada la fase 2, las plazas que subsistan se agruparán para ofertar a final del año natural a: A) Trabajadores interesados en ocupar un puesto de trabajo inferior, las solicitudes recibidas se atenderán según el orden de prelación de las relaciones baremadas en vigor (anexo número 9) y por una sola vez.

El personal que opte por esta opción no podrá participar en promociones internas (fase 2) hasta transcurridos 2 años.

B) Listado de personal del servicio compuesto por el personal con contrato fijo discontinuo y personal que haya trabajado 6 meses en el Servicio de Brigadas de Emergencia desde el 1 de enero de 2010, previa solicitud de los trabajadores interesados. Deben cumplir los requisitos anexo número 6 El orden de prelación se obtendrá por la baremación que establece el anexo número 7 y por el resultado de la prueba de la disposición transitoria segunda.

Las normas de funcionamiento y gestión del listado de personal se desarrollarán por la Comisión de Seguimiento.

Si una vez realizadas las distintas fases del proceso de cobertura de una vacante la misma quedara desierta por no haber nadie que la hubiera solicitado o porque los solicitantes no reunieran los requisitos exigidos en el convenio, se cubrirá la vacante con personal del listado de personal que aparezca en la RP en el mismo puesto de trabajo.

Publicidad y solicitud de las vacantes Las vacantes se publicarán en los tablones de anuncios de las delegaciones provinciales de TRAGSA Comunidad Valenciana, del 20 al 30 de cada mes y se harán llegar al responsable de cada unidad para su publicidad. En la misma publicación se indicará la vacante y la fase en la que se encuentra el proceso de cobertura.

Los interesados deberán presentar solicitud de vacante mediante el documento que se recoge en el anexo número 8 por correo certificado con acuse de recibo, fax o entrega en mano con acuse de recibo, del 01 al 10 de cada mes.

La publicación del resultado y el anuncio de la siguiente fase, se realizará en los tablones de anuncios de las delegaciones provinciales de TRAGSA Comunidad Valenciana, del 20 al 30 del mes siguiente.

Asimismo, en las actas de la Comisión de Seguimiento se incorporarán los resultados de los distintos procesos de cobertura de vacantes.

Los distintos procesos de cobertura de vacantes se irán desarrollando durante todo el año y los trabajadores podrán participar en ellos con arreglo a los requisitos de cada fase y siempre partiendo de la plaza que conste en la RP en vigor.

Las vacantes producidas en el desarrollo de cada subfase se ofertaran nuevamente a la fase 1.

La fecha efectiva de asignación y ocupación de las vacantes será el día 1 de enero del año siguiente.

La cobertura de una vacante se considerará consolidada cuando la Empresa presente a la Comisión de Seguimiento, la documentación que acredite que se han realizado los procesos antes referidos.

Una vez producida la asignación efectiva referida anteriormente, el trabajador implicado en la misma no podrá renunciar a la plaza que le haya sido asignada, ya que

en caso de hacerlo causaría baja en la RP correspondiente y en la empresa.» - En fecha 11 de diciembre de 2014 quedó vacante un puesto de brigadista en Sinarcas (Valencia) y el 1 de enero de 2015 se crearon 18 puestos de trabajo para las brigadas de emergencia en distintas localidades de Valencia y Alicante.

- Dichas plazas fueron cubiertas de forma temporal a través de contratos de dicha clase formalizados en el mes de enero de 2015 y publicados en el Tablón de Anuncios de las Delegaciones y Parques de Emergencia el 30 de enero de 2015.

- El 30 de enero de 2015 TRAGSA publicó en el tablón de Anuncios de sus Delegaciones y Parques de Emergencias un anuncio en el que figura "Servicio Brigadas de Emergencia. Vacantes cuya cobertura se efectuará conforme al VI Convenio Colectivo (fase 1)" apareciendo a continuación una relación de vacantes que se corresponden con la plaza vacante y las 18 plazas de nueva creación.

3.- El recurrente aduce que para la cobertura de las vacantes producidas el 11 de diciembre de 2014 -puesto de brigadista en Sinarcas (Valencia)- y 1 de enero de 2015 - se crean 18 puestos de trabajo para las brigadas de emergencia en distintas localidades de Valencia y Alicante- hay que aplicar las previsiones contenidas en el artículo 26 del V Convenio Colectivo del Personal de la empresa TRAGSA adscrito al Servicio de Brigadas Rurales de emergencias Dependientes de la Dirección General de Prevención y Extinción de Incendios y Emergencias de la Generalitat Valenciana, que prevé una sexta fase, en la que se dispone que: "una vez superada la fase anterior, la plaza que subsista se ofertará a los integrantes de la Bolsa de Trabajo que surja de la Convocatoria de Bolsa de Empleo, en base al orden de prelación en el que figuren en dicha bolsa." Entienden los recurrentes que en fechas 11 de diciembre de 2014 y 1 de enero de 2015 las relaciones del personal afectado por el conflicto colectivo planteado se regían por el citado V Convenio Colectivo y no por el VI, ya que, de aplicarse el VI Convenio se estaría vulnerando el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, garantizado en el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución , porque dicho Convenio se publicó con posterioridad a que se produjeran las citadas vacantes.

La censura jurídica formulada no ha de tener favorable acogida. A este respecto hay que señalar que la naturaleza y efectos de los Convenios Colectivos, entre los que se encuentra su vigencia, aparece regulada en los artículos 82 a 86 del Estatuto de los Trabajadores , que constituyen un sistema cerrado, sin que se precise acudir, como alega el recurrente, a las Disposiciones Transitorias 1ª y 4ª del Código Civil .

A tenor de lo establecido en el artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores : "Corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los Convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo Convenio". En el artículo 4 del VI Convenio, Colectivo del Personal de la empresa TRAGSA adscrito al Servicio de Brigadas Rurales de emergencias Dependientes de la Dirección General de Prevención y Extinción de Incendios y Emergencias de la Generalitat Valenciana, expresamente consta que tendrá una vigencia de siete años, desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2018. Por lo tanto, si las partes han pactado que la vigencia del Convenio comienza el 1 de enero de 2012, aunque se haya publicado con posterioridad en el DOCV, se aplica a la cobertura de vacantes que se produzcan con posterioridad a la fecha de vigencia pactada.

A mayor abundamiento hay que señalar que en la fecha en la que se produce la convocatoria para la cobertura de las plazas -el 30 de enero de 2015- ya se había publicado el VI Convenio Colectivo -se publicó el 29 de enero de 2015- por lo que el citado Convenio Resulta de plena aplicación.

QUINTO.- Procede poner de relieve que el precepto del VI Convenio Colectivo del Personal de la empresa TRAGSA, cuya aplicación se cuestiona en el presente recurso - artículo 26 del citado Convenio Colectivo -, ha sido impugnado por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano (CCOO), habiendo recaído sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2016, casación 229/2015 , que desestima el recurso de casación interpuesto y confirma la sentencia de instancia, que había desestimado la demanda formulada.

SEXTO .- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.2 de la LRJS .

