

EL TRABAJO EN PRECARIO

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

EL TRABAJO EN PRECARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. CONCEPTO DE TRABAJO PRECARIO**
- III. TEMPORALIDAD Y PRECARIEDAD**
- IV. LOS TEMPOREROS**
- V. LA DESLOCALIZACIÓN**
- VI. EL DUMPING SOCIAL**
- VII. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN SOCIAL**
- VIII. LA FLEXIBILIDAD LABORAL**
- IX. LA FLEXISEGURIDAD**
- X. EL MÍNIMO DE DERECHO NECESARIO**
- XI. EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS**

- XII. EL PRINCIPIO PRO OPERARIO**
- XIII. EL PRINCIPIO DE NORMA MÁS FAVORABLE**
- XIV. EL PRINCIPIO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA**
- XV. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES DERIVADOS DE LA PRECARIEDAD EN EL EMPLEO**
- XVI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**
 - 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JUNIO DE 2017**
 - 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MARZO DE 2017**
 - 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2017**
 - 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2016**
 - 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2015**
 - 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2015**
 - 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MAYO DE 2014**
 - 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE DICIEMBRE DE 2013**

9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JUNIO DE 2011

10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE DICIEMBRE DE 2010

11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2010

12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MAYO DE 2009

XVII. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

En términos generales, se puede afirmar que el trabajo precario es el resultado que deriva para el trabajador de aquellas conductas empresariales tendentes a incumplir o evitar la aplicación de las diferentes regulaciones laborales, buscando en la degradación de las condiciones de trabajo y/o empleo, una forma de incrementar el beneficio empresarial, mediante la traslación del riesgo y responsabilidades empresariales a los trabajadores. Dicho de otro modo, el trabajo precario se está convirtiendo progresivamente en una facultad empresarial más, con la que conformar el beneficio, siendo el poder público en numerosas ocasiones connivente y coprotagonista de tal situación. Más concretamente, el trabajo precario puede definirse en relación con la sensación de incertidumbre que en general posee el trabajador en relación, entre otros factores, con la duración de su empleo, la presencia de varios empleadores sin identificar al verdadero empresario, la existencia de una relación de trabajo encubierta o ambigua, la imposibilidad de gozar del mismo estatuto jurídico que otros trabajadores en lo relativo a su protección social, a su salario o a las posibilidades de afiliarse al sindicato de su elección y de encontrarse cubierto por la negociación colectiva.

Bajo la denominación de trabajo en precario, trabajo clandestino, trabajo en economía sumergida, etc., se engloban todas aquellas formas de relación laboral encubiertas, cuyo denominador común es la prestación de un trabajo por cuenta ajena, con incumplimiento de las obligaciones de todo tipo, establecidas en el ordenamiento jurídico-laboral.

Se han identificado las siguientes prácticas de empleo a menudo asociadas al trabajo precario:

- Contratación directa en base a contratos de trabajo de duración determinada y por poco tiempo.
- Contratación de mano de obra por medio de agencias de empleo o intermediarios laborales.

- Subcontratación de funciones a otras empresas.
- Contratos de trabajo personales como falsos trabajadores por cuenta propia.
- Períodos de prueba excesivos.
- Contratos ficticios de formación para el empleo.
- Contratación diaria puntual / imaginaria.
- Trabajo a tiempo parcial ilegal o involuntario.
- Trabajo a domicilio.

PALABRAS CLAVES

Vulnerabilidad, beneficios sociales, prestaciones, contrato de trabajo atípico, inseguridad laboral, permanencia en el empleo, incertidumbre laboral, estabilidad, retribución justa, flexibilidad laboral, protección social.

EL TRABAJO EN PRECARIO

I. INTRODUCCIÓN

El empleo precario es un concepto significativamente complejo puesto que no existe una definición uniforme a nivel internacional que nos permita realizar una evaluación escueta de esta problemática. Más aun, existen distintas concepciones sobre la precariedad en los distintos mercados de trabajo nacionales y dependiendo de las perspectivas teóricas desde donde se abordan.

La vulnerabilidad que desprende el concepto deviene de una norma social (las relaciones laborales aceptadas como estándar) y de un momento histórico determinado, y demuestra que existe la necesidad de identificar las principales dimensiones de este fenómeno para asentar el pilar para una definición universal.

Trabajo precario se refiere a Empleo caracterizado por contratos de trabajo atípicos, con limitados o inexistentes beneficios sociales y nulas prestaciones, un elevado nivel de inseguridad laboral reducido nivel de permanencia en el empleo, bajos salarios y un alto riesgo de lesiones y enfermedades profesionales. Desde el punto de vista del trabajador, el trabajo precario se refiere a trabajo incierto, impredecible y riesgoso.

A finales del siglo xx se formula el concepto de trabajo decente, reconociéndose el trabajo como fuente de dignidad personal, estabilidad familiar, paz en la comunidad, democracias que actúan en beneficio de todos, y crecimiento económico, que aumenta las oportunidades de trabajo productivo y el desarrollo de las empresas. Al mismo

tiempo se reconoce que el trabajo decente consta de cinco elementos: Empleos productivos y protegidos, con retribuciones justas, regidos por normas laborales sustentadas en los derechos fundamentales en el trabajo, sin discriminaciones de ningún tipo y en contextos donde el diálogo social y la negociación colectiva sean mecanismos plenamente vigentes.

En España existe la tendencia a ligar el término precariedad con el de flexibilidad, sin embargo, a continuación, trataré de establecer de manera resumida un análisis multidimensional de la precariedad para clarificar el término, superando esta limitación conceptual mediante una perspectiva tridimensional de flexibilidad/calidad/seguridad.

Con la finalidad de superar la crisis de un sistema desgastado, se han realizado grandes reformas legislativas en materia socio laboral y económico. En líneas generales, todos estos cambios han dado lugar a una flexibilización notable en el sistema de relaciones laborales y a una tendencia a favorecer a los empresarios y debilitar enormemente el poder de la negociación colectiva. A continuación se presentan de manera resumida los cambios normativos más relevantes realizados en los últimos años para favorecer la instauración de empleos precarios:

Se introducen dos nuevas modalidades contractuales: el contrato de trabajo a tiempo parcial con vinculación formativa¹ y el contrato primer empleo joven. Ambos contratos vienen acompañados de un amplio conjunto de bonificaciones para las empresas que decidan realizarlos.

En cuanto, a las alteraciones en el contrato para la formación y el aprendizaje, la edad para celebrar el contrato se extiende hasta los treinta hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 %, se extiende hasta los tres años la duración

máxima estipulada, se da luz verde a la prórroga en los casos en los que los contratos se hayan celebrado por un tiempo inferior al máximo establecido, se permite la realización de un segundo contrato con la misma empresa en los casos en los que el fin sea la obtención de una cualificación distinta a la del objeto del anterior, y se amplía el tiempo de trabajo efectivo compatible con la formación. Se suprime el art. 15.5 ET el cual establecía que se considerarían trabajadores fijos a aquellos que dentro de treinta meses hubieran estado veinticuatro de ellos contratados mediante dos o más contratos temporales. Se vislumbra así, una clara aceptación de encadenamientos de contratos temporales. Se amplía el alcance de los contratos de puesta a disposición, permitiendo que las ETTs puedan recurrir a contratos de primer empleo joven, de formación y aprendizaje y de prácticas. También se les permite actuar como agencias de colocación.

En materia de tiempo de trabajo son dignas de mención las siguientes modificaciones:

- El número máximo de horas permitidas en términos absolutos en los contratos a tiempo parcial y de relevo pasa a ser del 30 % de las horas ordinarias, pudiendo alcanzar el 60 % por negociación colectiva, sin que la suma de estas y las horas ordinarias puedan superar la jornada completa, o en su defecto, la jornada máxima legal, suprimiéndose el límite del 77 % que fijaba el ET anteriormente.

- Ampliación de un 5 % a un 10 % la jornada que puede distribuirse anualmente de manera irregular en defecto de convenio colectivo o acuerdo de empresa, y siempre que se preavise al trabajador con una antelación de cinco días.

En relación con el salario percibido por el trabajador debemos hacer referencia al art. 4 de la Carta Social Europea. Esta disposición reconoce el derecho de todo trabajador a una remuneración suficiente para llevar un nivel de vida digno, reconociéndose está como la equivalente al 50 % del nivel medio de los salarios del Estado (Comité Europeo de Derechos Sociales, 2008). El órgano encargado del cumplimiento de estas obligaciones, El Comité Europeo de Derechos Sociales, ha considerado que el SMI establecido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado no

asegura una vida decente a los trabajadores, teniendo en consideración las contribuciones a la Seguridad Social y la deducción de la aportación al impuesto sobre la renta. Asimismo, ha demandado información sobre la remuneración mínima de los autónomos dependientes y la cobertura de los convenios colectivos en esta materia. Por lo que se refiere a la movilidad funcional y geográfica, se han dado grandes cambios en estos últimos años con el fin de ceder al empresario mayor flexibilidad. En cuanto al cambio de las bases del sistema de clasificación profesional, se suprimen las categorías profesionales, limitándose únicamente a un sistema basado en grupos profesionales:

- Equiparación de las funciones a un determinado grupo guiándose por el concepto de «funciones prevalentes».

- Modificación del concepto de grupo profesional introduciendo, además de distintas funciones y especialidades profesionales, «distintas tareas o responsabilidades asignadas al trabajador».

- Se elimina la posibilidad de control de la autoridad laboral que le concedía el at. 40 ET. Se amplían los casos de movilidad justificada de manera ilimitada. Esta justificación también afecta a las reducciones y a las suspensiones del tiempo de trabajo.

Se facilita el despido:

- Se suprime la necesidad de la autorización previa de la autoridad laboral establecida en el art. 51 ET para el caso de los despidos colectivos, aunque si plantea la obligatoriedad de un periodo de consultas entre representantes de la empresa y de los trabajadores.

- Posibilidad de despido objetivo del trabajador por faltas de absentismo que supongan el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses, aunque estas sean justificadas. En casos de no adaptación al trabajo se elimina el plazo de adaptación base (antes de dos meses) y se eliminan los límites del periodo de esa formación (antes de tres meses).

- Disminución de la indemnización por despido improcedente. Asimismo, si el empresario opta por la readmisión el trabajador no tendrá derecho a los salarios de tramitación.

- Se establece la interrupción de este periodo para los casos de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, y adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad.

Se puede apreciar una profunda alteración de la negociación colectiva, que ha sido uno de los más afectados por los cambios normativos. Se apuesta decididamente por la descentralización de la negociación colectiva, primando a las actuaciones del ámbito empresarial con el fin de promocionar su adaptabilidad a las exigencias del mercado en materias clave para la competitividad y la productividad empresarial. Hay una tendencia monopolística, puesto que a la empresa se le atribuye mayor poder contractual para fijar las condiciones de trabajo y los instrumentos necesarios para poder desentenderse de la negociación sectorial. Esto genera, principalmente en pequeñas y medianas unidades productivas, la desprotección jurídica del trabajador dada la escasa implantación de los sindicatos. De igual modo, los nuevos ajustes en la ultraactividad de los convenios colectivos fomentan la regulación a la baja de las condiciones de trabajo al exponer a los trabajadores a convenios marco o al Estatuto de los Trabajadores.

El Comité Europeo de Derechos Sociales también se ha pronunciado sobre las medidas adoptadas en la negociación colectiva, demandando la supresión de derechos de los trabajadores, y reconociendo únicamente la legitimidad de los convenios de empresa en los casos en los que la decisión sea asumida por los propios sindicatos.

II. CONCEPTO DE TRABAJO PRECARIO

El trabajo precario ha devenido una categoría universal que se manifiesta bajo diferentes formas y contenidos en función de la zona geográfica de que se trate, de la estructura económica y social del sistema político y los mercados laborales. Esta difuminación del concepto de trabajo precario contrasta con la terminología y fenómenos que en este sentido aparecen en los diferentes ámbitos estatales. Así, por

ejemplo, no resulta infrecuente, dependiendo del país, la existencia de terminologías como trabajo atípico, informal, trabajo terciarizado.

En términos generales, se puede afirmar que el trabajo precario es el resultado que deriva para el trabajador de aquellas conductas empresariales tendentes a incumplir o evitar la aplicación de las diferentes regulaciones laborales, buscando en la degradación de las condiciones de trabajo y/o empleo una forma de incrementar el beneficio empresarial mediante la traslación del riesgo y responsabilidades empresariales a los trabajadores. Dicho de otro modo, el trabajo precario se está convirtiendo progresivamente en una facultad empresarial más con la que conformar el beneficio, siendo el poder público en numerosas ocasiones connivente y coprotagonista de tal situación. Más concretamente, el trabajo precario puede definirse en relación con la sensación de incertidumbre que en general posee el trabajador en relación, entre otros factores, con la duración de su empleo, la presencia de varios empleadores sin identificar al verdadero empresario, la existencia de una relación de trabajo encubierta o ambigua, la imposibilidad de gozar del mismo estatuto jurídico que otros trabajadores en lo relativo a su protección social, a su salario o a las posibilidades de afiliarse al sindicato de su elección y encontrarse cubierto por la negociación colectiva.

Bajo la denominación de trabajo en precario, trabajo clandestino, trabajo en economía sumergida, etc., se engloban todas aquellas formas de relación laboral encubiertas, cuyo denominador común es la prestación de un trabajo por cuenta ajena con incumplimiento de las obligaciones de todo tipo establecidas en el ordenamiento jurídico-laboral.

En línea de principio con la dificultad de un concepto unívoco del trabajo precario, se han elaborado distintas definiciones que por su importancia se pasan a

describir. Así, la Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas ha conceptualizado el trabajo precario como "el resultado de prácticas de empleo de los empleadores, a las que se recurre con el fin de limitar o reducir la plantilla permanente a un mínimo, maximizar la flexibilidad y responsabilizar de los riesgos a los trabajadores. Los empleos que se crean así no son, por regla general, permanentes, sino temporales, ocasionales, inseguros y contingentes. Los trabajadores en esas condiciones de empleo con frecuencia no están amparados por la legislación laboral ni de seguridad social". Por su parte, la Federación Europea de Metalúrgicos ha acuñado una definición de trabajo precario más amplia que la anterior, entendiendo por tal "el término que se utiliza para describir un empleo no estándar, de bajo salario, inseguro, que no ofrece protección ni permite al trabajador dar sustento a su familia". En similares términos, la Internacional de Servicios Públicos afirma que "el trabajo precario se caracteriza por la incertidumbre y la inseguridad, y se contrata por medio de agencias de empleos ocasionales o temporales, con contratos de trabajo eventual, de tiempo parcial o estacional, o para falsos autónomos y con una relación empleador-empleado poco clara o que no es directa".