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación letrada de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DEL PAÍS VALENCIÁ contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, el 6 de noviembre de 2015 , en el procedimiento número 34/2015, seguido a instancia del recurrente contra la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA SA -TRAGSA- y la DIRECCIÓN GENERAL DE PREVENCIÓN, EXTINCIÓN DE INCENDIOS Y EMERGENCIAS DE LA CONSELLERÍA DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT VALENCIANA, sobre CONFLICTO COLECTIVO. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

23-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE MARZO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la letrada Dña. Naira Olaskoaga Bereziartua, en nombre y representación de la Confederación Sindical ELA, mediante escrito de fecha 23 de diciembre de 2015 presentó demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando que se declare que conforme al art. 66-6 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Departamento de Interior y del Organismo Autónomo Academia de Policía del País Vasco vigente, que se han de computar, a los únicos efectos de perfeccionamiento de trienios, los períodos de

prestación de servicios efectivos durante el tiempo de cumplimiento del Servicio Militar -Servicio en filas de la situación de actividad para quienes lo prestaron en virtud de la Ley 55/1968, de 27 de julio, General del Servicio Militar (art. 53), actividad o servicio en filas para quienes lo prestaron en virtud de la Ley 19/1984, de 8 de julio, del Servicio militar (art. 28-2) y Servicio Militar "stricto sensu" para quienes lo prestaron en virtud de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar (arts. 24 y 57 , respectivamente)- con anterioridad a la adquisición de la condición de contratado laboral fijo o temporal y, en consecuencia, se reconozca el derecho de los trabajadores que prestaron el Servicio Militar a que las Administraciones demandadas realicen el cómputo para el perfeccionamiento de trienios de los periodos de ese tipo que acrediten y al abono de las diferencias retributivas que por tal concepto y motivo hubieren devengado".

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

TERCERO.- Con fecha 23 de febrero de 2016, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO: "Se desestima la demanda de conflicto colectivo actuada por ELA contra SINDICATO HITZA, ACADEMIA VASCA DE POLICÍA Y EMERGENCIAS DEL PAÍS VASCO, María Ángeles DELEGADA PERSONAL DE ARABA, EUSKO JAURLARITZA-GOBIERNO VASCO, COMITK INTERCENTROS DEL PERSONAL LABORAL DEL DPTO DE SEGURIDAD DE LA ACADEMIA VASCA DE POLICÍA Y EMERGENCIAS, COMITÉ DE EMPRESA DE LA ACADEMIA VASCA DE POLICÍA Y EMERGENCIAS, COMITÉ DE EMPRESA DE GIPUZKOA DEL PERSONAL LABORAL DEL DEPARTAMENTO DL SEGURIDAD Y DEL ORGANISMO AUTÓNOMO ACADEMIA VASCA DL POLICÍA Y EMERGENCIAS, Roberto , COMITÉ DE EMPRESA DE BIZKAIA DEL PERSONAL LABORAL DEL DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD Y DEL ORGANISMO AUTÓNOMO ACADEMIA VASCA DE

POLICÍA Y EMERGENCIAS y Romeo - DELEGADO PERSONAL DE ARABA-. Se absuelve a los demandados de la pretensión en su contra actuada."

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación: "

PRIMERO: El presente conflicto colectivo afecta al personal laboral del Departamento de Seguridad y del organismo autónomo Academia de Policía y Emergencias del Gobierno Vasco, que realizaron en su día el servicio militar obligatorio.

SEGUNDO. - Treinta y siete de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, solicitaron el reconocimiento de los servicios prestados como militar de reemplazo a efectos de la antigüedad y abono de trienios, de acuerdo con el art. 66.6 del convenio colectivo del personal laboral del Departamento de interior del Gobierno Vasco. El 17 de marzo de 2015, el Director de función pública de la Administración demandada, dictó resolución nº 19/2015 por la que se acumulan y desestiman dichas solicitudes, resolución aportada por ambas partes que se tiene por íntegramente reproducida.

TERCERO.- En resolución nº 32/2015 de 5 de mayo, del Director de la función pública, se desestiman las reclamaciones previas (acumuladas) frente a la resolución 19/2015 de 17 de marzo. Se aporta por la demandada como documento nº 2 a su ramo de prueba, la citada resolución que se tiene por reproducida.

CUARTO.- Por resolución nº 34/2015 de 7 de mayo del Director de función pública, se desestimaron las reclamaciones previas presentadas por otros treinta y cuatro trabajadores adscritos al Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco, que habían accionado contra la resolución 19/2015 de 17 de marzo.

La citada resolución se aporta por la parte actora como documento nº 3 a su ramo de prueba, dándose por reproducida en su integridad.

QUINTO.- La sección sindical de ELA del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, dirigió escrito el 9 de diciembre de 2014 a la Secretaría de la Comisión Paritaria interesando la convocatoria de la misma para tratar diversas cuestiones, éstas el cómputo del servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria para perfeccionamiento de trienios conforme al art.66.6 de convenio colectivo, fijándose fecha para la misma si bien se acordó una primera suspensión el 20 de enero de 2015 (documento nº 6 de la parte actora).

Consta que el 5 de junio de 2015 se interesó, nuevamente, por la sección sindical de ELA , del Departamento de Interior (escrito fechado el día anterior), la convocatoria de la Comisión Paritaria para tratar, entre asuntos, el cómputo del servicio militar obligatoria para el perfeccionamiento de trienios con apoyo en el art.66.6 del convenio colectivo (documento nº 8 de la parte actora), sin que conste que hasta la fecha se haya tratado esta cuestión en la Comisión Paritaria.

SEXTO.- El 16 de octubre de 2015 se presentó solicitud de mediación ante el PRECO por el sindicato actor, celebrándose intento conciliatorio el 9 de noviembre 2015, acto en el que el representante del comité intercentros manifestó su adhesión a la pretensión de ELA actuada en conciliación, aportando al efecto acta del comité de la reunión en la que se adoptó dicho acuerdo, manifestando en el acto los representantes de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, y el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco, que reconocían a los efectos pretendidos, únicamente, la parte que exceda del servicio militar obligatorio. El acto concluyó sin avenencia.

SÉPTIMO.- El 23 de diciembre de 2015 se presentó la demanda origen del litigio, señalándose para la celebración del acto de juicio el 16 de febrero de 2016."

QUINTO.- Por la parte recurrente, se interpuso recurso de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, amparado en lo dispuesto en el artículo 207 e), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , siendo su objetivo denunciar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación a las partes recurridas personadas y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de

considerar la improcedencia del recurso, se declararon conclusos los autos y se señaló día para votación y fallo el día 21 de marzo de 2017, quedando la Sala formada por cinco Magistrados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por la Confederación Sindical ELA se promovió demanda de conflicto colectivo en cuyo suplico la parte actora instaba que se declare que conforme al art. 66-6 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Departamento de Interior y del Organismo Autónomo Academia de Policía del País Vasco vigente, se han de computar, a los únicos efectos de perfeccionamiento de trienios, los períodos de prestación de servicios efectivos durante el tiempo de cumplimiento del Servicio Militar -Servicio en filas de la situación de actividad para quienes lo prestaron en virtud de la Ley 55/1968, de 27 de julio, General del Servicio Militar (art. 53), actividad o servicio en filas para quienes lo prestaron en virtud de la Ley 19/1984, de 8 de julio, del Servicio militar (art. 28-2) y Servicio Militar "stricto sensu" para quienes lo prestaron en virtud de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar (arts. 24 y 57 , respectivamente)- con anterioridad a la adquisición de la condición de contratado laboral fijo o temporal y, en consecuencia, se reconozca el derecho de los trabajadores que prestaron el Servicio Militar a que las Administraciones demandadas realicen el cómputo para el perfeccionamiento de trienios de los periodos de ese tipo que acrediten y al abono de las diferencias retributivas que por tal concepto y motivo hubieren devengado".

La sentencia recurrida desestimó la demanda en todos sus extremos y frente a ella recurre ELA mediante tres motivos amparados cada uno en el artículo 207. e) de la L J S .

La cuestión debatida en esencia se suscita a propósito de la posibilidad de interpretar el artículo 66.6 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Departamento de Interior y del Organismo Autónomo Academia de Policía del País Vasco , incluyendo en el concepto de servicios prestados en cualquier Administración Pública los periodos transcurridos durante el Servicio Militar. La sentencia niega esa posibilidad aplicando por analogía la Ley 70/1978 de 26 de diciembre y el R.D

1461/1982 de 25 de junio dictado en desarrollo de la anterior. El artículo 1 de la ley 70/1978 presenta el tenor literal siguiente: "Artículo primero. Uno. Se reconocen a los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional, de la de Justicia, de la Jurisdicción del Trabajo y de la Seguridad Social la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones, previos a la constitución de los correspondientes Cuerpos, Escalas o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración pública.

Dos. Se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos.

Tres. Los funcionarios de carrera incluidos en el apartado uno tendrán derecho a percibir el importe de los trienios que tuviesen reconocidos por servicios sucesivos prestados, desempeñando plaza o destino en propiedad, en cualquiera de las mencionadas esferas de la Administración, o en la Administración Militar y Cuerpos de la Guardia Civil y Policía Armada".

En cuanto al artículo 1.1 del R.D. 1461/1982 dispone que: "Artículo primero.- Servicios computables y efectos de los mismos.- Uno. A efectos de perfeccionamiento de trienios, se computarán todos los servicios prestados por los funcionarios de carrera en cualquiera de las Administraciones públicas citadas en el artículo primero de la Ley setenta/mil novecientos setenta y ocho, de veintiséis de diciembre, sea el que fuere el régimen jurídico en que los hubieran prestado, excepto aquellos que tuvieran el carácter de prestaciones personales obligatorias.

A los aludidos efectos se considerará período de prácticas el prestado una vez superadas las pruebas selectivas correspondientes, habiéndose expedido el adecuado nombramiento, con el devengo durante el mismo de retribución económica y siempre y cuando una vez superado dicho período se hubiera obtenido el correspondiente nombramiento de funcionario de carrera.

Dos. Ningún período de tiempo podrá ser computado más de una vez aun cuando durante el mismo el funcionario hubiera prestado servicios simultáneos en una o más esferas de la misma Administración o en Administraciones públicas diferentes".

SEGUNDO. - En el primer motivo del recurso se alega la infracción del artículo 1. de la Ley 70/1987 de 26 de diciembre . del artículo 1.1 del Real Decreto 1461/1982 de 25 de junio por el que se dicta las normas de aplicación de la L.70/1978 de 26 de diciembre, en relación del artículo 4.1 del Código civil y del Artículo 66.6 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Departamento de Interior y del Organismo Autónomo Academia de Policía del País Vasco.

Como quiera que en los dos motivos restantes la infracción que se predica es la de los artículos 3-1 y 1281.1 del Código Civil en el segundo motivo, y del artículo 1285 del Código Civil en relación con los artículos 55.1 y 66.7 del citado Convenio colectivo en el tercero es evidente que el recurso plantea como única cuestión el examen de la aplicabilidad de la Ley 70/1987 de 26 de diciembre y del R .D 1461/1982 de 25 de junio que la desarrolla, a la luz de los restantes preceptos del Código Civil que rigen la interpretación tanto de las normas como de los contratos .

En el primero de los fundamentos de Derecho hemos reproducido el texto literal de los preceptos a cuya dicción se remite la sentencia a la hora de interpretar el art 66.6 del Convenio Colectivo de aplicación siendo el artículo 1.1 del R. D 1461/1982 una forma de aclaración de la Ley 70/1978 si bien la lectura cuidadosa de esta última la hacía innecesaria por cuanto en el punto Dos alude a los servicios prestados en régimen de contratación administrativa o laboral , siendo así que la "contratación " excluye por principio las prestaciones personales obligatorias que se sitúan en un ámbito jurídico distinto.

No obstante, lo que la demandada plantea es la posibilidad de que el Convenio Colectivo haya venido a mejorar las condiciones del vínculo, contrato laboral , que rigen las relaciones entre el Departamento de Interior y quienes de él dependen de suerte que la noción de servicio sería más genérica que la de servicios por cuenta ajena , de naturaleza contractual .

La sentencia hace alusión a la dictada por esta Sala el 17 de diciembre de 2010 (R.C.U.D 4555/2009) en la que a propósito de una reclamación en materia de prestaciones de Seguridad Social se rechaza la posibilidad de unir al cómputo de cotizaciones por actividad profesional el periodo del Servicio Militar tanto en periodo obligatorio como voluntario al no existir obligación de cotizar en ninguno de ellos. El criterio adoptado en aquella resolución es coherente con la inexistencia de relación laboral si bien cabe la posibilidad del deber de cotizar en ausencia de relación laboral o administrativa, vg., la protección social de Senadores y Diputados antes a través de la O.M. de 7-3-1978 y actualmente en virtud de la Orden TAG 2864/2003 de 13 de octubre.

En definitiva el citado ejemplo no resuelve la cuestión acerca de la posibilidad de mejora de las condiciones laborales a través del Convenio Colectivo, habida cuenta de que su única trascendencia en este caso lo sería en orden al cómputo de trienios .

Alude la recurrente a la necesidad de interpretación contextualizada del precepto en discusión, con cita del apartado 7 del mismo artículo, en el que se establece que "el personal laboral fijo que se rige por este Convenio y que se encuentre en situación de excedencia forzosa por ocupar un cargo público tendrá derecho a percibir las retribuciones que le corresponderían por el concepto de antigüedad , desde la fecha de su nombramiento y durante el tiempo que permanezca en dicha situación ".

Sin embargo la cita del precepto cuyo texto hemos reproducido no abona la solución que la parte actora reclama pues en él se muestra sin lugar a dudas que la voluntad de la negociación colectiva ha sido la de reconocer un derecho que no cabía presumir, percibo de retribuciones por antigüedad cuando el interesado no presta servicios para su empleador y de ahí la mención expresa de que a un supuesto diferente se le dispense tratamiento igual que el otorgado a quienes se encuentran en una situación ordinaria , la de prestación de servicios .

En el caso que nos ocupa, de haber sido la voluntad de la negociación colectiva otorgar a las prestaciones personales en las que no ha mediado relación contractual o administrativa alguna, caso dispar de los "servicios efectivamente prestados", términos empleados en el convenio, el mismo tratamiento que a éstos y teniendo en cuenta que,

como empleados públicos su condición resultaría mas favorable que la de los funcionarios, existiría una mención expresa como la que incluye el artículo 66 en su apartado 7.

No cabe en consecuencia apreciar en la resolución recurrida la infracción que se denuncia por lo que de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor lo preceptuado en el artículo 235 de la L J S .

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido : Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical ELA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 23 de febrero de 2016, en autos nº 26/2015 . Sin que haya lugar a la imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

24-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MARZO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación del Comité Intercentros de Agencia EFE, S.A.U. se interpuso demanda de Conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que, tras exponer los hechos y motivos que se estimaban necesarios, se terminó por suplicar que se dictara sentencia por la que se «declare que el art. 17 del vigente Convenio Colectivo de Agencia Efe , S.A. obliga a la empresa a que la dotación presupuestaria anual para las promociones a Nivel Senior sea suficiente como para garantizar, al menos, tantas promociones como candidatos

resultaron aprobados el año anterior y no progresaron de nivel por insuficiente asignación presupuestaria; condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración y condenándola, en consecuencia, a que en el proceso correspondiente al año 2012 lleve a cabo de manera efectiva, con la asignación económica que ello exija, la progresión al Nivel Senior de al menos 24 candidatos, según el orden de prioridades establecido en el convenio.».