Ante la dificultad de acuñar un concepto global y único de trabajo precario, se propone la enumeración de una serie de indicios a través de los cuales calificar la relación laboral como de precaria --o, en su caso, de decente--. Para ello, se ha tenido en cuenta los resultados del simposio celebrado por la Oficina de Actividades para los Trabajadores donde se proponen diferentes características del trabajo en las diferentes fases de la relación laboral (contratación, desarrollo y finalización).

En la fase de entrada a la relación laboral, suele suceder que el trabajo precario se relaciona con relaciones laborales de duración determinada y con la naturaleza de la relación, coincidiendo el trabajo precario con relaciones de trabajo triangulares y encubiertas, falso autónomo, contratos de agencias o subcontratistas. El desarrollo de la

relación laboral en el marco de un trabajo precario suelen reproducirse todas o algunas de las siguientes situaciones: salarios bajos y posibilidad nula o limitada de ejercicio de los derechos del trabajador, posibilidad de afiliación y no cobertura de estos trabajadores por parte de la negociación colectiva. La finalización de la relación laboral de un trabajo precario suele presentar como características la escasa o nula protección frente al despido, así como la imposibilidad de acceso a la protección social en los términos en los que se produce en un trabajo decente.

En suma, el trabajo precario puede delimitarse, por un lado, atendiendo tanto al comportamiento empresarial como al del poder público en su dialéctica con la normativa laboral, donde normalmente la tendencia es al incumplimiento empresarial de la normativa laboral y a la elaboración por parte del poder público de normativas laborales que prevean una degradación progresiva de las condiciones de trabajo y empleo bajo la aquella máxima liberal por la cual la normativa laboral debe priorizar las necesidades empresariales, puesto que con ello se satisfarán los derechos e intereses de los trabajadores. Por otro, en relación con el modo de acceso, desarrollo y finalización de la relación de trabajo, donde la nota común y característica es la falta de derechos y garantías.

No obstante, a modo de propuesta, se podría definir el trabajo precario como aquél a través del cual el trabajador no es capaz de acceder a la condición de ciudadano. Dicho de otro modo, mientras que el trabajo decente se ha entendido como el vehículo que consiente al trabajador acceder al status de ciudadano, el trabajo precario condena al trabajador y a su familia a la marginalización social como consecuencia de la insuficiente tutela y protección de éste, provocando el mismo impacto en la sociedad que acoge este tipo de prácticas laborales.

La forma extrema de expresión del trabajo clandestino se produce cuando se da una omisión absoluta de la legalidad entre las partes contratantes:

- a) Empresa no constituida formalmente que emplea trabajadores por su cuenta.
- b) Falta de contrato, de afiliación, de alta en Seguridad Social, contratos realizados con menores de edad, perceptores de prestaciones de Seguridad Social, extranjeros sin permiso de trabajo, perceptores de prestaciones por desempleo, etc.

Medidas del ordenamiento jurídico:

- La reacción del ordenamiento jurídico ante el descubrimiento de dichas prácticas de trabajo en precario consiste en la adopción de una serie de medidas que permitan aflorar todo el entramado de relaciones jurídicas que hasta entonces se había mantenido al margen de la Ley.

- A) el conjunto de medidas puede agruparse en dos apartados:

- a.1) Las tendentes a la regulación y normalización de las situaciones irregulares, tales como las actuaciones de oficio realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a través de las cuales se procede a formular la inscripción de la empresa en la Seguridad Social y a afiliar / dar de alta a todos los trabajadores irregularmente ocupados.

- a.2) Aquellas cuyo fin es exigir en la vía administrativa todas las responsabilidades que se hayan originado como consecuencia de incumplimientos a la normativa de naturaleza social-laboral. En este apartado han de incluirse:

- 1) la imposición de sanciones por infracciones en el orden social (en materia laboral, de empleo, de Seguridad Social etc...),

- 2) las liquidaciones de cuotas de Seguridad Social debidas y no ingresadas.

- 3) las actas de infracción con estimación de perjuicios económicos producidos a los trabajadores afectados,

- 4) las comunicaciones a las entidad gestoras en los supuestos de cobro indebido de prestaciones y pensiones, etc.

- Cuando las infracciones cometidas puedan ser constitutivas de delito, la administración lo comunica al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal. Al mismo tiempo se abstiene de continuar el procedimiento sancionador en tanto la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento.

- Si se aprecia la existencia de delito, la Administración puede continuar el expediente sancionador en base a los hechos que la sentencia haya declarado probados.

Una amalgama de disposiciones legales con altas dosis de experimentalidad y amparadas en la emergencia de la situación del empleo, el Derecho del Trabajo de la emergencia, comienzan a revisar o, al menos a excepcionar, algunas de las características de la estabilidad en el empleo. Una de las fórmulas más recurrentes consistirá en esquivar la regla objetiva, según la que las necesidades permanentes de las empresas exigen ser cubiertas con contratos indefinidos y abrir la puerta a una

contratación temporal «descausalizada», es decir, justificada en la contratación de desempleados y no en las necesidades de la empresa. Con ella se pretende limar las resistencias empresariales a la contratación mediante el ofrecimiento de vínculos laborales de rápida y económica extinción, con los que adaptar la plantilla a las fluctuaciones del mercado. Objetivo al que también pretende contribuir la reconsideración de las relaciones de trabajo formativas que, en detrimento de sus ingredientes de formación, comienzan a primar su finalidad de inserción en el mercado de trabajo a través de pobres condiciones de trabajo y protección social.

Esta vía es utilizada hasta la saciedad en el caso español, la denominada vía española frente al desempleo, y comienza a ser la fórmula inicial y más intensa de precarización de las relaciones de trabajo. Una parte muy importante del conjunto asalariado, generalmente jóvenes y mujeres --que llegó en el caso español a suponer en los momentos álgidos más de una tercera parte del total de trabajadores por cuenta ajena-- queda atrapada en la temporalidad. La caracterización «atípica» de estas relaciones, frente al paradigma del contrato indefinido, conlleva el acceso a un estatus laboral disminuido en el que la protección frente al despido apenas tiene eficacia y en el que el fantasma de la pérdida de empleo ocasiona un impacto en el entero edificio jurídico-laboral, cuyas garantías tienden a convertirse en meramente virtuales para los trabajadores temporales.

El impacto de esta fórmula de precariedad en el mercado de trabajo consiste en su «dualización». Su composición escindida entre los que mantienen el acceso a un estatus laboral completo y quienes no lo consiguen como consecuencia de la temporalidad de sus contratos, de la que es difícil escapar en un marco normativo permisivo con este tipo de relaciones. Supone entonces la temporalidad un mecanismo de precariedad excluyente que deja a los trabajadores, en la práctica y de forma material, fuera de buena parte de los institutos de protección laboral. Apenas revierte esta situación la proclamación del principio de igualdad de trato entre trabajadores

temporales e indefinidos, en el que insiste la norma europea (Directiva 99/70/CE) o el propio TC español, pues naturalmente no alcanza a discutir el verdadero origen de la diferencia que es la temporalidad del contrato y la fácil extinción éste.

Se trata con todo de una precariedad excluyente de carácter limitado, pues en último término sigue instalada dentro de las fronteras del ordenamiento laboral y a ella se une, también con carácter excluyente pero de un modo completo, el fenómeno que se ha dado en llamar «huida del Derecho del Trabajo» y que también se ha utilizado como instrumento de adaptación a la crisis de empleo. Aquí no se llega siquiera a acceder al ámbito jurídico laboral, quedándose las relaciones de servicios extramuros del mismo, bien consideradas como de naturaleza civil, bien lisa y llanamente ocultas, inscritas en el trabajo negro. Naturalmente se alcanzan por esta vía las mayores dosis de precariedad y la entrada en un escenario de desregulación casi completa. En ocasiones se trata de fenómenos de huida derivados de las maniobras fraudulentas del empresario, que pueden ser solucionadas con la oportuna calificación de la relación y la aplicación del principio de primacía de la realidad contractual, pero esta vía de precariedad extrema es también fruto de la actividad normativa y jurisprudencial en la que se puede percibir un «discreto retorno al arrendamiento de servicios». La sanción jurisprudencial y normativa de las becas como instrumentos ajenos al ordenamiento laboral; la creación de fórmulas de trabajo «para subordinado» o «económicamente dependiente»; la exclusión de determinados tipos de actividad del ámbito laboral... El impulso, en fin, de todo un rosario de figuras afines al contrato de trabajo que no llegan a acceder al interior del Derecho del Trabajo y que, a lo sumo, toman prestado de éste algunos elementos aislados incapaces de generar por sí mismos un estatus de protección adecuado.

Estas fórmulas que hemos llamado de precariedad excluyente arrebatan al trabajo su condición de portador de ciudadanía y, en ocasiones, ni siquiera se muestran suficientes para conjurar el riesgo de pobreza y exclusión social dando lugar al fenómeno

de los trabajadores pobres opuesto frontalmente al trabajo decente preconizado por la OIT. A ello contribuye también de manera decisiva la inseguridad y volatilidad que alcanza a la jornada de trabajo y que muchas veces se combina con el carácter temporal de la relación laboral. Nos referimos al trabajo a tiempo parcial que si bien puede ser una adecuada solución a las necesidades de parte de los trabajadores, cuando el elemento de voluntariedad desaparece, siendo la jornada reducida la única posibilidad de empleo del trabajador, también se transforma en un instrumento propio de la precariedad. No sólo porque conlleva una reducción proporcional del salario que puede convertir a éste en insuficiente para las necesidades del trabajador, sino también como consecuencia de la mayor dificultad que se tiene para acceder a la protección social desde el trabajo a tiempo parcial. No es de extrañar que la posibilidad de la discriminación indirecta sobrevuele permanentemente sobre este tipo de trabajo y sus reglas de protección social, una vez que su composición es mayoritariamente femenina.

Pero la exclusión, total o parcial, del ordenamiento laboral no es la única manifestación de la precariedad de las relaciones de trabajo, aunque sea la más característica por reposar sobre la poca estabilidad o duración de la relación y el tiempo de trabajo, que es, por otra parte, el significado gramatical de precariedad. Estas zonas de exclusión, como era previsible, han acabado por generar consecuencias también en el ámbito de las relaciones de trabajo típicas, en el sentido de canalizadas por los instrumentos clásicos del Derecho del Trabajo con el contrato indefinido a la cabeza. Lo han hecho en primer lugar tirando a la baja de las condiciones de trabajo previstas en las relaciones de trabajo indefinidas. Pero la incidencia ha sido también amparada en operaciones de fuerte sesgo ideológico, muy interesadas en contraponer precarios y desempleados (outsiders) a trabajadores fijos (insiders), dando por hecho que son las garantías laborales --muchas veces calificadas de «privilegios»-- de estos últimos las que provocan la exclusión de los primeros: la disolución del conflicto social en un enfrentamiento intraclase. Estas construcciones ideológicas, que gozan por lo general de un acceso privilegiado a los poderes normativos, han determinado un acercamiento de las relaciones típicas a las atípicas o, lo que es igual, un paulatino vaciamiento de las

garantías laborales con el objetivo de que los empresarios no se refugien en la temporalidad o en la extralaboralidad para huir de ellas. Una estrategia algo rocambolesca que pretende combatir la precariedad generalizándola y eliminando por tanto la posibilidad de comparación. Propuestas como la del contrato único, la facilitación del despido mediante la ampliación de sus causas, el acercamiento de los costes extintivos de la contratación indefinida y la temporal se inscriben sin duda alguna en esta dirección y provocan un efecto precarizador generalizado, que va restando al trabajo, ahora también al típico, su capacidad de portar ciudadanía e inclusión social.

Más allá de la temporalidad y las condiciones de extinción de las relaciones de trabajo, la precariedad se ha infiltrado en el interior de la propia relación laboral y no sólo como consecuencia del menor poder negociador del trabajador temporal. La respuesta a la crisis económica actual, por lo menos en los países del Sur de Europa, pasa en buena medida por generar una suerte de devaluación interna vía salarios y condiciones de trabajo. Su instrumentación jurídica ha provocado una minusvaloración, a veces de constitucionalidad dudosa, de los compromisos alcanzados en la negociación colectiva. A la vez ha incrementado los poderes del empresario dejando en sus manos, y en determinadas circunstancias, la modificación de las condiciones laborales más elementales, el salario incluido. En otros términos se ha desnaturalizado la propia estabilidad de las condiciones laborales, que accedían a la relación de trabajo por vías diversas y especialmente a través de la negociación colectiva, cuyo efecto vinculante y homogéneo se ha, cuanto menos, atenuado. De esta manera la inestabilidad, la fugacidad, la inseguridad, la precariedad en suma parece ir convirtiéndose de forma paulatina en una característica crónica del sistema jurídico-laboral en su conjunto, amenazando con impedir al trabajo seguir contribuyendo a la ciudadanía y poniendo en peligro las bases del pacto social.

III. TEMPORALIDAD Y PRECARIEDAD

El trabajo carácter temporal suele constituir una fuente importante de producción del trabajo precario, en modo tal que en ocasiones este fenómeno corre el riesgo de ser asimilado estrictamente a las relaciones laborales cuyo vínculo jurídico de adscripción a la empresa es de carácter temporal. Y ello, en base a la inseguridad económica en la que se colocan los trabajadores temporales en relación con su inestabilidad en el empleo. La falta de estabilidad en el empleo suele desplegar un efecto perjudicial en el ejercicio y disfrute del resto de derechos del trabajador en materias como el salario, la jornada de trabajo, la protección de la seguridad y salud e incluso en la propia reclamación frente a la extinción arbitraria de la relación de trabajo por parte del empresario, como resultado de la expectativa del trabajador a volver a ser contratado por el mismo empresario.

Sin embargo, reconociendo la existencia de una relación inescindible entre temporalidad y precariedad, el fenómeno del trabajo precario no se agota en las relaciones laborales de carácter temporal, sino que se extiende a aquellas de carácter indefinido a través de una degradación progresiva de aquellas condiciones de trabajo y empleo que ofrecían seguridad y estabilidad a los trabajadores. Dicho proceso de degradación de la normativa laboral, particularmente en la órbita de las garantías frente al despido sin causa, ha motivado una expansión del trabajo precario afectando a las condiciones materiales de prestación y contraprestación laboral del trabajo por cuenta ajena en general. De ahí que, frente a la tradicional distinción entre trabajo temporal y trabajo indefinido como sinónimo el primero de precariedad y el segundo de dignidad, se deba introducir en este debate una cierta cautela con la finalidad de no excluir ciertos colectivos de trabajadores de la situación de precariedad en el trabajo.