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

TERCERO.- Con fecha 3 de diciembre de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo:

«Que desestimando la excepción de prescripción de la acción y ESTIMANDO LA DEMANDA PLANTEADA POR EL COMITÉ INTERCENTROS DE LA AGENCIA EFE S.A. FRENTE A LA AGENCIA EFE SA declaramos que el art. 17 del vigente Convenio Colectivo de Agencia Efe , S.A. obliga a la empresa a que la dotación presupuestaria anual para las promociones a Nivel Senior sea suficiente como para garantizar, al menos, tantas promociones como candidatos resultaron aprobados el año anterior y no progresaron de nivel por insuficiente asignación presupuestaria; condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración, condenándola, en consecuencia, a que en el proceso correspondiente al año 2012 lleve a cabo de manera efectiva, con la asignación económica que ello exija, la progresión al Nivel Senior de al menos 24 candidatos, según el orden de prioridades establecido en el Convenio.».

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

«PRIMERO .- La Agencia Efe cuenta con una sede central en Madrid, y numerosas delegaciones en todas las Comunidades Autónomas y en el extranjero.

El presente conflicto colectivo afecta a todos los trabajadores de la Agencia Efe, tanto de su sede central como de sus delegaciones, que ostentan la condición de "Redactor" o de "Redactor Gráfico", en un número aproximado de 300 trabajadores.

SEGUNDO. - El vigente convenio colectivo de Agencia Efe, S.A. (BOE 15.10.2010), cuya vigencia se ha prorrogado por acuerdo expreso de las partes, formalizado en acta de 5.7.2013, hasta el 31.12.2017, regula en su art. 17 el denominado Nivel Senior.

Esta regulación, que se ha mantenido idéntica, se incluyó por primera vez en el convenio colectivo 2005-2007, suscrito el 17.5.2006 (BOE 24.10.2006). Este Nivel es de aplicación tanto a los trabajadores que ocupan puestos de "Redactor" como a los que ocupan puestos de "Redactor Gráfico", tal y como recoge el propio precepto citado.

Este precepto regula un sistema de promoción anual mediante evaluación al nivel de redactor senior o redactor gráfico señor (sic) previéndose al respecto lo siguiente:

"Las promociones se producirán en una fecha exacta de cada año, si bien tendrán efecto el 1 de enero, siempre y cuando en esa fecha se cumplan todos los criterios de aceptación de candidaturas. Se dotará el presupuesto anual de la empresa con una cantidad específica para este concepto. Las progresiones que no pudieran llevarse a cabo por agotar la dotación asignada, tendrán prioridad en el siguiente proceso de promoción, siendo el segundo criterio de orden el número de puntos conseguido por cada candidato" .

TERCERO .- Durante todos los años de vigencia del Nivel Senior -esto es, desde el año 2006- la empresa ha efectuado una dotación presupuestaria suficiente como para garantizar que, al menos, pudieran producirse tantas promociones como candidatos aptos quedaron pendientes en el proceso anterior.

CUARTO .- El día 18.6.2015 se reunió la Comisión Mixta Paritaria del Convenio donde se cerró el proceso de evaluación correspondiente al año 2011. En este acta se deja constancia de que han superado la puntuación exigida un total de 24 trabajadores candidatos, y señalándose que "dado que la asignación económica presupuestada para el año 2011 se destinó íntegramente a llevar cabo las reclasificaciones pendientes del proceso del año 2.010 y no existiendo dotación presupuestaria añadida para cubrir las reclasificaciones en el proceso del año 2011, no

serán reclasificados en ese periodo, si bien mantendrán la prioridad tal y como establece el Convenio Colectivo vigente en su art. 17" .

QUINTO .- En la misma fecha de 18.6.2015 la Comisión Mixta Paritaria decidió abrir los procesos para los años 2012, 2013, 2014 y 2015. En este momento es cuando surgió la discrepancia, pues la empresa anunció que la dotación presupuestaria para el año 2012 apenas llegaría a cubrir 7 progresiones de nivel; la de 2013, 3 progresiones; la de 2014 2, y la de 2015 otras 2.

La parte social mostró su disconformidad con esa decisión. Sin embargo, la empresa sostiene que el convenio colectivo sólo les obliga a efectuar cada año una dotación presupuestaria específica, no mínima.

SEXTO.- En el seno de la empresa en el año 2.012 promovió ERE de regulación de empleo que finalizó con acuerdos de 22-6-2.015 relativos a jubilaciones anticipadas y bajas indemnizadas, medidas voluntarias sobre reducciones de jornada y teletrabajo y reducción salarial, cuya tramitación, conclusión y posterior seguimiento mediante una Comisión constituida al efecto obran en los descriptores 36, 40 a 42, 44 a 49, 51 a 53, 55 a 61.

SÉPTIMO. - Previa solicitud por parte del Comité intercentros, las partes acudieron a un intento mediación ante el SIMA que finalizó con desacuerdo, extendiéndose el correspondiente acta del acto fechada el día 23-9-2.015.».

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de Agencia EFE S.A.U..

El recurso fue impugnado por el Comité Intercentros de Agencia EFE, S.A.U..

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de marzo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que estima la demanda en los términos antes transcritos, se alza la empresa en casación ordinaria mediante recurso que contiene un único motivo.

Se ampara la parte recurrente en el apartado d) del art. 207 LRJS para sostener que en la sentencia recurrida se incurre en error en la apreciación de la prueba y, específicamente, concreta tal error en el «contenido íntegro del Quinto Fundamento de Derecho de la sentencia».

2. La norma procesal mencionada dispone que «El recurso de casación habrá de fundarse en algunos de los siguientes motivos: (...) d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios». Además, el art. 210.2 b) LRJS exige que se señale de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente el error, así como el concreto extremo a que se refiere, y que se ofrezca la redacción alternativa de los hechos probados que se busca.

Nuestra doctrina constante y sobradamente conocida ha señalado que, para que este motivo pueda prosperar, se necesita que concurran todos y cada uno de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (valga por todas, la STS/4ª de 12 mayo 2016, rec. 132/2015).

3. Pues bien, el recurso no se ajusta a la previsión legal ni respeta los criterios interpretativos jurisprudenciales expuestos.

En primer lugar, no ataca ninguno de los hechos probados de la sentencia, ni siquiera pone de relieve que lo que esté combatiendo sea una afirmación de carácter fáctico que, inadecuadamente, la Sala de instancia hubiera introducido entre la Fundamentación jurídica de la sentencia. Es más, el escrito de formalización del recurso

expresamente señala que los hechos probados reproducen adecuadamente la realidad fáctica sobre la que se asienta el litigio.

En segundo lugar, lo que el recurso hace es combatir los razonamientos de la Sala de instancia entendiendo que en ellos se produce una errónea interpretación del precepto del convenio colectivo que constituye el núcleo de la controversia -el art. 17-; cuestión esta que debería haberse llevado por el cauce del apartado e) del art. 207 LRJS.

4. A la vista de ese planteamiento, se hace evidente que esta Sala no puede llevar a cabo la revisión de los hechos probados de la sentencia, que deben, por ello, permanecer incólumes ante la falta de adecuada impugnación.

SEGUNDO .- 1. Sostiene el Ministerio Fiscal que, precisamente por la errónea formulación del recurso, éste debe ser desestimado por las razones que hemos apuntado en el Fundamento anterior.

Pese la confusión en que incurre al llevar por cauce inadecuado el único de los motivos de su recurso, lo cierto es que está planteando únicamente una impugnación basada en el examen del derecho aplicado por la sentencia recurrida; y que, de forma ciertamente no perfecta, denuncia una interpretación errónea del ya mencionado art. 17 del Convenio colectivo de empresa, poniéndolo en relación con los arts. 1256 y 1284 del Código Civil (CC). Así lo entiende incluso la parte recurrida, que, en su escrito de impugnación, pone de relieve la incorrecta formulación del motivo entendiendo que lo que éste está planteando es la cuestión jurídica de la interpretación del citado art. 17.

2. Precisamente el objeto del conflicto lo constituía dicha interpretación, buscándose una declaración sobre el sentido del precepto en los términos que acoge la sentencia de instancia.

Frente al razonamiento de la sentencia recurrida, que descarta una interpretación que pueda otorgar a la sola voluntad de la parte empleadora la eficacia del sistema de promoción al que la cláusula convencional se refiere, la ahora recurrente insiste en sostener que es a la dirección de la empresa a quien corresponde determinar la cuantía de la dotación presupuestaria, sin que el precepto exija una cuantía mínima, ni el acuerdo sobre la misma, ni la suficiencia para la cobertura de la promoción de todos aquéllos que reúnan los requisitos para el ascenso.

3. Como se recoge en el Segundo de los Hechos Probados de la sentencia, el art. 17 dispone que «... Se dotará el presupuesto anual de la empresa con una cantidad específica para este concepto. Las progresiones que no pudieran llevarse a cabo por agotar la dotación asignada, tendrán prioridad en el siguiente proceso de promoción, ...»; siendo ésta una regulación idéntica a la del Convenio precedente.

El conflicto surge a raíz de los procesos de promoción para los años 2012 y siguientes, pues, a diferencia de lo que venía sucediendo (Hecho Probado Tercero), la empresa anunció una dotación presupuestaria limitada a un número de plazas que no cubría las no asignadas en los procesos anteriores (Hechos Probados Cuarto y Quinto).

4. Esta Sala IV del Tribunal Supremo se ha pronunciado de modo constante en relación al método a seguir para la interpretación de los convenios colectivos. Partiendo de su singular naturaleza mixta -como contrato con efectos normativos a la par que norma de origen contractual-, hemos sostenido que su interpretación debe hacerse utilizando los siguientes criterios: a) la literalidad de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC); b) el análisis sistemático, que atribuye a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 CC); c) la interpretación histórica, que atiende a los antecedentes históricos y a los actos de los partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC); d) la interpretación finalista, que tiene en cuenta la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1 , 1281 y 1283 CC); e) el rechazo de la analogía para cubrir las lagunas (STS/4ª de 9 abril 2002 -rec. 1234/2001 - y 23 noviembre 2016 -rec. 249/2015-); y f) la interpretación conjunta que impide el llamado "espigueo" (STS/4ª de 4 y 11 junio 2008 -rcud. 1771/2007 y 1777/2007, respectivamente-).

A tales elementos, sobre los que asentar la labor judicial hermenéutica de los convenios colectivos, hemos añadido la afirmación de que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual (STS/4ª de 15 septiembre 2009 -rec.

78/2008 -, 5 junio 2012 -rec. 71/2011-, 4 febrero 2013 -rec. 33/2012-, entre muchas otras).

5. En este sentido la Sala de instancia lleva a cabo un análisis que se adecúa a los parámetros arriba expuesto, pues analiza la finalidad de la cláusula, así como el principio de conservación de los actos jurídicos, que extrae del art. 1284 CC y los propios actos de los contratantes. Todo ello le lleva a razonar que carecería de objeto el mandato del precepto convencional si las posibilidades de concreción de la dotación presupuestaria llegaran al extremo de impedir su eficacia al no absorber siquiera a las progresiones que hubieran quedado como remanente de la anualidad anterior -como así viene sucediendo-. Y tal conclusión no resulta irrazonable, ni ilógica, ni contradictoria con la literalidad de la cláusula en cuestión.

TERCERO.- 1. Lo dicho nos lleva a desestimar el recurso de la empresa, con la confirmación consiguiente de la sentencia recurrida.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.2 LRJS , cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia, por lo que no cabe condena en costas; no obstante, debe condenarse a la pérdida del depósito dado para recurrir (art. 216 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decididodesestimar el recurso de casación interpuesto por Agencia EFE S.A.U. contra la sentencia de la Sala de lo Social de la audiencia Nacional de fecha 3 de diciembre de 2015 (autos 288/2015), con la consiguiente confirmación de la misma. No procede la condena en costas, sí la pérdida del depósito dado.

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

Así se acuerda y firma.

25-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MARZO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Federación de Servicios de Unión General de Trabajadores (FeS-UGT) y la Federación de Servicios a la Ciudadanía (FSC-CC.OO.), interpusieron demanda de impugnación de convenio colectivo del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia estimatoria y se declare la nulidad del convenio colectivo de Duna Tecnics, S.A., al haberse incumplido los arts. 87.1 , 88.2 y 89.3 del ET , por firmar el mismo en representación de los trabajadores un único comité de empresa, a pesar de que el texto es de aplicación a los empleados de todos los centros de trabajo que la empresa tiene en el territorio nacional.

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

TERCERO.- Con fecha 17 de septiembre de 2015 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda y defecto en el inicio del procedimiento de impugnación de convenio colectivo. Estimamos la demanda formulada por D^a. Rosa González Rozas, Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA (FSC-CC.OO) y D. Roberto Manzano del Pino, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FeS-U.G.T.), contra, la empresa DUNA TECNICS, S.A., y contra los representantes legales de los trabajadores firmantes del Convenio D. Víctor Manuel, D. Adrián, D. Alejo, D. Álvaro, D. Anibal, D. Argimiro Y D^a Elvira, todos ellos miembros del Comité de Empresa del centro de trabajo de Parets del Vallés siendo parte el MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO, declaramos la nulidad del II Convenio Colectivo de la empresa DUNA TECNICS, S.A., suscrito en fecha 24 de febrero de 2012 , que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 95, de fecha 20 de abril 2012 y del acta de subsanación y modificación del mismo suscrita el 21 de marzo de 2012 publicado en el Boletín Oficial del Estado nº

131, de fecha 1 de junio de 2012. Y condenamos a los demandados a estar y pasar por esta declaración».

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

«1º.- PRIMERO .- Las Federaciones demandantes se encuentran integradas, respectivamente, en la Unión General de Trabajadores y en la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, sindicatos más representativos a nivel estatal, según dispone el artículo 6 de la LOLS .

2º.- En fecha 24 de febrero de 2012 se suscribió el II Convenio Colectivo de DUNA TECNICS, S.A., que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 95, de fecha 20 de abril 2012. Posteriormente, y a requerimiento de la Dirección General de Empleo para que fuesen subsanados diferentes aspectos del texto, se suscribe en fecha 21 de marzo de 2012 el acta de subsanación y modificación del acta de la firma de la Comisión Negociadora del II Convenio de DUNA TECNICS, S.A., el cual fue publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 131, de fecha 1 de junio de 2012. (Descriptores 15 y 16).

3º.- El artículo 2 del convenio colectivo, bajo la rúbrica de "ámbito territorial", establece lo siguiente: "El presente Convenio Colectivo establece las bases para las relaciones laborales entre la empresa Duna Tecnicos y sus trabajadores, siendo de aplicación en todos sus centros y lugares de trabajo repartidos por todo el territorio nacional ".

Por su parte, el artículo 3 del texto regula el ámbito personal del mismo, conforme al siguiente tenor literal: " Este convenio se aplicará a la totalidad de los trabajadores en plantilla que se establezcan en el ámbito territorial descrito en el artículo precedente [...]".

4º.- Según consta en el acta de constitución de la Comisión Negociadora, de 13 de diciembre de 2011, la comisión quedó compuesta por D. Felicísimo y D. Florencio, en representación de la empresa, y por parte de los trabajadores por D. Lictor Manuel, D. Adrián, D. Alejo, D. Álvaro y D. Anibal, miembros del comité de empresa del centro de trabajo de Parets Del Vallés, siendo todos ellos firmantes del convenio conforme

consta en el acta de fecha 24 de febrero de 2012, así como de su posterior subsanación, de fecha 21 de marzo de 2012. (Descriptor 24).