Por todo ello, resulta mucho más útil en la correcta identificación de lo que haya de entenderse por trabajo precario la indagación sobre si el trabajo, temporal o indefinido, permite al trabajador satisfacer sus necesidades y las de su familia, permitiendo a éstos acceder a su través a la condición de ciudadano. Nótese en que la precariedad del trabajo proyecta sus consecuencias en la entera sociedad, normalmente a través de la falta de participación sociopolítica de sus componentes. O lo que es lo mismo, la inseguridad en el ámbito de las relaciones de trabajo se traduce, en términos de condiciones de vida, en la imposibilidad de diseñar y configurar un proyecto vital (digno) si quiera a medio plazo. Con ello, las expectativas de la persona como trabajador y ciudadano se diluyen en un presente inmediato caracterizado por la precariedad que desincentiva la participación social, sindical, política y/o ciudadana.

Esta situación apenas descrita no suele producir la reacción esperada de reivindicación de aquellos derechos que permitan a las personas trabajadoras albergar un proyecto de vida, sino que, por el contrario, el efecto tiende a ser el contrario: la desmovilización social y sindical.

Por último, cabe advertir un efecto producido por mor de la precariedad laboral en el ámbito mismo de las relaciones laborales como es la re-mercantilización de las relaciones de trabajo como percepción, en esta ocasión, de los propios trabajadores. Esto es, el "maltrato" que dispensa el trabajo precario puede llegar a provocar en la persona trabajadora una percepción utilitarista y de intercambio patrimonial en términos meramente de obtención de una fuente de ingresos insuficientes que deberá ser completada a través de otras vías. De este modo, sería el trabajador el que tendiese contrarrestar los perjudiciales efectos que derivan del trabajo precario mediante el entendimiento de este como una relación estrictamente patrimonial de intercambio de trabajo por salario.

El fenómeno del trabajo precario se ha asociado durante mucho tiempo a los países denominados en vías de desarrollo, creando indirectamente una relación entre desarrollo económico, social y político y calidad de las condiciones de trabajo y empleo. De esta forma, el desarrollo, como categoría, implicaba la existencia de unas relaciones socioeconómicas fundadas en la existencia de un trabajo con derechos, que consentían a la persona trabajadora formar parte de una determinada sociedad. En última instancia, el desarrollo de un país se podía medir por la constatación de unas relaciones laborales democráticas y equilibradas.

Sin embargo, dando por bueno este concepto de desarrollo y, por tanto, de país desarrollado, sucede que la proliferación del trabajo precario en la órbita de los denominados países desarrollados somete a grandes tensiones aquel concepto.

En efecto, una mirada rápida por la evolución de los países llamados desarrollados en relación con la existencia de trabajo precario nos muestra la inestabilidad de tal calificativo en el seno de determinados países. Así, por ejemplo, tomando como referencia los países que componen la OCDE, un reciente informe advierte del crecimiento exponencial de las desigualdades y de la pobreza que encuentra su origen, entre otros factores, en las condiciones de trabajo y empleo. Ello explica, cómo países tradicionalmente a salvo de estas situaciones de desigualdad y pobreza se estén viendo afectadas por este tipo de situaciones, como sucede en el caso de países como Alemania, Dinamarca, Suecia o Canadá, como consecuencia en términos generales de una situación por la cual los ingresos medios del 10% más rico es ahora nueve veces mayor que los ingresos del 10% más pobre.

Todo lo dicho anteriormente, sitúa al trabajo en el centro de las relaciones sociales y en la determinación de los avances sociales y económicos de un determinado país o región, en modo tal que el desarrollo o el subdesarrollo se hace depender de la calidad del mismo.

IV. LOS TEMPOREROS

El origen de este concepto, se ubica durante y posterior a la Segunda Guerra Mundial producto de la ampliación de la industria y el requerimiento tanto de Estados Unidos como de Europa de mano de obra poco calificada, en este caso los temporeros se ubicaron principalmente en los sectores de los servicios, la manufactura y la construcción. Sin embargo, los mercados de trabajo rurales se han caracterizado tradicionalmente por estar conformados sobre la base de trabajadores estacionales o temporarios, con empleos precarios y organizados en espacios geográficos que pueden incluir áreas distantes, lo que llegó a definirse como mercados de trabajo "satelizados".

En los años de 1950 y 1960 existió un auge en la incorporación de mano de obra migrante temporal en especial procedentes de los países que se encontraban en vía de desarrollo, sin embargo, con la crisis de la década del setenta estos flujos se vieron disminuidos casi a su mínima expresión. De hecho una de las características esenciales de los flujos temporales están asociadas al control de la migración de forma ordenada, de manera tal, que se garantice que los temporeros una vez cumplan con su función retornen a sus países de origen y evitar de este modo que se queden engrosando las filas de desempleados en los países de destino.

En 1982 propone el concepto de migración circular para explicar los flujos que se presentaban al interior de Indonesia, sin embargo, hasta la actualidad éste se ha venido ampliando y desarrollando para describir y explicar la recurrencia de los eventos migratorios que implicaría una circularidad en el desplazamiento del tipo origen-destino-origen. Existen dos tipos de circularidad, de un lado una visión restringida de la misma, que implica la permanencia en un país extranjero por un período inferior a un año; y de otro, la visión ampliada o extensa, que no delimita a una temporada determinada, es decir, que la estancia se puede prolongar en el tiempo, toda vez que el migrante retorne en algún momento al país de origen.

En la década de 1990 en Europa se reactivaron los flujos migratorios temporales y por lo tanto de nuevo se iniciaron los desplazamientos de temporeros, sin embargo, a diferencia de años anteriores, éstos desplazamientos estuvieron sujetos a nuevas formas de contratación temporal y se inició un proceso regulatorio a través de las políticas internacionales con efectos vinculantes para los países, en particular, las provenientes de la ONU y la OIM, principales promotores en la defensa y protección de los derechos de los trabajadores bajo la modalidad de migración de temporada o temporeros. Así, estos organismos internacionales se han ocupado de la definición y conceptualización de los temporeros. Según los criterios definidos por la ONU, una migración de corta duración constituye aquella que se lleva a cabo en un lapso entre los tres y los seis meses. Mientras que por su parte la OIM plantea que se trata de trabajadores extranjeros temporales que pertenecen a un conjunto mayor en el que se ubican también los turistas y los estudiantes, la diferencia, entre éstos últimos y los primeros radica en el permiso de trabajo que les es concedido a los temporeros, de tal suerte que el desplazamiento de este tipo de migrantes está condicionado a ejercer una actividad económica sujeta a la percepción de un ingreso y cuyo período de tiempo de permanencia está claramente delimitado.

En la actualidad se le denomina temporero, trabajador estacional o trabajador temporal, a la persona que lleva a cabo una migración por cortos períodos de tiempo en el que los migrantes se desplazaban sin familia, a veces durante los días laborales de la semana o durante los meses de verano, para pasar el resto del tiempo en su lugar de origen. Y se denomina trabajador temporal circular al que participa de la migración laboral temporal circular, que se caracteriza por la recurrencia y alternancia de los desplazamientos entre el lugar de residencia y el lugar de trabajo. Por su parte la Unión Europea ha definido dos formas de migración circular: de un lado, la de trabajadores comunitarios o de países pertenecientes a la UE; y de otro, la de trabajadores provenientes de terceros países, por ejemplo, países extracomunitarios, no pertenecientes a la UE o trabajadores no comunitarios. Una diferencia que se puede extraer de lo anterior es que mientras el migrante temporero es un migrante internacional que se compromete a regresar a su país de origen, el migrante laboral temporal circular, es un migrante transnacional que termina fijando su residencia en algún territorio o país por el que ha circulado.

Para la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) el trabajador de temporada o temporero es todo aquel trabajador migrante cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año. En este mismo sentido, la Red Europea de las Migraciones define el temporero como aquella persona que realiza actividades de carácter temporal que van desde trabajos estacionales; trabajos de obra y servicios y los trabajos realizados mediante prestaciones transnacionales de servicios, entre otras. Según esta conceptualización los temporeros ejercen su actividad en el marco de la legalidad y por lo tanto están sujetos a la autorización y posterior renovación de sus permisos de trabajo según la normativa vigente. En este sentido, las visas son concedidas por el período estricto en que durará el contrato de trabajo y por lo tanto éstas no serán superiores a nueve meses. Así mismo,

frente al permiso de trabajo éste no se encuentra sujeto a renovación, sin embargo, puede existir la ampliación de la autorización.

Según Canales, algunas de las características del concepto de temporero son, de un lado, la dimensión construida por el proceso migratorio, motivo por el cual no existe una única forma de migración temporal y por lo tanto los desplazamientos de esta población variarán en razón de las características económicas, sociales, culturales y demográficas de las personas que llevan a cabo la migración. De otro lado, también se ha replanteado la dimensión espacial, cuestionando el carácter absoluto de la noción de residencia, puesto que al temporero estar en permanente desplazamiento entre el país de origen (residencia) y el país de destino (trabajo) genera ambivalencias con respecto al lugar de permanencia en un período de tiempo más o menos estable. Así, se puede afirmar que la actividad desarrollada por los temporeros combina dos elementos particulares: la recurrencia y la alternancia, en el caso del primero porque se trata de desplazamientos que se hacen de forma permanente, y en el caso del segundo porque se combinan períodos de tiempo en el lugar de origen y en el de destino.

El temporero realiza su trabajo de forma legal cuando establece su relación laboral a través de un contrato de trabajo; y tiene estatus de ilegal, cuando trabaja por fuera de todas las formalidades que implica oferta y contrato de trabajo y contribuciones a la seguridad social. En países como España, el trabajo de los temporeros es regulado a través de convenios bilaterales entre naciones, lo que ha reconfigurado las relaciones internacionales entre los países implicados. Por ejemplo, en el caso de Colombia y España, se suscribió convenio bilateral en mayo de 2001 y allí se estableció el marco legal de la Migración Laboral Temporal Circular, donde el principal sector hacia donde se dirigen los temporeros es la agricultura. Sin embargo, se considera que, en Europa persiste una migración temporal que se presenta hacia los sectores de la construcción, la agricultura y el turismo o servicios asociados como la hotelería. En la actualidad a este

tipo de migrante se le vincula con la Migración Laboral Temporal Circular, es decir, viajar por varios períodos entre el país de origen y el país de destino. En general, los lapsos de tiempo en los que se desplazan, oscilan entre los tres y los nueve meses.

En Estados Unidos es posible contratar trabajadores extranjeros para realizar labores temporales diferentes a la agricultura, en las cuales no haya trabajadores estadounidenses disponibles. Esta práctica, releva una histórica migración en sentido sur-sur que ha venido creciendo en los últimos años hacia países como Venezuela, Ecuador, Bolivia, entre otros. A éstos trabajadores que llegan a los EE UU, se les concede visa de no inmigrante H-2B previa verificación del cumplimiento de las siguientes condiciones: 1) Que el empleador demuestre la necesidad del empleado para cumplir tareas durante una temporada; 2) Que el empleador demuestre que no le fue posible conseguir trabajadores estadounidenses disponibles y cualificados para realizar ese trabajo; 3) Que el empleador demuestre que los sueldos y las condiciones de trabajo de los empleados estadounidenses en tareas similares no se verán afectados por empleados temporales con visa H-2B; 4) Que se presente Certificación de Trabajo Temporero válida de parte del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos (DOL, por sus siglas en inglés).

Los criterios que explican la temporalidad son: el tiempo de la migración, la posibilidad de renovación del contrato, la flexibilidad en el desplazamiento entre el país de origen y el de destino, la legalidad, el cumplimiento de los derechos y obligaciones de los migrantes y su respectiva vinculación a los mercados de trabajo. De tal suerte que, por ejemplo, la Unión Europea ha definido la Migración Laboral Temporal Circular "MLTC" como una modalidad de migración que implica una gestión de las migraciones mediante mecanismos que favorecen la movilidad legal entre ambos países en un sentido y en otro. De esta forma se puede afirmar que, los temporeros se desplazan a otros países según los acuerdos internacionales vigentes en el caso de países

extracomunitarios, o bajo formas más libres, como en el caso de los ciudadanos europeos provenientes de países pertenecientes a la UE.

Uno de los aspectos más problemáticos de los temporeros es su carácter de lo que algunos académicos han denominado la modalidad del trabajador invitado, un modelo que se precia de ser provechoso para ambos países, tanto el de expulsión como el de atracción, así como, para el migrante, pues éste se logra capacitar y ganar en competencias laborales para contribuir en su país de origen. Sin embargo, esta modalidad de migración ha revelado la ausencia de una ciudadanía plena para el migrante, al igual que, la instrumentalización de los temporeros para fines exclusivos del país de destino, sin importar las condiciones precarias del trabajador y su falta de estabilidad en el empleo.

Un segundo aspecto que afecta la situación del migrante temporero está referido a los principales sectores económicos en los que éste se sitúa, en particular, son sectores que exigen baja o poca cualificación como la agricultura, la construcción y los servicios hoteleros, en los cuales, si bien en condiciones legales los migrantes tienen derecho a las prestaciones de ley, y en el caso de la agricultura, a un hospedaje y una alimentación digna, es claro que en estos sectores se ubican los migrantes temporales porque, de un lado son las labores que los connacionales no quieren realizar y porque son oficios que, en su mayoría, requieren gran esfuerzo físico. De otro lado, se caracterizan por ser empleos precarios, mal pagos y con extenuantes jornadas de trabajo en comparación con el empleo en otros sectores económicos.

Por último, el proceso de contratación de temporeros constituye más que una política de fronteras abiertas, un cierre de las mismas, a través de la implementación de

mayores controles de los flujos migratorios hacia los países de destino en el sentido en que se trata de garantizar que todos los migrantes (legales) retornen a sus países de origen una vez se termina el contrato de trabajo. Lo anterior no se compadece con lo que más se promociona de la globalización, que es la apertura de las fronteras y una mayor movilidad de las personas entre país y país.

V. LA DESLOCALIZACIÓN

El término deslocalización se utiliza para referirse al desplazamiento que realizan algunas empresas, generalmente multinacionales, de sus plantas productivas ubicadas en los países desarrollados a países que les ofrecen ventajas significativas en costes, generalmente economías emergentes.

La progresiva eliminación de barreras a la movilidad del capital, así como los avances en materia de transporte y comunicaciones, facilita a las empresas multinacionales organizar la producción a una escala global. Una de las consecuencias de este fenómeno es que las empresas multinacionales cuentan con más facilidad que nunca para cambiar su ubicación.

Las empresas que optan por abandonar regiones o países de tradicional tejido industrial para situar sus plantas productivas en otro país lo que buscan es incrementar su beneficio, gracias a que en el país receptor se espera disponer de:

- Una mano de obra más barata.

- Unas legislaciones en materia de protección del medio ambiente y de lucha contra la contaminación más permisivas que en el país de origen.

- Unas condiciones de trabajo más flexibles que las existentes en los países desarrollados en materia de jornada laboral, derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, etc.

Además de los factores anteriores, que representan una ventaja significativa de costes, en particular laborales, las empresas multinacionales van a demandar una estabilidad política y en ocasiones, el acceso a nuevos mercados.

La deslocalización de empresas es un tema objeto de debate, en el que se enfrentan posiciones encontradas. Por un lado, aquellos que resaltan los aspectos negativos del proceso de deslocalización, frente a aquellos que hacen hincapié en las oportunidades que pueden derivarse del proceso.

Los contrarios a la deslocalización resaltan como consecuencias negativas del proceso:

- a) Perjudica al empleo del país de origen.
- b) El empleo generado en el país receptor es un empleo precario.

c) Tiene un impacto negativo desde el punto de vista del medio ambiente, en la medida en que normalmente en los países de destino la actividad productiva está sometida a menores controles medioambientales.

d) Genera un cierto "efecto contagio" en otras empresas no deslocalizadas, que se enfrentan a dificultades crecientes para competir con las empresas deslocalizadas, lo que al final puede incentivarles a la deslocalización.

e) El producto final en muchas ocasiones es de menor calidad ya que, normalmente, es producido con menores controles de calidad o por una mano de obra de menor cualificación.

Frente a los anteriores argumentos, los que resaltan los beneficios derivados de la deslocalización señalan las siguientes consecuencias positivas:

a) La inversión en el país en el que se "relocaliza" la empresa va a generar empleo y reducción del paro, lo cual resultará de especial relevancia ya que normalmente en las economías emergentes receptoras de la inversión, los parados no tienen la cobertura social que tienen en las economías desarrolladas.

b) A pesar de que los sueldos en los nuevos países receptores de la inversión son mucho más bajos que los existentes en los países desarrollados de origen, la situación salarial y laboral de los empleados en la empresa multinacional va a ser mucho mejor que la de aquellos que trabajan en empresas nacionales y en otros sectores productivos. Además la inversión extranjera va a contribuir a mejorar la cualificación de la mano de obra y la difusión de la tecnología, facilitando la creación de una clase empresarial que puede convertirse en motor del crecimiento económico.

c) La deslocalización está contribuyendo a que el precio de los productos industriales a nivel mundial se reduzca, al poder las empresas multinacionales producir a costes mucho más bajos. De las bajadas de precios en sectores como la electrónica, calzado o vestido se benefician los habitantes de los países desarrollados, que ven cómo su poder adquisitivo se incrementa.

d) La destrucción de empleo que se produce en el sector industrial de los países desarrollados como consecuencia de la deslocalización, no necesariamente tiene que significar una destrucción de empleo en el conjunto de la economía, sino que, probablemente, lo que se producirá es un trasvase de mano de obra hacia el sector servicios.

e) La deslocalización no afecta a aquellos productos de alto valor añadido, que siguen siendo producidos por los fabricantes europeos, norteamericanos, etc., sino a los productos de menor calidad y valor añadido.

En los últimos años, y de forma creciente, aprovechando las tecnologías de la información y la comunicación, algunos servicios se deslocalizan a empresas situadas en el extranjero, de tal forma que lo que se está convirtiendo en móvil no es el factor trabajo, ni las mercancías, sino los servicios. Así, por ejemplo, los servicios de atención telefónica, el mecanografiado de los expedientes médicos o rutinas de contabilidad, en lugar de realizarse en un país desarrollado son realizados desde un país de América Latina, el Norte de África o la India.

En la actualidad, es perfectamente posible que un médico de un hospital privado norteamericano realice una grabación de voz del parte médico de los enfermos que atiende, que esa misma noche esa grabación de voz se envíe a la India y a la mañana

siguiente el médico disponga en su ordenador de los informes completos de sus enfermos.

VI. EL DUMPING SOCIAL

Las distintas definiciones doctrinales acerca del concepto de dumping social indican que nos encontramos ante una construcción teórica carente de univocidad y con carácter evolutivo y multidireccional, ligada al desarrollo de las distintas formas de integración económica supranacional, en particular la Unión Europea pero también la NAFTA, y vinculada igualmente a las consecuencias de la realización y promoción de la movilidad transnacional de trabajadores, servicios y empresas.

Es una cuestión comúnmente aceptada que las experiencias de integración económica provocan una confrontación permanente derivada de la puesta en convivencia de distintos estándares laborales. Entre estas experiencias, el escenario especialmente privilegiado para la observación y definición del fenómeno es la Unión Europea, dado el alto grado de integración y perfeccionamiento de la realización de las libertades de circulación económica de trabajadores, servicios y capitales tanto por la vía positiva, el acervo normativo de la Unión Europea, como por la negativa, es decir, por la acción removedora de obstáculos llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El punto común en la totalidad de aproximaciones al concepto de dumping social es la calificación de sus consecuencias como negativas en términos de garantías de los derechos de los trabajadores y de mantenimiento de los estándares sociales y

laborales. A partir de este acuerdo, el contenido de las prácticas que pueden ser calificadas como dumping social, de los agentes implicados, beneficiados y perjudicados así como de las consecuencias a medio y largo plazo son cuestiones controvertidas, para cuyo tratamiento es preceptivo realizar un repaso a las definiciones más significativas y centrarnos en el escenario de la Unión Europea.

En términos muy generales, el dumping social ha sido definido como la práctica relativa a la exportación de mercancías desde un país con estándares laborales débiles o pobres, donde los costes de exportación son artificialmente más bajos que aquellos existentes en los países con estándares más altos, por lo que representa una ventaja desleal en el comercio internacional. El dumping sería por tanto los resultados de las diferencias entre costes laborales directos o indirectos, con repercusiones negativas posibles para los estándares sociales y laborales de otros países. Esta definición genérica ofrece una consideración parcial del objeto de análisis y parte de dos presunciones que no son consistentes. Por un lado, trata tan sólo la cuestión de la circulación de mercancías, sin valorar la movilidad de los servicios empresariales y de los propios trabajadores como posible estrategia de dumping, por otro, presupone tanto la artificialidad del mantenimiento de los bajos estándares laborales, afirmación que no puede aplicarse en una amplia mayoría de países en vías de desarrollo, como la consecución de una ventaja competitiva sólo por el hecho de tener menores costes laborales, sin plantear otras variables que pueden obstruir la efectividad de tal ventaja.

Dejando pues de lado esta definición, es importante remarcar que el concepto que aquí se trata tiene un amplio espectro de variables y direcciones, siendo cada vez más común su utilización, particularmente en el ámbito de la Unión Europea donde la construcción del mercado interior ha multiplicado los supuestos de prestaciones transfronterizas de servicios y de movilidad transnacional de empresas para establecerse en otros estados. Este aumento exponencial no plantearía problemas en un espacio

integrado, tanto en relación con el mercado de bienes y servicios como respecto del mercado de trabajo. Sin embargo, es bien sabido que en el ámbito de la Unión existe una situación asimétrica, pues la consecución del mercado interior de trabajo unificado es una realidad lejana del avanzado estado de integración económica. Por ello, los desplazamientos de servicios, y por tanto de mano de obra, así como la libertad de establecimiento empresarial implican la coexistencia de sistemas jurídicos, laborales, distintos y, por tanto, de niveles de protección diferentes. En esta situación, la voluntad de las empresas de ligarse a la norma social menos costosa, afirmando la continuidad jurídica de la relación de trabajo, les permite utilizar los diferentes estándares laborales como factor de competencia, mediante lo que se considera ya como una estrategia de expansión industrial.

En este óptimo escenario de análisis se han ofrecido una serie de definiciones de dumping social de más amplio alcance que la inicial. Algunos autores han definido el concepto por sus posibles consecuencias, considerando que puede entenderse por dumping social «el riesgo o la tendencia real de baja de la protección social de los trabajadores en atención a la entrada en competencia de los territorios, como consecuencia de la globalización económica». Entre la doctrina española, se ha definido este tipo de dumping como «una competencia a la baja en cuanto a las condiciones de trabajo entre los distintos Estados cuyas economías se integran para mejorar las condiciones de competitividad de sus empresas nacionales». Por su parte, la doctrina anglosajona ha tratado la cuestión incidiendo en el comportamiento empresarial, en aprovechamiento de los disímiles estándares socio-laborales y diferenciando claramente entre el dumping social como estrategia empresarial y la actuación de cada uno de los Estados miembros respecto de sus estándares sociales y laborales, actuación que se ha calificado como "competencia normativa". Estos autores remarcan que la competencia normativa es un actuación de los Estados, que se produce cuando, en un mercado interior donde existe libertad de circulación de bienes, servicios y capitales pero no hay unos estándares laborales comunes o los que hay son únicamente un suelo mínimo, un

Estado rebaja de manera unilateral sus estándares sociales intentado atraer empresas de otros Estados.

Ante las distintas aproximaciones es útil ensayar una definición de dumping social que parta de los supuestos de hecho acaecidos en el ámbito de las libertades económicas de la Unión Europea, analizando en ellos tanto las prácticas como los protagonistas y las consecuencias. Los dos supuestos son el asunto Viking Line, que dio lugar al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007 y el asunto Laval, resuelto por el Tribunal el 18 de diciembre del mismo año. En el primero de los casos se plasma un ejemplo de dumping social realizado mediante una práctica de movilidad del establecimiento empresarial, que pasa a ubicarse en un Estado donde los estándares laborales son inferiores. En el segundo de los casos se produce el supuesto de un dumping social mediante el ejercicio de la libertad para prestar servicios, trasladándose esta prestación, y por tanto los trabajadores, desde un estado con estándares más bajos hacia otro con niveles salariales superiores, buscando mantener los del país de origen. Veamos los ejemplos:

El asunto Viking se suscitó entre el Sindicato de Marineros Finlandés (FSU) y la empresa de la misma nacionalidad, propietaria del Rosella, buque abanderado en Finlandia y destinado desde el mes de agosto de 2003 al transporte de pasajeros entre Helsinki y Tallin (Estonia). Las relaciones laborales entre la tripulación del buque, predominantemente finlandesa, y la empresa se encontraban reguladas por un convenio colectivo firmado entre esta última y el FSU, según la normativa finlandesa. Los problemas entre el sindicato y la empresa comenzaron cuando, en los últimos meses de 2003, ésta le comunicó su decisión de reabanderar el buque en Estonia. Viking Line justificó esta decisión afirmando estar sufriendo pérdidas dada la competencia directa de los buques estonios, con condiciones salariales menores. La empresa consideraba que el cambio de pabellón le permitiría una mejor situación competitiva respecto de las empresas estonias que realizaban el mismo trayecto ya que, de esta manera, sería posible aplicar condiciones laborales menos costosas al poder equipararlas a las

aplicadas en los buques abanderados en Estonia. El sindicato finlandés mostró su desacuerdo a lo largo del periodo de consultas abierto por la empresa y procedió a notificar los hechos a la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF), de la cual es miembro, solicitándole que aplicara su política relativa a los pabellones de conveniencia. Según esta línea de actuación, seguida por el sindicato desde 1948 con el objetivo de evitar el dumping social ligado a los cambios de pabellón de los buques, las condiciones de trabajo y los salarios de la tripulación deben negociarse por el sindicato del país donde se ubica el propietario del barco.

El caso Laval surgió de una reacción sindical ante una maniobra empresarial que, haciendo uso de la libertad para prestar servicios reconocida por el art. 49 del Tratado de la Comunidad Europea (actual art. 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), buscaba aprovechar las diferencias existentes entre los estándares laborales estatales para conseguir un mayor beneficio económico, optando por aplicar a sus trabajadores la normativa que prevé una protección social menor. El conflicto se produjo cuando la empresa letona Laval desplazó a 35 obreros de la misma nacionalidad para realizar una serie de trabajos de remodelación de una escuela en la localidad de Vaxholm, Suecia. Tales trabajos de reconstrucción se enmarcaban en un contrato con el municipio mencionado, obtenido por una filial de Laval en una licitación a la que concurrió en competencia con una serie de empresas suecas. Siguiendo el procedimiento habitual, la Federación sueca de obreros de la construcción contactó con la empresa a efectos de concluir con la misma un acuerdo de adhesión al convenio colectivo de la construcción. La empresa letona se negó en reiteradas ocasiones a la adhesión a la norma colectiva sueca, procediendo en cambio a la firma de un convenio con el sindicato letón de los obreros de la construcción, fijando un salario evidentemente menor. Ante este posicionamiento empresarial el sindicato comenzó un bloqueo, secundado posteriormente por otras organizaciones, consiguiendo paralizar el trabajo de la empresa lo que conllevó la rescisión del contrato con la municipalidad de Vaxholm.

Como puede observarse en ambos casos las empresas que desplazan sus operaciones en búsqueda de estándares laborales más bajos o persiguiendo aprovecharse de la situación de inferioridad de su país de origen realizan un dumping social, entendido o bien como la movilidad empresarial buscando el asentamiento en aquellos estados con estándares más bajos en cuanto a salarios o condiciones de trabajo que los mantenidos en el país de origen; o bien como la exportación de servicios y/o trabajadores manteniendo los más bajos estándares del país de origen en el país de destino y aprovechando la reducción de costes sociales para obtener ventajas económicas.

A tenor de los dos ejemplos podemos definir dos tipos de dumping social y atender a su objetivo, mecanismo, actores y consecuencias. En primer lugar, el dumping ligado a la realización de la libertad de establecimiento, eso es, a la movilidad del capital empresarial con el objetivo de buscar costes sociales inferiores, ya sea por trasladarse a un Estado con estándares laborales más reducidos (normalmente salariales) ya sea por la posibilidad de renegociar convenios colectivos en condiciones más ventajosas obteniendo igualmente una reducción de los costes sociales.

Los actores beneficiados por el dumping son las empresas que buscan así el beneficio, pero también los estados que atraen a estos actores económicos incluso, subsidiariamente, los trabajadores de estos estados. Los principales damnificados por esta práctica son los trabajadores del país de origen, que pierden su trabajo, los sindicatos del país de origen, que pierden fuerza de negociación, y el estado de origen en un doble sentido, por la pérdida de tejido empresarial y por la presión a la baja que sobre las autoridades públicas pueden ejercer las empresas amenazando con la realización del dumping. Los efectos en el corto plazo se circunscriben al aumento del

desempleo pero también a la mencionada presión a la baja sobre los salarios y los niveles de condiciones laborales, a largo plazo, esta presión, si no se establecen los límites normativos necesarios, puede conllevar la erosión generalizada de los estándares sociales en los países de origen.