5º.- Con fecha 1 de junio de 2013 se publica en el BOE el acuerdo de modificación del Convenio colectivo de Duna Tecnics, SA, firmado por acta de la Comisión Negociadora de fecha 26 de abril de 2013, de la que por parte de la empresa son firmantes D. Felicísimo, Director General y D. Javier, Director Comercial y "por el Comité" D. Alejo, D. Adrián, D. Argimiro Gata, D. Anibal y doña Elvira. (Doc.nº 3 de la demandada) La comisión negociadora en representación de los trabajadores en esta ocasión se encuentra formada por dos miembros que no formaron parte de la inicial -D. Argimiro y Dª Elvira -, en tanto que no participan dos de los miembros anteriores -D. Víctor Manuel y D. Alvaro-, si bien todos ellos nuevamente son miembros del Comité de Empresa del Centro de Parets Del Vallés. (Descriptor 29).

Se ha registrado y publicado un convenio colectivo suscrito por miembros del comité de empresa del centro, Parets Del Vallés y 22 centros más de Cataluña.

7º.- En las elecciones sindicales de 2011 cuyo preaviso se presentó por UGT se hace constar como centro de trabajo Parets del Vallés (Barcelona) y se detallan 22 centros más que a dicha fecha tenía la empresa, todos ellos en Cataluña, la mayoría en Barcelona y dos en Tarragona. (Reconocido por la empresa a preguntas de SSª). A resultas del proceso electoral se elige a los miembros del Comité de empresa que son los que fueron parte de la Comisión negociadora del convenio. (Descriptores 17 y documento nº 1 de la demandada).

8º.- En los datos estadísticos proporcionados por la empresa se hacen constar que la empresa tiene 250 trabajadores -199 en Barcelona y 51 en Zaragoza. (Descriptor 21).

9º.- En fecha 14 de junio de 2012 fue elegido delegado de personal D. José en las elecciones celebradas en el centro de trabajo de la empresa en Castellbisbal. (Descriptores 18).»

Por la representación de la Federación de Servicios a la Ciudadanía (FSC-CC.OO.), solicitó la aclaración de dicha sentencia, que fue resuelto por auto de 1 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: «1.- Estimar la solicitud de

FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA FSC CCOO de aclarar la sentencia dictado en este procedimiento con fecha 17 de septiembre de 2015 en el sentido que se indica a continuación:

Donde dice: "sobre IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO, declaramos la nulidad del II Convenio Colectivo de la empresa DUNA TECNICS, S.A., suscrito en fecha 24 de febrero de 2012, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 95, de fecha 20 de abril 2012 y del acta de subsanación y modificación del mismo suscrita el 21 de marzo de 2012 publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 131, de fecha 1 de junio de 2012. Y condenamos a los demandados a estar y pasar por esta declaración".

Debe decir: "sobre IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO, declaramos la nulidad del II Convenio Colectivo de la empresa DUNA TECNICS, S.A., suscrito en fecha 24 de febrero de 2012, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 95, de fecha 20 de abril 2012 y del acta de subsanación y modificación del mismo suscrita el 26 de abril de 2013 publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 131, de fecha 1 de junio de 2013. Y condenamos a los demandados a estar y pasar por esta declaración".

2.- Incorporar esta resolución al Libro de sentencias y llevar testimonio a los autos principales.»

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la mercantil DUNA TECNIS, S.A. Su Letrado, Sr. Velázquez Barón, en escrito de fecha 8 de enero de 2016, formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art. 207.e) de la LRJS , por infracción de los arts. 163.3, 165, 153, 156.3 y 63 de la LRJS, en relación con el art. 240.1 de la LOPJ y art. 24 de la CE .

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de marzo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

El presente procedimiento surge porque dos sindicatos más representativos de ámbito estatal impugnan un convenio colectivo de empresa, habiendo prosperado su pretensión en la instancia.

1. Hechos litigiosos y antecedentes.

A) Teniendo en cuenta que el relato de hechos acuñado por la sentencia recurrida es pacífico y que más arriba aparece transcrito en su integridad, ahora interesa solo destacar aquellos datos que son relevantes para resolver la casación formalizada:

La empresa Duna Tecnicos S.S. cuenta con varios centros de trabajo, empleando a 199 personas en Barcelona y 51 en Zaragoza (HP 8º).

En diciembre de 2011 se suscribe convenio colectivo de empresa, que se modifica en junio de 2013; en ambos casos la representación de los trabajadores corre a cargo del comité de empresa del centro de trabajo de Parets del Vallés (HP 4º y HP 5º), que representa a 23 centros de trabajo.

Existe un delegado de personal en Castellbisbal (HP 9º) y un centro de trabajo en Zaragoza (HP 8º).

B) Conforme a lo expuesto, en el BOE nº 95 de 20 de abril de 2012 se publica la resolución de la Dirección General de Empleo, de 29 de marzo de 2012, ordenando inscribir en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y publicar en el BOE, el Convenio Colectivo de la empresa Duna Tecnicos, S.A. (código de convenio número 90017552012009); el acta de subsanación y modificación del mismo suscrita el 21 de marzo de 2012, fue publicada en el BOE nº 131, de fecha 1 de junio de 2012.

C) Conforme al artículo 2º del referido convenio, " El presente Convenio Colectivo establece las bases para las relaciones laborales entre la empresa Duna Tecnicos y sus trabajadores, siendo de aplicación en todos sus centros y lugares de trabajo repartidos por todo el territorio nacional."

Su artículo 3º reitera que se aplicará a la totalidad de los trabajadores en plantilla que se establezcan en el ámbito territorial descrito en el artículo precedente.

D) Con fecha 17 de junio de 2015 la Abogada y representante de la Federación de servicios a la ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO), junto con el Abogado y representante de la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) presentan demanda contra la empresa Duna Tecnicos y contra los representantes legales de los trabajadores firmantes del convenio, todos ellos miembros del comité de empresa del centro de trabajo de Parets del Vallés. En ella se indica:

Que el convenio se ha suscrito solo por los miembros del comité de empresa de uno de los centros de trabajo, lo que colisiona con los arts. 87.1 , 88,2 y 89.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Que se insta el procedimiento de impugnación de convenios conforme a los artículos 163 ss. de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Que no se ha intentado trámite preprocesal alguno porque así lo indica el art. 64 LRJS .

Que se insta la declaración de nulidad del convenio por haberlo suscrito un comité de empresa, con vulneración del "principio de correspondencia".

2. Sentencia de instancia.

A) La sentencia 144/2015, de 17 septiembre (rec. 169/2015), de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional acoge la tesis central de la demanda.

B) La empresa excepciona la existencia de un defecto legal en el modo de proponer la demanda porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 de la LRJS la impugnación del convenio colectivo debió promoverse de oficio ante la Sala mediante comunicación remitida por la Autoridad Laboral.

Frente a ello, la resolución recurrida entiende que el art. 165.1 LRJS permite que los agentes sociales impugnen directamente la validez de un convenio colectivo cuando el mismo ya ha sido publicado en el correspondiente periódico oficial. Rechaza que el camino adecuado sea solamente el de instar a la Autoridad Laboral esa actuación.

C) También considera la empresa que se ha producido un defecto procesal generador de indefensión: la demanda se ha presentado sin agotar el trámite preprocesal de conciliación o mediación.

La Sala de la Audiencia Nacional desestima esa excepción porque ni se ha producido indefensión alguna (la empresa ha articulado su defensa sin dificultad), ni el principio pro actione conduciría a la anulación que la empresa postula.