En segundo lugar, tomando el otro ejemplo mencionado es posible definir el dumping social desde la perspectiva de la movilidad de trabajadores y de servicios. En este caso se persigue obtener un beneficio ofreciendo los servicios a un precio menor, y por lo tanto más competitivo, aprovechando el mantenimiento de los más bajos estándares laborales del país de origen, desatendiendo los mínimos del país de recepción.

Se trata de una práctica de la cual se benefician directamente las empresas prestadoras del servicio, damnificando al tejido empresarial del país de recepción, a los trabajadores y sindicatos estatales y, en último término, a los trabajadores trasladados que mantienen condiciones de trabajo inferiores a las necesarias para vivir en el país de recepción de sus servicios. Los efectos son más destructivos que en el caso anterior ya que provoca una competencia a la baja entre las empresas nacionales y las que provienen de otro Estado, que pueden esquivar determinados estándares laborales lo cual las sitúa en una posición más competitiva.

Evidentemente, todos los fenómenos anteriores derivan de las diferencias existentes entre los estándares laborales en países pertenecientes a un espacio económico integrado y al juego de la competencia normativa que existe entre dos normas nacionales que conviven en un espacio donde las libertades de circulación económicas favorecen la movilidad, en este sentido, es posible afirmar que, a falta de estándares laborales comunes es inevitable que la creación de mercados regionales o la

promoción de los intercambios comerciales transnacionales permita a las empresas elegir su localización entre los países donde se mantengan los costes sociales más bajos.

La Unión Europea no ha sido ajena a este problema y ha tratado de establecer unos mínimos, reducidos por una restrictiva interpretación del Tribunal de Justicia, mediante la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Esta norma se aprobó en el marco del Programa de acción para la aplicación de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de 1989. En ella se delimita el conjunto de materias que constituye el núcleo duro intangible de condiciones laborales, pero lejos de configurarse como una disposición social, la Directiva se orienta principalmente a permitir la libre circulación de servicios y a evitar determinadas distorsiones en la competencia derivadas del dumping social. Por su parte, en las diferentes Comunicaciones de la Comisión que contienen orientaciones relativas a la aplicación de la Directiva 96/71 se advierte de la doble finalidad de la Directiva: suprimir los obstáculos y las incertidumbres que pudieran suponer trabas a la realización de la libre prestación de servicios, así como aumentar la seguridad jurídica permitiendo la identificación de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios. En fin su conexión con la liberalización de los servicios en el mercado interior viene reafirmada por el art. 3.1 a) de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que afirma la primacía de aquélla en caso de conflicto con ésta.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, la estrategia adoptada en la norma comunitaria es la modulación de la regla de la extraterritorialidad del contrato. Para ello, en su art. 3, la Directiva determina un conjunto de disposiciones del ordenamiento del Estado de acogida temporal, que deben ser obligatoriamente contempladas cualquiera

que sea la legislación aplicable a la relación laboral, incluyendo en el texto un listado de materias no limitativo. Las condiciones de trabajo relativas a estas materias deben ser aseguradas por los Estados miembros para todas las personas que trabajen en su territorio. Los mismos se han visto así impelidos a dotarse de un conjunto de normas imperativas mínimas, un núcleo duro indisponible, que será aplicable a todas las empresas que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Así, para conseguir el objetivo de coordinación de las disposiciones estatales, el art. 3 de la Directiva establece que, cualquiera que sea la ley aplicable, las empresas que desplacen temporalmente a trabajadores a otros Estados miembros deben respetar las condiciones laborales del Estado de acogida temporal respecto a determinadas materias que se enumeran en el artículo y siempre que dichas condiciones se encuentren establecidas de manera conforme a las indicaciones del texto de la Directiva.

La realidad demuestra que la Directiva no ha venido a solucionar los conflictos planteados por los desplazamientos transnacionales de trabajadores. Las razones son varias, destacando dos. Por un lado, el desarrollo que han realizado los Estados miembros, por lo general pobre y, según la opinión del Tribunal de Justicia, en ocasiones incorrecto. Por otro, las ya mencionadas interpretaciones que, de la misma, han realizado tanto la Comisión Europea como el TJCE, tendiendo ambas instituciones a convertir la norma en un máximo común denominador, en un techo limitativo de la potestad de los Estados miembros en materia social que dificulta en gran medida su papel como instrumento de gestión y garantía de la diversidad.

VII. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN SOCIAL

Con la finalidad de mantener la actividad laboral de trabajadores perceptores de prestaciones por desempleo, sin pérdida por parte de éstos de dichas prestaciones, se crearon estos contratos en virtud de los cuales el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) o el respectivo servicio de empleo de las Comunidades Autónomas que hayan asumido la transferencia de gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo (INEM) en materia de trabajo, empleo y formación (como sucede con las Comunidades Autónomas de Asturias, Canarias, Cataluña, Galicia, Madrid, Navarra y Valenciana), puede ofrecer y exigir a todo trabajador desempleado que perciba la prestación o el subsidio por desempleo, trabajos para una Administración Pública; concretamente, la prestación temporal de un trabajo de colaboración social, cuya principal característica es que su realización resulta obligatoria para los perceptores de prestaciones por desempleo, y no supone existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que presten dichos trabajos; pues, en forma clara y tajante los preceptos que regulan estos trabajos excluyen toda posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración Pública destinataria de los trabajos de colaboración social y el desempleado que preste dichos trabajos y la falta de tal carácter laboral, impide, a su vez, que el cese sea calificado de despido.

Este régimen de trabajo no conforma una relación normal, sino que se ofrece como una específica modalización del régimen de desempleo, rasgo éste que resulta de gran importancia, por cuanto determina que no resulte aplicable a estos trabajadores el contenido de los convenios colectivos ni tampoco el conjunto de la legislación laboral.

Sin embargo, la Orden de 11 de marzo de 1985, por la que se establecen criterios estadísticos para la medición del desempleo registrado, no incluye en la estadística

mensual de desempleo registrado a los demandantes de empleo perceptores de prestaciones por desempleo que participan en trabajos de colaboración social. Es decir, para unos efectos se considera a estos trabajadores que están trabajando, de ahí que se les excluya de la relación mensual de desempleo registrado, pero, en cambio, y a otros efectos, se los considera desempleados, catalogando a este contrato como una modalización del régimen de desempleo, implicando ello que no resulte de aplicación a estos trabajadores el contenido de los convenios colectivos ni tampoco el conjunto de la legislación laboral.

Es por ello que, sobre todo desde algunas organizaciones sindicales como la Confederación Nacional del Trabajo (CNT), se les haya criticado con cierta dureza, calificándolos de precarios, fundamentalmente porque no cotizan al desempleo, y cuando terminan el desempleo o la ayuda familiar se acaba el contrato o el desempleo.

Este tipo de contrato o trabajos temporales de colaboración social los encontramos regulados de forma un tanto dispersa, al no existir una norma única que los contemple de forma detallada. En este sentido, debemos citar como normas de aplicación, el artículo 272.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, así como el Real Decreto 1809/1986, de 28 de junio por el que se modifica la regulación de los trabajos de colaboración social contenida en el Real Decreto 1445/1982, de 25 junio.

El primer requisito para que se pueda exigir a un trabajador la realización de trabajos de colaboración social, es que el mismo sea preceptor de las prestaciones o subsidio de desempleo, así como que se haya celebrado el correspondiente convenio

entre la entidad gestora y las Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro beneficiarias de estos trabajos.

A este respecto, cabe indicar las críticas realizadas por algún autor destacando la reducción, tildada como de dudosa legalidad, de las entidades legitimadas para solicitar trabajadores en régimen de colaboración social a las Administraciones públicas, en el Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, lo que parece significar el intento de exclusión de las entidades privadas benéfico-asistenciales.

Precisado lo anterior, estos trabajos de colaboración social a que pueden ser destinados los referenciados trabajadores, han de reunir los siguientes requisitos:

- a) Han de ser de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad.

Requisitos estos que deben entenderse concurrentes en la realización de aquellas tareas que se correspondan con funciones de gestión de las Administraciones Públicas, dado que éstas, por definición, tienden a satisfacer necesidades públicas, correspondiendo en todo caso a la Administración definir el interés público y la utilidad social.

Los Tribunales han mantenido sobre este requisito criterios dispares, pues algunas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia han defendido la tesis de que los preceptos que rigen la posibilidad de celebrar contratos de colaboración social por las Administraciones Públicas, y que por ello los excluyen del ámbito del derecho del trabajo, exigen que esos trabajadores sean destinados a la concreta obra, servicio o trabajo para el que se solicita al desempleado, exigiendo concreta y específicamente que los mismos tengan una utilidad social directa e inmediata que a su

vez redunde en beneficio de la comunidad; características predicables de las tareas de reconstrucción de edificios, arreglo de jardines, etc., actividades todas ellas para las que estaba prevista la colaboración social y no para trabajos ordinarios de oficina como los que en muchos casos se han venido desempeñando por estos trabajadores y cuya necesidad surgía de la falta de personal de las propias Administraciones Públicas, supliendo la falta de contratación de personal con el trabajo de desempleados a través de la figura de la colaboración social cuya finalidad era y es muy distinta según los Tribunales que mantenían este tesis. Por el contrario, otras Salas de Justicia llegaban a la conclusión de que el requisito de la utilidad pública debe de estimarse concurrente en la realización de aquellas tareas que se correspondan con funciones de gestión de las Administraciones Públicas dado que, estas por definición, tienden a satisfacer necesidades públicas, correspondiendo en todo caso a la Administración afirmar el interés público y la utilidad social; siendo esta tesis la que ha acabado por imponerse, en el sentido de que los trabajos de colaboración social no requieren esa adscripción a una obra concreta y específica a la que condicionar su validez, sino que quedan justificados con la simple adscripción del trabajador desempleado a la realización de una función pública que, por sí misma es de utilidad social, con lo que por esa razón no pueden ser calificados de fraudulentos, considerando válida la colaboración social también en estos casos.

b) Han de tener carácter temporal, razón por la que su duración máxima no puede exceder del tiempo de prestación que le falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido. Al no poder percibirse con carácter indefinido la prestación económica de desempleo, tampoco puede tener carácter indefinido la prestación de los trabajos de colaboración social.

Este carácter temporal no afecta a la duración de los trabajos en sí, sino a la de la adscripción de cada concreto trabajador que se pretenda ocupar en ellos porque, de lo

contrario, se estarían olvidando los criterios constitucionales de mérito y capacidad para acceder a la función pública, así como el principio de igualdad de oportunidades y de libre acceso a la función pública. Por ello, y a tal efecto, las oficinas de empleo deben, cuando seleccionan a los trabajadores, determinar, en su caso, la rotación de los mismos, de forma que se haga compatible la duración del trabajo con el tiempo máximo de adscripción, así como su sustitución en caso de contratación. Se habla de temporalidad, no porque lo sea en relación a una obra o servicio determinado, sino porque el trabajo del desempleado implica, desde su inicio, una obra o un servicio durante un tiempo limitado.

Asimismo, y en relación con este requisito, se debe tener en cuenta que el hecho de superar la duración máxima no convierte a esta relación en un contrato por tiempo indefinido, ni en otro tipo de modalidad contractual de duración temporal.

c) Han de coincidir con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado.

d) No pueden suponer cambio de residencia habitual del trabajador, entendiéndose que un trabajo que entrañara tal exigencia no puede ser impuesto obligatoriamente a aquél.

La Administración Pública que pretenda utilizar a trabajadores desempleados para trabajos de colaboración social deberá solicitarlo a la correspondiente oficina de empleo, con indicación de sus categorías y especialidades. A la solicitud deberá acompañar la documentación acreditativa de los siguientes extremos:

a) La obra, trabajo o servicio que se vaya a realizar (bastando a estos efectos con señalar la función pública a realizar) y su exacta localización.

b) La utilidad social de la obra, trabajo o servicio a realizar.

c) La duración prevista tanto del total de la obra, trabajo o servicio, como de la actuación de los trabajadores a incorporar, por especialidades y categorías.

d) El compromiso de abonar a los trabajadores la diferencia entre la prestación o el subsidio por desempleo y las cantidades correspondientes hasta el importe total de la base reguladora para el cálculo de la prestación contributiva que estuviere percibiendo o que hubiere agotado antes de percibir el subsidio, garantizándose, en todo caso, el 100 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento; así como costear los desplazamientos que los trabajadores tuvieran que realizar.

Recibida la solicitud, el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) o el respectivo servicio de empleo de las Comunidades Autónomas que lo tengan transferido, procede a la selección de los trabajadores (como ya sabemos, de entre los perceptores de las prestaciones por desempleo) que mejor se adecuen a las características de los trabajos a realizar.

Los trabajadores seleccionados están obligados a realizar los trabajos de colaboración social, siendo de gran trascendencia señalar que si renuncian de manera no motivada a los mismos, ello conlleva la extinción de la prestación o subsidio por desempleo que vinieran percibiendo.

Las normas laborales básicas se aplican de manera supletoria en todo lo no regulado específicamente. Regulación que se limita a dos aspectos: retribución y cotización a la Seguridad Social, aspectos a los que seguidamente nos referimos.

En cuanto a la retribución, mientras dure la realización de los trabajos de colaboración social, los trabajadores adscritos a los mismos perciben las siguientes cantidades:

a) Por un lado, continúan recibiendo la prestación o subsidio por desempleo que tuvieran reconocida, en la cuantía que corresponda en cada caso, con cargo al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) o al respectivo servicio de empleo de las Comunidades Autónomas que lo tengan transferido.

b) Además, y con cargo a la Administración contratante, el trabajador percibe un complemento que viene fijado en la diferencia entre la citada prestación o subsidio por desempleo y el importe total de la base reguladora correspondiente a la prestación contributiva que estuviera percibiendo o que hubiera agotado antes de comenzar a percibir el subsidio; garantizándose, en todo caso, el 100 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, que para 2017 ha quedado fijado en 23,59 euros/día o 707,70 euros/mes (art. 1 Real Decreto 742/2016).

En este punto se hace obligado matizar que se trata de una cuantía única para cada trabajador, en función del procedimiento de cálculo anteriormente señalado, sin que quepa aplicar ni diferencias en función de la categoría profesional o tipo de trabajo ni otros complementos salariales tales como primas de peligrosidad, pluses de nocturnidad, etcétera; y ello aun cuando puedan concurrir las condiciones que posibilitarían su devengo en una relación laboral ordinaria.

Por lo que respecta a la cotización a la Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional 5ª del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, las administraciones públicas que, conforme a lo establecido en el artículo 38 del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, utilicen trabajadores desempleados para la realización de trabajos de colaboración social, vendrán obligadas a formalizar la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por dichos trabajadores y a ingresar las cuotas correspondientes a las citadas contingencias. Por tanto, la Administración Pública que utiliza a trabajadores desempleados para trabajos de colaboración social, está obligada a ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social las cuotas correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, porque respecto de las restantes contingencias, se mantendrá en la situación que se le reconociera con arreglo a la protección por desempleo.

La base de cotización por estas contingencias se calcula conforme se calcula conforme al promedio de la base de cotización por dichas contingencias en los últimos seis meses de ocupación efectiva; si bien en los supuestos de trabajadores perceptores del subsidio de desempleo, la base de cotización será equivalente al tope mínimo de cotización, fijado por la Orden de cotización para el año 2017, para las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, en el equivalente al salario mínimo

interprofesional vigente en cada momento, incrementado por el prorrateo de las percepciones de vencimiento superior al mensual que perciba el trabajador, sin que pueda ser inferior a 825,60 euros mensuales (Disposición Adicional 2ª de la Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero).

Para terminar con este punto, cabe señalar que debe entenderse que el trabajador mantiene respecto de las restantes contingencias la situación que tuviera reconocida en el sistema de protección por desempleo.

VIII. LA FLEXIBILIDAD LABORAL

La flexibilidad laboral orientada a la protección de los intereses empresariales, ya sea en su vertiente adaptativa, ya sea en su faceta desreguladora, impregna tradicionalmente los distintos planos de las relaciones de trabajo, con distinta intensidad y amplitud en cada fase de su evolución, pero concentrándose de forma particular en el terreno de la relación individual de trabajo. En esa secuencia evolutiva, una de las figuras que destaca con méritos propios es la atormentada ordenación del trabajo fijo discontinuo (TFD), tomando ahora esta categoría contractual como tipo genérico. La trayectoria que éste ha seguido, lejos de actuar en clave protectora del patrimonio jurídico del trabajador, presenta una recurrente inestabilidad, producto, a su vez, de una asimétrica acción normativa flexibilizadora de la figura, prolongada hasta su actual regulación. De este modo, su vigente disciplina sigue obedeciendo a un tratamiento desprovisto de las necesarias garantías que esta clase de trabajo exige desde la

indisputada constatación de que el vínculo contractual que lo canaliza tiene una duración indefinida, en tanto que la prestación de trabajo que en su seno se cumple obedece a intermitencias o ciclos.

El continuado embate que experimenta, así, el principio de estabilidad en el empleo, hace tiempo convaleciente, se proyecta sobre las principales manifestaciones de la pulsión flexibilizadora, atendiendo al instrumento jurídico en el que la misma se exterioriza: la flexibilidad legal, entreverada de flexibilidad judicial, y la flexibilidad convencional. De ellas se nutre, como precipitado inevitable, la flexibilidad contractual. En términos generales, esa triple expresión del fenómeno flexibilizador pro domine suele operar desde una doble vertiente. En primer lugar, considerando la intensidad de la acción normativa, opera bien activamente, bien pasivamente, esto es, adoptando una postura abstencionista. En ambos casos, actuando o dejando de hacerlo sobre los elementos estructurales del TFD involucrados en su regulación. En segundo término, atendiendo al modo en el que aquella acción se sustancia, la misma puede desenvolverse, a su vez, de forma directa o indirecta u oblicua. En todo caso, esa doble vertiente del fenómeno arroja aquí un resultado de flexibilización asimétrica, con predominio de los intereses del empleador, ya sea privado, ya público, que no cuenta con la necesaria justificación objetiva y razonable respecto de los intereses y valores en juego.

Las carencias que plantea el correcto encuadre jurídico del trabajo fijo discontinuo no suponen en la actualidad cuestionar de modo expreso la duración indefinida de las modalidades contractuales de carácter laboral que lo vehiculan, ya que sólo de modo excepcional esa duración ha sido puesta en duda en nuestro ordenamiento desde que la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 (art. 16.1), reaccionando frente la consideración usualmente temporal en las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales de la contratación para el trabajo fijo discontinuo, le atribuyera la fijeza contractual, aun siendo discontinua o intermitente la prestación

laboral que a su través se comprometía. La posterior catalogación del trabajo fijo discontinuo por la inicial versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (ET) como contrato de trabajo temporal, tendrá, así, carácter episódico y no será secundada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia mayoritarias. Este rechazo inducirá al legislador, mediante la Ley 32/1984, a excluir el trabajo fijo discontinuo del contrato temporal y a dotarle de autonomía conceptual, considerando que el contrato de trabajo que lo encauzaba había de celebrarse por tiempo indefinido (art. 15.6). Esa segregación normativa y conceptual asegurará en el futuro, cuando menos desde la óptica de la norma estatutaria, el carácter indefinido del contrato de trabajo fijo discontinuo. Pero tal desglose no inmunizará frente a la acción flexibilizadora asimétrica, que la norma legal y, en menor medida, la convencional, llevarán a cabo.

Ciñéndonos ahora a la norma legal, la afirmación normativa del carácter indefinido del contrato de trabajo fijo discontinuo no resultará contradicha de manera frontal, sino que se cuestionará oblicua o tácitamente al socaire de la reforma laboral de 1994. El RDL 18/1993, de 3 de diciembre, deroga el art. 15.6 del ET y disociará la figura del trabajo fijo discontinuo que este precepto contemplaba acertadamente de forma unitaria. El presupuesto de tal disociación consiste en situar el trabajo fijo discontinuo en el marco del contrato de trabajo a tiempo parcial (CTTP) por tiempo indefinido y distinguir en su seno, siguiendo la nomenclatura legal, de un lado, el que se celebre para trabajos fijos y periódicos (trabajo fijo discontinuo) y, de otro, el concertado para trabajos fijos discontinuos (trabajo fijo discontinuo) que no se repitan en fechas ciertas, en ambos casos dentro del volumen de la actividad normal de la empresa. Se incurre así en el grueso error técnico de considerar que las clases de trabajo fijo discontinuo únicamente pueden canalizarse bajo la modalidad del CTTP, lo que en modo alguno se ajusta a las posibilidades legales y supone una palmaria confusión entre la duración del contrato y la duración de la jornada. Este desacierto en la delimitación conceptual de la figura no debe minusvalorarse porque va tener una incidencia decisiva en la dualidad de regímenes jurídicos aplicables a las dos modalidades en que se bifurca el genérico trabajo fijo discontinuo.

Ese yerro conceptual sólo se corrige parcialmente en la actual regulación del trabajo fijo discontinuo, puesto que la modalidad del trabajo fijo y periódico sigue unida de forma exclusiva al CTP, que se entiende celebrado por tiempo indefinido para realizar esa clase de trabajo dentro del volumen normal de actividad de la empresa (art. 12.3 ET en la redacción dada por la Ley 12/2001). La citada confusión persiste sobre la base de considerar que dicha modalidad se acota por la prestación de servicios durante un número de horas al año inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, lo que, conforme a la finalidad de la norma, encaja como un guante en la definición legal que del CTP contempla el art. 12.1 ET. Nada más lejos de la realidad jurídica.

Embutir una de las modalidades del trabajo fijo discontinuo en el marco del CTP es error técnico de grueso calibre, como hace ya tiempo se ha puesto de relieve por la doctrina. En esencia, porque en tanto el CTP actúa sobre el tiempo de trabajo reduciéndolo mediante la voluntad concorde de las partes en el contrato, el trabajo fijo discontinuo encuentra su fundamento en la naturaleza fija, cíclica o periódica y discontinua de la actividad empresarial, siendo ese consustancial componente cíclico o periódico (al margen de su reiteración en fechas ciertas o inciertas) el que justifica que el contrato en cuya virtud se encauza la prestación laboral tenga carácter indefinido. Esta crucial diferencia explica que, cualquiera que sea la reiteración con que se produzca el trabajo fijo discontinuo, las partes no hayan de acordar necesariamente la reducción de la jornada, ya que el menor número de horas al año que se realicen materialmente no depende en todo caso de ese pacto, sino, se reitera, de la naturaleza de aquella actividad.

A este respecto, ha de puntualizarse, no obstante, que si bien las partes no están obligadas a pactar una jornada reducida en el contrato de trabajo para trabajo fijo discontinuo, ello no significa, naturalmente, que no puedan hacerlo, pues este pacto no afecta en modo alguno al carácter indefinido del contrato. En este caso, el módulo de referencia que se utilice en dicho pacto para determinar la reducción acordada no habría

de ser la jornada de un trabajador a tiempo completo fijo y de prestación continua, puesto que el ciclo en el que se desarrolla el trabajo fijo discontinuo es en sí mismo completo. Por tanto, sin forzar el tenor literal del art. 12.1 ET, la comparación habría de realizarse con un trabajador de la misma empresa o centro de trabajo con el mismo tipo de contrato de trabajo (es decir, fijo y periódico a tiempo completo dentro del ciclo) y que realice un trabajo idéntico o similar. Pero, como es evidente, esta interpretación no resulta viable de lege data. Lo impide la conceptualización en el art. 12.3 ET de la modalidad de trabajos fijos y periódicos como CTTP, imponiéndose de esta forma la reducción de jornada como elemento constitutivo de la misma.

Con mayor tino, el art. 15.8 ET, igualmente reformado por la Ley 12/2001, no situará ya de modo privativo el trabajo fijo discontinuo de fechas inciertas en el territorio del CTTP, desplazándolo del art. 12 ET y ubicándolo en el lugar apropiado, cual es relativo a la duración del contrato de trabajo. Separación a la que se une la habilitación a los convenios colectivos de ámbito sectorial para utilizar el CTTP en esta otra submodalidad, cuando ello esté justificado por las peculiaridades de la actividad del sector. Esta separación conceptual y sistemática permite, de seguro, aplicar del modo que acaba de describirse a esta modalidad contractual el módulo de referencia o comparación de un trabajador fijo discontinuo para acordar la utilización en la misma de la modalidad a tiempo parcial.

La confusión conceptual relatada se expresa en el plano técnico, pero su fundamento obedece, a mi juicio, a razones de política legislativa, instrumentadas mediante el recurso a la flexibilidad laboral asimétrica. El imperativo encaje del trabajo fijo discontinuo de fechas ciertas (TFDFC) en la modalidad de CTTP encuentre su razón de ser en la consecuente disociación del régimen jurídico aplicable a las modalidades que dan cobijo al trabajo fijo discontinuo, generadora de inseguridad y desprotección jurídicas para el trabajador. Esta fragmentación ha suscitado la razonable propuesta doctrinal de recuperar la regulación autónoma de la figura respecto del CTTP,

lo que, desde el prisma sistemático, afectaría a la correcta reubicación del actual contrato para trabajo fijo discontinuo como una de las modalidades del género trabajo fijo discontinuo, concretamente aquella en que la actividad se realiza en fechas ciertas. En todo caso, la catalogación correcta de las dos modalidades en que la realidad social permite bifurcar el trabajo fijo discontinuo habría de recuperar esta denominación unitaria para ambas, distinguiendo respecto de cada una de ellas, en ese marco unitario y a determinados efectos, en función de que la prestación se repita o no en fechas ciertas, aunque no se trate, ciertamente, de una distinción que siempre pueda trazarse con total nitidez, pero en cuyo deslinde la negociación colectiva está convocada a desempeñar — y así lo hace en ocasiones—, un papel protagónico desde el respaldo legal genéricamente clarificador.

La necesaria segregación del trabajo fijo discontinuo respecto del CTTTP no solo afecta a la clarificación conceptual de aquel tipo de trabajo. Tal reformulación normativa también incide, asimismo, sobre algunos aspectos del régimen jurídico de las dos modalidades contractuales en que ese trabajo se articula actualmente. La brevedad de esta contribución fuerza a bosquejar tan sólo los que tienen mayor trascendencia práctica.

El deber de llamamiento, se trata de la clave de bóveda del régimen jurídico del trabajo fijo discontinuo, que pretende garantizar la debida utilización empresarial de la figura y, al tiempo, proveer al trabajador del mecanismo procesal idóneo para reaccionar frente al incumplimiento por parte de aquél de este crucial deber. Dos cuestiones prevalentes se suscitan en relación con este deber.

En primer lugar, la necesidad de que dicho deber no sólo se contemple —como ahora sucede— para el TFDPI, sino también en relación con el TFDPC, recuperando así la construcción homogénea que en este punto realizaba el art. 15.6 ET. La necesidad de incorporarlo en esa última modalidad deriva de las alteraciones sobrevenidas que puede experimentar la actividad empresarial incluso cuando se trata de ciclos de reiteración

regular, o fijos y periódicos en la equívoca terminología utilizada por la norma vigente, dado que la previsibilidad en la reiteración del ciclo no siempre podrá ser absoluta. La inviable certeza plena de dicha reiteración impide afirmar que exista un derecho a ser llamado en fecha cierta o a cesar en la prestación en fecha determinada, sino que tal derecho está condicionado por las reales necesidades productivas (SSTSJ/C. Valenciana 22 julio 1997 y 26 abril 2001) en cuanto a la reanudación de la actividad, de modo que el cómputo de la acción de despido se produce “desde que se aprecia un acto concluyente del empresario dirigido a no convocar al trabajador en el nuevo ciclo” (SSTJ/Baleares 8 junio 2000 y País Vasco 15 noviembre 2006). De ello se infiere que, para el TFD, la constancia en el CTP del número de horas al año contratadas y su distribución (art. 12.4. a, ET) no sea garantía formal suficiente para accionar por despido en tiempo hábil, porque el precepto parte de la errónea idea de que la incorporación de los trabajadores en esta modalidad se produce siempre en bloque cuando la actividad productiva se reanuda, lo que no en todo caso sucede de ese modo, de suerte que el día a quo para el cómputo del plazo de caducidad en la reclamación por despido no siempre puede establecerse a partir de la reanudación de dicha actividad. Esta reanudación puede ser progresiva no sólo para el TFD —como lo evidencia la remisión a los convenios colectivos para establezcan el orden y la forma del llamamiento de los trabajadores, sino para el TFD, como ya sucedía durante la vigencia del derogado art. 15.6 ET en relación con el TFD, lo que determinaba la suspensión administrativa de los contratos de los trabajadores no convocados sin que existiera infracción del orden de llamamiento.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que si el empresario no incoa el expediente de regulación de empleo de carácter suspensivo para los trabajadores no llamados, la tutela de su fijeza cíclica no queda asegurada en la modalidad de TFD como entiende algún autor. Aunque no resulte tampoco una panacea ya que también puede incumplirse, la ley habría de contemplar asimismo, expresamente, el deber de llamamiento para dicha modalidad contractual, a fin de prevenir esa inactividad contra legem, determinando, en consecuencia, los criterios para establecer el orden y la forma de

ejercerlo, y proporcionando, así, mayor seguridad jurídica a la acción de despido, cuya utilización habría de establecerse, al propio tiempo, de forma expresa en la norma legal por lo que respecta a la referida modalidad y en el marco de la propugnada regulación homogénea del trabajo fijo discontinuo.