D) Invocando las SSTs 7 de marzo de 2012 (casación 37/2011), 20 mayo 2015 (rec. 6/2014) y 10 junio 2015 (rec. 175/2014) explica que el principio de correspondencia ha de llevar a la inexorable conclusión de que los representantes unitarios cuya representatividad quede circunscrita a un único centro de trabajo de la empresa, se encuentran impedidos para concurrir a la negociación de un Convenio de empresa, por cuanto que si bien todos ellos en su conjunto y en un momento determinado pudieran gozar de la representatividad de todos los centros de trabajo de la empresa, en modo alguno representan a los trabajadores adscritos a los eventuales centros de trabajo que pueda el empleador abrir en un futuro.

Al igual que en otros casos resueltos por sentencias de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo se concluye que en el caso examinado " se produjo una infracción de la legalidad vigente en materia de capacidad y legitimación para negociar y, derivadamente, sobre la composición de la comisión negociadora en los convenios de ámbito empresarial que pretendan tener ámbito territorial estatal, pues la capacidad del comité de empresa para negociar estaba reducida al centro de trabajo ".

E) En función de tales argumentos, la resolución recurrida: a) desestima la excepción sobre defecto legal en el modo de proponer la demanda; b) desestima la excepción sobre defecto en el inicio del procedimiento de impugnación de convenio colectivo; c) estima la demanda; d) declara la nulidad del II Convenio Colectivo de la empresa Duna Tecnics (así como de su posterior subsanación y modificación).

3. Recurso de casación.

A) Mediante escrito fechado el 12 de enero de 2016, el Abogado de Duna Tecnics formaliza recurso de casación frente a la referida sentencia. Considera que existe infracción de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte ahora

recurrente, por infracción de lo que establecen los artículos 163.3, 165 153, 156.1 y 63 de la LRJS, en relación con los artículos 240.1 de la LOPJ y 24 de la Constitución Española.

B) Articula un único motivo: entiende que es de aplicación, según lo establecido por los arts. 153 y ss. LRJS , la necesidad de previa mediación o conciliación para poder interponer la demanda, en los términos previstos en el artículo 63 de la citada Ley . Considera que habiéndose alegado, su no estimación causa un grave perjuicio a la empresa al impedir una eventual conciliación evitando el litigio judicial.

C) El recurso acaba interesando la revocación de la sentencia recurrida, declarando la nulidad de las actuaciones seguidas y su archivo.

4. Impugnación al recurso.

Con fecha 2 de marzo de 2016, el Abogado de UGT impugna el recurso presentado por la empresa. Considera que está suscitando una cuestión nueva y diversa a la planteada ante la Audiencia Nacional.

Asimismo explica que el convenio impugnado ya estaba publicado en el BOE cuando se presenta la demanda, por lo que no resulta adecuado el mecanismo de instar a la Autoridad Laboral que lo active, sino la presentación directa de una demanda. A tal efecto, además, la LRJS dispensa de la necesidad de agotar trámite preprocesal alguno.

5. Informes del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 9 de marzo de 2016, el Fiscal ante la Audiencia Nacional emite informe desfavorable al recurso.

Hace suya la argumentación de la sentencia recurrida sobre el alcance del art. 165.1 LRJS y diferencia el supuesto de cuando la Autoridad Laboral cuestiona un convenio colectivo no publicado. Asimismo indica que la recurrente invoca la infracción del art. 63 LRJS y olvida que el art. 64 excluye de la necesidad de tales trámites preprocesales los procesos de impugnación de convenios colectivos.

B) Por su lado, el representante del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Supremo, con fecha 20 de octubre de 2016 emite el Informe contemplado en el art. 214 LRJS.

Se inclina por la improcedencia del recurso, reiterando los argumentos sobre el alcance del art. 165 LRJS ; descarta que la denuncia sobre infracción del art. 163 LRJS sea consistente y recuerda que el art. 64 LRJS excepciona lo previsto en el art. 63 LRJS .

SEGUNDO.- Infracciones procesales denunciadas.

El artículo 207.c LRJS es el cauce a cuyo través se formaliza el único motivo de casación articulado. En él se contempla el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte .

La tesis de la empresa recurrente es que se ha promovido indebidamente el procedimiento de impugnación de convenio (mediante demanda de los sindicatos UGT y CCOO, no mediante actuación de la Autoridad Laboral), lo que comporta una quiebra en el modo de proponer la demanda.

A ello se añade un segundo defecto: no se ha agotado el obligado trámite preprocesal que exige el artículo 63 LRJS, cercenando la posibilidad de composición extrajudicial del conflicto.

Examinemos por separado cada una de esas infracciones.

1. La impugnación de convenio por los sindicatos accionantes.

A) El capítulo IX ("De la impugnación de convenios colectivos") del Título II de la LRJS ("De las modalidades procesales") está integrado por los artículos 163 a 166. En el primero de ellos ("Iniciación"), ciertamente, se dispone que cuando se considera que un convenio colectivo conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, podrá promoverse su impugnación de oficio ante el juzgado o Sala competente, "mediante comunicación remitida por la autoridad correspondiente" (apartado 1).

También es cierto, como expone el recurso, que dicho precepto dispone que, a tal efecto, los representantes legales o sindicales de los trabajadores o los empresarios que sostuvieran la ilegalidad del convenio o los terceros lesionados que la invocaran, "

deberán solicitar previamente de la autoridad laboral que curse al juzgado o Sala su comunicación de oficio ". Ahora bien, esa prescripción, albergada en el número 2 del art. 163 LRJS posee una clara premisa: opera "si el convenio colectivo no hubiera sido aún registrado ante la oficina pública correspondiente".

B) En nuestro caso, recordemos que se presenta demanda de impugnación del convenio el día 17 de junio de 2015. Se trata de impugnar el convenio publicado en BOE de 20 de abril de 2012; su posterior reforma aparece publicada en el BOE del posterior 1 de junio.

No es necesario razonamiento adicional alguno para entender que las prescripciones normativas expuestas son inaplicables a nuestro caso.

C) Por si lo anterior no bastara, el apartado 3 del artículo 163 LRJS dispone expresamente que si el convenio colectivo ya hubiere sido registrado, la impugnación podrá instarse directamente por los legitimados para ello por los trámites del proceso de conflicto colectivo, mientras subsista la vigencia de la correspondiente norma convencional .

Puesto que el convenio impugnado ya está registrado (y publicado) resulta evidente que los sujetos legitimados para ello han podido impugnarlo sin instar actuación alguna de la autoridad laboral.

D) El artículo 165.1 LRJS, en su primer tramo, dispone que la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, por los trámites del proceso de conflicto colectivo, cuando se fundamenta en su ilegalidad corresponde a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito .

En nuestro caso son la UGT y CCOO quienes han impugnado el convenio, siendo incuestionable su legitimación. En realidad, la empresa no la pone en duda, sino que entendía (de forma errónea, como acaba de verse) que esos sujetos solo estaban legitimados para pedir a la autoridad laboral que trasladara el convenio a la jurisdicción social.

E) Por todo lo expuesto, la primera línea argumental del recurso fracasa porque prescinde por completo de las previsiones legales aplicables al supuesto. Como concluye el Informe del Ministerio Fiscal, la denunciada vulneración de lo que establece el art. 163.3LRJS carece de consistencia.

2. La impugnación del convenio sin trámite preprocesal.

A) Aunque sin una clara separación con el primero de los defectos procesales alegados, sostiene la empresa que se ha incumplido la exigencia del artículo 63 LRJS. Dicho precepto establece que será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación. Ello significa que ciertas pretensiones sólo pueden ser formuladas ante el órgano jurisdiccional una vez que se haya superado el trámite de conciliación o mediación previa.