La segunda cuestión de relieve permite plantear para ambas modalidades la necesidad de la previsión en la norma legal de las bases del orden y forma del llamamiento para el supuesto de que el convenio colectivo guarde silencio sobre tan decisivas cuestiones, como ahora sucede en relación con el TFDFl. Eliminado bajo el ariete desregulador el criterio de la antigüedad en el orden de llamamiento, introducido por Ley 32/1984 para el trabajo fijo discontinuo, la ausencia actual en la norma estatutaria de criterios supletorios de la abstención convencional, provoca una flexibilidad normativa inducida que facilita la utilización por el empleador del contrato eventual, en lugar de acudir a aquellas modalidades, especialmente en relación con el TFDFl, dada la mayor dificultad que presenta la regulación del CTP para los TFDFl a fin de orquestar esa elusión.

Mediante aquella previsión legal se evitarían numerosos problemas de desprotección que dicha ausencia puede provocar. De entre ellos, dos merecen destacarse. El primero alude a la mayor dificultad para accionar ante el eventual despido que derive de la falta de llamamiento sobre cuyo orden y forma el convenio nada diga y, como es probable, tampoco el contrato de trabajo, de modo que, en este caso, será necesario remitirse a la norma acostumbrada, de superior dificultad probatoria. De aquí que no pueda compartirse el criterio doctrinal favorable a considerar que el incumplimiento del deber de llamamiento determinante de la acción de despido se ciñe únicamente a la inobservancia del orden en que tal convocatoria ha de realizarse para los TFDFl, sin que deba extenderse al supuesto de inexistencia de trabajo. Por una parte, dado que si el empresario no incoa el necesario expediente de regulación de empleo e incumple al tiempo su deber de llamamiento ante el silencio del convenio, se dificulta aún más el conocimiento por parte de los trabajadores afectados de la falta de

convocatoria y, por tanto, el ejercicio de la acción por despido y la tutela de su estabilidad en el empleo que el trabajo fijo discontinuo pretende proteger. Por otro lado, porque la interpretación literal del art. 15.8 ET no autoriza a alcanzar aquella conclusión, pues la expresión “en caso de incumplimiento” que el mismo utiliza no viene referida tan sólo al orden y forma del llamamiento, sino también a la inobservancia del propio deber. Ningún condicionamiento o precisión expreso se detectan en dicho precepto para sostener aquella interpretación restrictiva, encapsulando su contenido dentro de unos límites más reducidos de lo que su tenor literal permite.

Un segundo problema que la citada previsión legal permitiría atajar, se refiere a la extemporánea calificación del trabajo fijo discontinuo, que queda remitida por la jurisprudencia, no a la fecha en que se inicia la primera actividad cíclica de fecha incierta, sino a aquella otra en que el convenio colectivo sectorial especifica la categoría o especialidad conforme a las que ha de realizarse el llamamiento (SSTSJ/Granada 28 de marzo y 16 mayo 2007). La supletoriedad de la norma legal introduciendo algunas precisiones generales a este respecto, podría evitar esta perjudicial indeterminación del convenio que sólo trabajosamente y de modo incierto cabría subsanar por el cauce de la autonomía individual.

La prohibición general de realizar horas extraordinarias para los trabajadores a tiempo parcial, excepto las de emergencia para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes (art. 12.4, c, ET) reza, también, desde luego, para el TFDFC, al quedar éste necesariamente sometido al régimen jurídico del CTP. Pero si se admite, como anteriormente se ha hecho, que, conceptualmente, el TFDFC no ha de estar siempre sujeto a una jornada reducida, la referida prohibición deja de tener sentido en tal caso y avala la necesidad de la precitada reforma que aborde la regulación autónoma del trabajo fijo discontinuo. Por otra parte, el escindido régimen jurídico del trabajo fijo discontinuo conduce a inaplicar la prohibición de horas extraordinarias para el TFDI, considerando su desgajamiento sistemático del trabajo a tiempo parcial, con

la salvedad de que en convenio colectivo de ámbito sectorial pueda acordarse la utilización en aquél la modalidad de tiempo parcial (art. 15.8 ET).

En lo tocante a la posibilidad de realizar horas complementarias, ésta tiene, asimismo, un distinto tratamiento, derivado de la reducción de la jornada. En el caso del TFD FC, el pacto para su realización es factible dada la expresa posibilidad que brinda al efecto el art. 12.5, b, ET, únicamente para el CTTP de duración indefinida, incentivando así esta contratación e impidiendo su pactación en la de índole temporal. El forzado encaje conceptual del TFD FC en el CTTP desemboca en esta admisibilidad. Pero, junto a ese objetivo incentivador, existe una razón flexibilizadora adaptativa y vinculada a la referida confusión tipológica. En este sentido, la posibilidad de pactar horas complementarias a fin de “compensar” la interdicción de realizar las de carácter extraordinario, atendiendo al obligado encaje normativo del TFD FC en el marco del CTTP, supone introducir una mayor flexibilidad en la jornada de trabajo de esta modalidad con desequilibrio favorecedor del interés empresarial. Baste pensar, a este respecto, que en la actual regulación, modificando la precedente, se amplía el porcentaje máximo de dichas horas —que superan comparativamente y con creces el tope admitido para las extraordinarias, se eliminan los anteriores criterios plasmados en la norma legal sobre su distribución temporal, se suprime el poder unilateral de extinción del trabajador una vez cumplido un año desde el pacto de realización mediando preaviso y sin necesidad de que concurra causa justificativa, o se abroga la consolidación en el jornada ordinaria de determinados porcentajes de dichas horas, para lo que tan sólo se exigía la voluntad expresa del trabajador y su manifestación dentro de un plazo máximo.

Por lo que hace al TFD FI, dicha posibilidad se limita al supuesto de que el mismo se articule con jornada a tiempo parcial, pues en este extremo ha de aplicarse el régimen del CTTP. Por lo demás y sin entrar ahora en otras precisiones respecto de dichas horas, algunos autores han rechazado la viabilidad de que puedan realizarse

horas complementarias para el TFDFI a tiempo parcial por impedirlo la presencia del factor aleatorio respecto del inicio y duración de la actividad, así como la propia jornada de trabajo. No obstante, al menos dos consideraciones militan en sentido contrario a este parecer doctrinal. De un lado, porque la derogación de la regla supletoria para el convenio colectivo admitiendo tales horas en las dos modalidades de TFD (art. 12.5, e, 1ª ET, versión conforme al RDL 15/1998), no ha estado acompañada en el vigente art. 12.5, b, ET de excepción o limitación alguna a su celebración para el TFDFI. De otro, dado que la obligación de preavisar al trabajador con siete días de antelación sobre el día y hora de realización de las horas complementarias (art. 12.5, d, ET) permite adaptar su realización a aquel factor aleatorio, máxime teniendo en cuenta que, conforme a este precepto, puede establecerse en convenio colectivo una regulación distinta al efecto. Esta regulación no podrá suprimir el preaviso, pues su finalidad es permitir al trabajador el control sobre la organización de su tiempo libre, evitando, así, una puesta a disposición de su fuerza de trabajo incompatible con la libertad contractual. Pero, aunque ello pueda ser criticable, dicho plazo no está configurado en la norma como mínimo, lo que significa que el convenio está habilitado para ampliarlo o reducirlo, siempre que, en este último caso, el fijado no sea irrazonable de modo que el trabajador pierda objetivamente aquel control. Esta reprochable flexibilidad normativa tiene en este punto, sin embargo, la virtualidad de acomodar la realización de las horas complementarias en el TFDFI al carácter imprevisible en la reiteración de la campaña.

La naturaleza jurídica del empleador. El empleo intensivo y continuado por las Administraciones públicas de la contratación temporal, no sólo viene siendo una constante que contradice la recurrente finalidad de la norma legal propugnando la reducción de la desbocada tasa de temporalidad del mercado de trabajo. También ha supuesto un obstáculo para consolidar la estabilidad en el empleo en la relación de trabajo asalariado, ya se trate de prestación laboral continua, ya se ejecute tal prestación de forma discontinua. Ese impedimento comporta, básicamente, una flexibilidad abstencionista de la norma legal que, renunciando a dispensar, con la extensión e intensidad debidas, un trato homogéneo al personal funcionario y laboral que presta sus

servicios en las Administraciones Públicas, aboca a la jurisprudencia a diseñar soluciones de difícil encaje en los ordenamientos concurrentes. En cuanto aquí interesa, sólo se hará referencia a dos situaciones en las que la condición jurídica del empleador es determinante de ciertos límites impuestos a la duración indefinida del contrato de trabajo, cualquiera que sea la frecuencia de la prestación laboral.

La falta de consignación presupuestaria. En un primer momento, las Administraciones públicas eludían la fijeza discontinua al considerar la doctrina judicial que el contrato para obra o servicio determinado podía celebrarse y reiterarse para trabajos cíclicos o de campaña cuando la contratación dependiera de la disponibilidad presupuestaria de cada ejercicio económico, sin que tal contratación pudiera tacharse de abusiva o fraudulenta (SSTS 11 noviembre 1998, 18 y 28 diciembre 1998 y 10 diciembre 1999).

Esta doctrina se corrige posteriormente con invocación de lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 12/2001, que incorpora un nuevo apartado e) al art. 52 ET (SSTS 19 y 21 marzo 2002, 25 noviembre 2002 y 23 noviembre 2004). Como se sabe, este precepto permite vincular la temporalidad del contrato de trabajo a la dotación económica anual de las Administraciones Públicas o entidades sin ánimo de lucro que hayan contratado directa y laboralmente por tiempo indefinido, sin estabilidad en la dotación económica por depender de consignaciones, presupuestarias o extrapresupuestarias, derivadas de ingresos externos de carácter finalista, resultando así insuficiente la consignación asignada para mantener la continuidad del contrato. Bajo este supuesto, se habilita al empleador para que pueda extinguir el contrato de trabajo por esta causa, lo que lleva aparejada la indemnización mínima que señala el art. 53.1, b, ET. Esta doctrina correctora acierta en su fundamento normativo pero se adopta tardíamente, si se tiene en cuenta que el mencionado supuesto conforma en realidad una de las modalidades del despido económico objetivo, basado, como es notorio, en la necesidad objetivamente

acreditada de amortizar puestos de trabajo por causa económica (art. 52, c, ET), y que esta extinción ya podía llevarse a cabo con anterioridad a aquella reforma legal, cualquiera que fuera la duración de su contrato de trabajo y la continuidad de la prestación laboral (un ejemplo de la aplicación de este último precepto, bien que para un supuesto distinto de anulación de la convocatoria que daba cobertura al contrato de trabajo, en la STS 18 diciembre 2007). Ello sin que quepa desconocer la dificultad dogmática de aplicar el art. 52, c, ET en el ámbito de las Administraciones Públicas — cuestión que aquí no puede abordarse, por el forzado encaje en éstas de la finalidad que dicho precepto asigna a esa clase de despido.

Con todo, esa solución no es la única jurídicamente posible. Bajo un prisma garante del empleo, los convenios colectivos cuentan con habilitación genérica suficiente desde la norma administrativa (arts. 7 y 32 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP), para articular medidas de estabilidad en el empleo propias del despido colectivo (art. 51.4 ET) pero aplicables por vía meliorativa al despido objetivo del art. 52.c, ET, o a su modalidad cualificada del art. 52, e, ET, de forma singular respecto del personal laboral con contrato indefinido, como puede ser, óptimamente, la movilidad funcional (art. 39 ET). Al tiempo que se persigue aquella estabilidad, se profundizaría de este modo en la senda de la equiparación entre dicho personal y el funcionario, que el EBEP impulsa aunque frugalmente. A este propósito, no puede desconocerse la especial consistencia de la estabilidad en el empleo de este último, una de cuyas manifestaciones estriba en la facultad de las Administraciones Públicas de trasladar a los funcionarios de carrera, con determinados limitaciones y por necesidades del servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos o entidades distintos a los de su destino (art. 81.2 EBEP); facultad concebida tanto para reorganizar el trabajo en el ámbito funcionarial, como para imposibilitar la extinción de la relación de servicios de aquéllos por razones organizativas.

El abuso o el fraude en la contratación temporal. Tras un recorrido sinuoso, la doctrina judicial viene sosteniendo, a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996, que, al margen de otras infracciones de menor calado o de orden administrativo, la contratación temporal y sucesiva del trabajador por la Administración pública, sin causa que justifique, supone la conversión del contrato en indefinido, pero no la consideración de fijo de plantilla, ya que los artículos 23.2 y 103.3 CE exigen la observancia, por quien desee acceder a la función pública, de los principios de igualdad, mérito y capacidad, acreditados en el oportuno procedimiento de selección (STS 10-12-1999). Esta distinción permite extinguir por justa causa el contrato indefinido resultante de dicha conversión cuando la plaza se cubra mediante el procedimiento legal (SSTS 21 diciembre 1998 y 19 enero 1999), considerándose que tal extinción se produce en virtud del cumplimiento de la condición resolutoria implícita en el mismo (SSTS 20 y 21 enero 1998 y 27 mayo 2002). Doctrina también aplicable a la utilización fraudulenta de contratos temporales para trabajos cíclicos o de campaña (eventual o por obra o servicio determinados), que obedecen a necesidades permanentes de la empresa, y que, por tanto, habrían de ser cubiertos mediante alguna de las modalidades de TFD (SSTS 25 noviembre 2002 y 10 abril 2002).

El criterio doctrinal que acaba de noticiarse deriva de la necesidad de conciliar normas de los ordenamientos laboral y administrativo, obedientes en este punto a finalidades diversas (estabilidad en el empleo y garantía de objetividad en la provisión de los empleos públicos, respectivamente), buscando, a tal efecto, una interpretación integradora (STS 24 abril 1990), ante la pasividad del legislador en el abordaje de una solución normativa. En la actualidad, la norma administrativa acepta implícitamente esta doctrina al clasificar al personal laboral como fijo, por tiempo indefinido o temporal, en función de la duración del contrato (arts. 8.2, c y 11.1 EBEP).

La integración hermenéutica pretendida y su reflejo normativo no alcanzan, sin embargo, su finalidad. Distintas razones lo impiden. De ellas, sólo pueden esbozarse aquí las principales.