La necesidad de agotar la conciliación o mediación antes de demandar aparece como una alternativa al proceso («De la evitación del proceso» es el Título V del Libro I de la LJS, donde se regulan) y buena prueba de ello es que brilla por su ausencia la intervención de órgano jurisdiccional alguno.

B) En modo alguno resulta acreditado que se haya producido indefensión, requisito expresamente incorporado al artículo 207.c) LRJS para que proceda la casación.

La sentencia recurrida, la impugnación al recurso y los Informes del Ministerio Fiscal ponen de relieve que la empresa recurrente supo en todo momento el motivo de la demanda, por lo que articuló la defensa que entendió adecuada a sus intereses.

C) Siendo bastante cuanto antecede para desestimar esta segunda queja del motivo de recurso, hemos de añadir otro argumento de igual contundencia.

Se queja la empleadora de que el artículo 63 LRJS ha sido inaplicado por la sentencia. Sin embargo, el artículo subsiguiente contiene las "excepciones a la conciliación o mediación previas" y menciona, de forma expresa los procesos de impugnación de convenios colectivos.

Los sindicatos accionantes han advertido expresamente en su demanda que la presentan para "impugnación de convenio", han indicado que el proceso a seguir es el

de los artículos 163 y siguientes de la LRJS y han admitido que no intentan solución previa porque el artículo 64 LRJS lo excluye.

D) Apurando la tutela judicial del recurrente, podría pensarse que el procedimiento de impugnación directa (como aquí) del convenio colectivo es el de los conflictos colectivos de trabajo (art. 162.3 LRJS) y que respecto de ellos juega la necesidad de agotar la vía preprocesal (rt. 156 LRJS). Sin embargo:

No desarrolla el recurso de casación una argumentación explicativa del modo en que se habría producido la infracción de referencia, sin que a esta Sala le esté permitido construir su defensa.

Cabe pensar que la causa de la excepción a la necesidad de agotar la vía previa radica en una cuestión de orden público laboral: la defensa de la legalidad; por tanto, cuando se invoca esa causa de impugnación (no la mera lesividad) las posibilidades de transacción no tienen demasiado sentido.

En el seno del procedimiento ante la Audiencia Nacional, si es que hubiera posibilidad de ello, existen hitos procesales desde los cuales ofertar posibles transacciones.

Aunque se llegara a la conclusión de que debía haberse agotado la vía previa (lo que no compartimos) quedaría por acreditar la indefensión.

E) Pero ni siquiera esa argumentación (que el recurso omite) puede considerarse acertada. En la STS 2 diciembre 2015 (rec. 326/2014) hemos sentado la siguiente doctrina:

El artículo 64.1 LRJS, bajo la rúbrica "excepciones a la conciliación o mediación previas", excluye expresamente del requisito de la previa tramitación del intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 63 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a varios procesos entre los que se encuentran "los de impugnación de convenios colectivos". El uso del plural no es baladí, sino que responde a la regulación de la impugnación de

convenios de los artículos 163 a 166 LRJS, que comprenden dos tipos de procesos distintos: el que se inicia de oficio a instancias de la autoridad laboral por propia iniciativa o por petición de parte y el que, una vez publicado el convenio, se inicia por demanda de sujeto legitimado y que se sustanciará (artículo 165.1 LRJS) por los trámites del proceso de conflicto, configurándose de esta forma dos tipos o procedimientos diferentes para la impugnación de un convenio. Las dos modalidades participan de algunos elementos comunes: el objeto del proceso dirigido a declarar la ilegalidad o lesividad de todo o de una parte de un convenio, la intervención del Ministerio Fiscal, la exoneración de la obligación de seguir intento de conciliación o mediación previos y, caso de que la sentencia sea anulatoria, la necesidad de que ésta se publique en el mismo Boletín en que se publicó el convenio . Sin embargo, difieren en cuanto a algunos aspectos de su tramitación, pues la ley se detiene en la legitimación de los sujetos que pueden impugnar el convenio y dispone que en el proceso iniciado de oficio, la comunicación de la autoridad laboral deberá tener unos determinados requisitos y un procedimiento específico, mientras que en la impugnación a instancia de parte seguirá en su tramitación la prevista para el proceso de conflictos colectivos.

TERCERO.- Resolución.

A) Por cuanto antecede, el recurso de la entidad empleadora no puede prosperar. Los sindicatos UGT y CCOO han impugnado un convenio colectivo ya registrado y publicado, tal y como el artículo 163.3 LRJS permite.

Que no se haya acudido a trámite preprocesal (conciliación o mediación) antes de presentar la demanda no ha generado indefensión y es acorde con la excepción del artículo 64 LRJS . La previsión del artículo 64.1 LRJS que excluye del requisito de la previa tramitación del intento de conciliación o, en su caso, de mediación se aplica a las dos modalidades de impugnación de convenios que contiene el capítulo IX del Título II del Libro segundo LRJS .

B) Al margen de nuestro conocimiento han quedado otras cuestiones suscitadas en la instancia, comenzando por el tema de fondo postulado por la demanda (nulidad del convenio), y resuelto, de modo incombato, por la Sala de la Audiencia Nacional

invocando el "principio de correspondencia" tantas veces aplicado en esta materia por las sentencias de esta Sala Cuarta.

C) Interesa asimismo recordar que, conforme al artículo 166.3 LRJS, cuando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del convenio colectivo impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el Boletín Oficial en que aquél se hubiere insertado. En el presente caso, la confirmación de la sentencia recurrida comporta la nulidad íntegra del convenio (incluyendo su posterior reforma) impugnado.

D) De conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal, vamos a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia. Sin que proceda imposición de costas por mandato del artículo 235.2 LRJS (la regla general del vencimiento establecida en el apartado anterior, no se aplicará cuando se trate de proceso sobre conflicto colectivo, en el que cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia. Ello no obstante, la Sala podrá imponer el pago de las costas a cualquiera de las partes que en dicho proceso o en el recurso hubiera actuado con temeridad o mala fe).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por DUNA TECNIS, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Velázquez Barón. 2) Declarar la firmeza de la sentencia 144/2015 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 17 de septiembre, dictada en autos nº 169/2015, seguidos a instancia de la Federación de Servicios de Unión General de Trabajadores (FeS-UGT) y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CC.OO.) contra dicha recurrente y otros, sobre impugnación de convenio colectivo. 3) Ordenar la publicación de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado, puesto que la ahora confirmada y declarada firme declara la "nulidad del II Convenio Colectivo de la empresa DUNA TECNICS, S.A., suscrito en fecha 24 de febrero de 2012, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 95, de fecha 20 de abril 2012 y del acta de subsanación y modificación del mismo suscrita el 21 de marzo de 2012 publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 131, de fecha 1 de junio de 2012". 4) No realizar ni imposición de costas, ni adoptar medidas especiales en materia de depósitos, cauciones o consignaciones.

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

Así se acuerda y firma.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. ° 84, páginas. 55-61.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- CASAS BAAMONDE, M. E., «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 345.

- CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», Relaciones Laborales, tomo I-2005, pág. 151.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», Relaciones Laborales, tomo II-1996, pág. 184

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA MURCIA, J., «La actividad sindical y los criterios de representatividad (y II)», Relaciones Laborales, tomo II-1987, pág. 181.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas. 12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de

género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo?

Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PÉREZ REY, J., Estabilidad en el empleo, Trotta, Madrid, 2004.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», Relaciones Laborales, tomo I-1991, pág. 181.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J., «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales, tomo I-1987, pág. 81.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número. 2, 1998.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número 2, 1998.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-RÉ, F., «Representación y representatividad sindicales en