1ª) La primera y más profunda razón conecta de nuevo con la flexibilidad normativa asimétrica, que aquí actúa de forma específica con mayor dosis de protección del personal funcionario en relación con el laboral y que supone el mantenimiento de dos regímenes jurídicos diferenciados entre ambos colectivos. Pese a la equiparación que el EBEP efectúa a este propósito en determinados aspectos de tales regímenes, permanece en esa norma la sustancial línea divisoria asentada sobre la diversa naturaleza jurídica de la relación individual de trabajo de ambos tipos de personal, lo que, a mi juicio, constituye un error en la dogmática de esa relación. La viabilidad constitucional de un régimen homogéneo, que no idéntico, sobre la base común de una relación laboral especial de carácter contractual para ambos colectivos —no sólo para el personal laboral como usualmente se postula— facilitaría la solución de ciertos problemas que aquella separación aún provoca, entre ellos el primordial de la estabilidad en el empleo del personal laboral que presta sus servicios a las Administraciones Públicas.

2ª) La segunda razón, derivada de la anterior, aunque guarda relación con la forma de acceso a la Función Pública no se refiere directamente a ella. Se ciñe, básicamente, a la clase y al carácter de la extinción del contrato de trabajo cuya conversión en indefinido deriva de la contratación temporal y sucesiva del trabajador por la Administración Pública, sin causa justificada que la avale.

Por lo que hace a la clase de extinción, la misma apunta a la que puede operar sobre aquella contratación laboral indefinida desde el prisma de la garantía de la estabilidad en el empleo del trabajador concernido: la contratación indefinida sujeta a extinción de régimen común y la sometida a extinción de régimen especial, dualidad referida a la legislación laboral o administrativa que, respectivamente, resulte aplicable.

Sobre esta doble tipología planea, a su vez, el carácter de la extinción, que permite distinguir entre extinción obligada y extinción facultativa, considerándose aquí el papel que juega la voluntad del empleador público en la finalización del contrato.

En todos los supuestos comprendidos en esa doble clasificación han de aceptarse como incontrovertibles dos imperativos de partida. El primero permite afirmar que para adquirir la condición de funcionario o de personal laboral, incluido el personal directivo bien que con alguna peculiaridad (arts. 8 y 13.2 EBEP) —no, sin embargo y con dudosa constitucionalidad, el personal eventual— es necesario someterse a procedimientos de selección en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE, y 55 EBEP), por estar aquí involucrados derechos fundamentales de los ciudadanos, así como el servicio objetivo de los intereses generales.

El segundo imperativo antedicho y aceptado, como se ha visto, por la doctrina judicial, se refiere a la conversión en indefinido del contrato temporal sucesivamente formalizado con el mismo trabajador, sobre la base de causa espuria por atender la contratación así realizada a necesidades permanentes de la Administración Pública, ya se ejecute mediante prestación laboral continua, ya lo sea discontinuamente (arts. 15. 1, a y b y 15.3 ET).

3ª) La integración de ambos imperativos legales es necesaria, pero ha de producirse acudiendo, en primer término, a la tipología fundada en la clase de extinción del contrato de trabajo indefinido. De acuerdo con ella, cuando el puesto de trabajo de plantilla desempeñado mediante este contrato se cubra por un titular definitivo distinto o resulte amortizado, la extinción del contrato ha de sujetarse al régimen común, esto es, a las causas extintivas establecidas en el ordenamiento laboral. Ordenamiento sin duda aplicable también en este punto en virtud de lo dispuesto en el art. 7 EBEP, puesto que, conforme a este precepto ordenador de las fuentes reguladoras del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, el régimen extintivo general del contrato de

trabajo, al no aparecer contemplado en el EBEP, ha de regirse por la legislación laboral. Así lo confirma, por lo demás, la disciplina específica destinada en el EBEP a algunos aspectos puntuales que inciden en dicho régimen extintivo (arts. 93.1 y 96.2 y Disposición Transitoria Cuarta EBEP).

La aplicación plena de la normativa laboral en lo tocante al régimen extintivo del trabajador con contrato indefinido que aquí se examina, fuerza a rehusar que dicha extinción haya de producirse como consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria implícita en el mismo, que, como bien señala la doctrina judicial, aproxima el estatuto del denominado indefinido no fijo a la figura de la interinidad por vacante (SSTS 13 octubre 1998 y 29 mayo 2000). Con fundamento diverso, tal extinción sobrevendría por causa legal, ya que no existe en este caso causa consignada válidamente en el contrato, ni siquiera de forma implícita. La conclusión del contrato tendría lugar, por tanto, en virtud de despido procedente por causas objetivas de orden organizativo (art. 52,c, ET), al que debe acompañar el reconocimiento de la indemnización prevista en el art. 53.1, b, del propio cuerpo legal.

Conviene subrayar que la aplicación en este caso de ese tipo de despido no exige en modo alguno acudir a la artificiosa distinción entre personal con contrato indefinido y fijo de plantilla, pues la normativa laboral —que, se insiste, es la aplicable en este punto— no sólo no la avala, sino que la contradice abiertamente al utilizar ambas expresiones de forma sinónima. Baste recordar, a este respecto, entre otros preceptos de esa normativa, los arts. 12.3, 15.2, 15.8 ó 43.4 del ET. Esta sinonimia explica que la mención del trabajador fijo venga referida al carácter indefinido de su vínculo contractual y no al puesto de trabajo que desempeña. De aquí que el trabajador con contrato indefinido pueda cambiar de puesto de trabajo conforme a las reglas de la movilidad funcional y geográfica, sin que la naturaleza de ese vínculo se altere un ápice. Sobre la base de la normativa laboral aplicable en este punto, no es admisible, por tanto,

la tesis jurisprudencial de que el trabajador indefinido no fijo “tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, de modo que su relación laboral “está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa” (SSTS 29 noviembre 2005 y 3 mayo 2006). Porque, al margen de la injustificada alteración de la norma laboral reguladora del referido régimen extintivo que así se provoca, ello sería tanto como aceptar que las consecuencias de esa irregular contratación ha de soportarlas el trabajador con notoria merma de su estabilidad en el empleo y no el empleador que actúa contraviniendo la normativa laboral. El debido cumplimiento de las reglas que disciplinan el acceso al empleo público, no desemboca necesariamente en esa conclusión, como ahora se verá.

En suma, la aplicación del despido objetivo procedente por causa organizativa no se produce porque el trabajador no haya adquirido la fijeza en su relación laboral, pues la conversión de sus contratos temporales en uno indefinido ya se la proporciona, sino en razón de que el empleador público ha decidido activar ese despido por existir una justa causa que se lo permite.

El singular uso de la fijeza del trabajador en algunas normas sectoriales no altera la anterior conclusión, aunque el voto particular a la STS 27 mayo 2002 parece entender lo contrario al señalar la conexión existente en ese terreno entre fijeza y contrato temporal. En primer lugar, porque esa utilización está funcional y territorialmente limitada y por ello no alcanza a desvirtuar la referida equivalencia entre fijeza y contratación indefinida, tradicionalmente afincada en la norma estatal. En segundo término, por cuanto el significado de la fijeza más frecuente en las normas sectoriales obedece a la finalidad común de obtener mayor estabilidad en el empleo del trabajador con contrato temporal, sin que se establezca vinculación necesaria alguna con el puesto de trabajo o con la plantilla de la empresa. A guisa de ejemplo, este sentido puede verificarse con facilidad en la parcialmente en vigor Ordenanza General del Trabajo en el Campo de 1 de julio de 1975 (arts. 32 y 34) o en el art. 20.3 del C. COL. General del

Sector de la Construcción (CGSC, Resolución 1 agosto 2007) Y en tercer lugar, dado que las normas sectoriales también utilizan con frecuencia la sinonimia entre trabajador fijo y trabajador por tiempo indefinido (así lo hacen, en términos también ejemplares, el art. 19.1 del CGSC o el art. 12 del C.COL. del Sector de Mayoristas de Frutas, Hortalizas y Plátanos de la Comunidad de Madrid, Res. 26-10-2007).

4ª) Sentado lo anterior y tomando ahora la perspectiva del carácter que se atribuye dogmáticamente el despido, no puede perderse de vista que la antedicha extinción no constituye un efecto jurídico que haya de vincularse necesariamente a la cobertura de la plaza que el trabajador ocupa con contrato indefinido. En primer lugar, por la evidente precisión de que la norma laboral no ha considerado ni considera el despido como un deber, sino como una facultad del empleador, ciertamente causalizada pero tan sólo activada por su voluntad. En segundo término y consecuente con ello, porque, si esa facultad no se ejerce, resulta conforme con la normativa laboral aplicable la posibilidad de adscribir provisionalmente al trabajador a otro puesto de trabajo compatible con su titulación académica o profesional y con su pertenencia al grupo profesional o a la categoría equivalente (art. 7 EBEP y art. 39.1 ET), sin que su vínculo contractual indefinido se modifique, sino tan sólo las funciones y, en su caso, el lugar de la prestación.

Ciertamente, el imperativo del acceso igualitario al empleo público exige que esa adscripción haya de tener carácter provisional hasta tanto el trabajador con contrato indefinido supere el correspondiente procedimiento de selección para cubrir ese otro puesto de índole laboral y se cumpla así con los principios de igualdad, mérito y capacidad en aquel acceso, o hasta tanto otras sobrevenidas y acreditadas necesidades organizativas de la Administración fueren a acudir al susodicho despido objetivo. Pero el cumplimiento de tales principios no ha de vincularse de forma necesaria a la adquisición de una fijeza en el empleo que ya es consustancial al contrato indefinido

cuya vigencia sigue manteniéndose. Su significado debe de enlazarse con la aplicación de un estatuto jurídico de reforzada estabilidad en el empleo por la vía del sometimiento a una extinción del contrato indefinido de régimen especial, establecido en la norma administrativa y caracterizando así el régimen extintivo común del ordenamiento laboral.

Es innegable que ese régimen especial sólo está apuntado en el EBEP para el supuesto de despido improcedente del personal laboral fijo, acordado en expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave (art. 96.2 EBEP), así como para la consolidación de empleo a puestos o plazas desempeñados interina o temporalmente antes del 1 de enero de 2005 (Disposición Transitoria Cuarta EBEP). Pero, sin que pueda entrarse aquí en la pertinencia de esta consolidación a fin de resolver el endémico problema de la contratación temporal irregular, abusiva o fraudulenta por la Administración Pública, tal régimen habría de extenderse a otros supuestos extintivos, exceptuando, en cuanto aquí importa, la aplicación para el personal laboral con contrato indefinido en las Administraciones Públicas del despido colectivo y del despido objetivo por necesidad acreditada de amortizar puestos de trabajo. A este respecto, no puede pasarse por alto que en el vigente EBEP la condición de personal laboral fijo por haber superado los correspondientes procedimientos de selección no supone en la estabilidad en el empleo un tratamiento equivalente respecto del personal funcionario de carrera, cuya garantía sigue siendo de intensidad mucho mayor, como lo evidencia, entre otros extremos, la inviabilidad de extinguir su relación de trabajo mediante aquellas clases de despido. La ausencia de ese trato, una vez que ambos colectivos acceden al empleo público con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede fundarse actualmente de modo satisfactorio en razones de índole formal, invocando el sometimiento a regímenes jurídicos diferenciados, máxime cuando son comunes a dichos colectivos tanto la naturaleza pública del empleador como la consecuente finalidad de servicio objetivo a los intereses generales de la ciudadanía.

Por lo demás, la incorporación de ese régimen especial extintivo para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas encaja sin esfuerzo, a mi juicio, dentro del elenco de medidas que los Estados miembros signatarios de la Directiva 99/70/CE, merced a la cual se aplica el Acuerdo Marco CES-UNICE-CEEP sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999, deben adoptar a fin de prevenir los abusos derivados de la utilización de contratos laborales de duración determinada (cfr., a este respecto, el art. 2, pár. 1º de la Directiva, las cláusulas número 2.1, 5 y 8.1 del Acuerdo y el punto número 160 de la STJCE 23 abril 2009).

Trabajo fijo discontinuo y flexibilidad convencional. La asimetría flexibilizadora de que hace gala la norma legal en la disciplina del trabajo fijo discontinuo no actúa de manera aislada. Se prolonga en el terreno de la negociación colectiva. La brevedad impone referirse de modo sucinto a ciertos mecanismos que, bien tratan de eludir torticeramente la utilización de aquel tipo de trabajo mediante la flexibilidad desreguladora (eventualización negociada), bien demoran la aplicación de la estabilidad en el empleo que mediante esa prestación laboral se encauza (fijeza aplazada).

La eventualización negociada. La separación del trabajo fijo discontinuo llevada a cabo por la Ley 32/1984 respecto del realizado al amparo del contrato eventual, pretendió trazar la línea divisoria entre ambos, tanto en lo que afecta a su naturaleza como en cuanto atañe a su régimen jurídico, con el objetivo de atajar la utilización desviada de aquel tipo de prestación de servicios bajo la cobertura de dicha modalidad contractual de carácter estructural. La operación normativa segregadora logró tan sólo parcialmente su objetivo clarificador. A impedir su logro pleno no sólo viene concurriendo la actuación elusiva del empleador en la relación contractual de trabajo, sino también la intervención desreguladora advertible en el desarrollo de la negociación colectiva.

A este propósito, la doctrina judicial sentada por el TS (dos sentencias de 17 diciembre 2001) supondrá un punto de inflexión, al rechazar el exceso en que incurre el convenio colectivo al regular, en el marco del contrato eventual, el denominado “trabajo a llamada”, una suerte de híbrido de contrato eventual y de contrato a tiempo parcial para trabajos fijos discontinuos, que abre la posibilidad de que el trabajador pueda ser convocado y retribuido únicamente los días en que la empresa precise sus servicios a criterio del empleador. Consecuente con ese rechazo, el TS anula las cláusulas convencionales que contemplan esa notoria extralimitación, tanto de normas generales de contratación (art. 1256 C.C.), como de normas laborales de derecho necesario (art. 15 ET). Con pleno acierto, el TS afirma la inviabilidad de la intermitencia en el contrato eventual y su presencia necesaria en el trabajo fijo discontinuo y, con ello, acepta tácitamente la distinta naturaleza de ambos tipos de trabajo, temporal uno e indefinido el otro. Y, en verdad, la intermitencia proporciona cumplida explicación del principal rasgo que a ambos distingue: el carácter imprevisible y transitorio del contrato eventual frente a la previsibilidad en la reiteración del ciclo respecto del trabajo fijo discontinuo, aunque en la misma exista una dosis de indeterminación graduable por lo que hace al momento en que tal ciclo ha de reiterarse, lo que permite abrir normativamente el tipo genérico a las dos modalidades que coexisten a su abrigo.

La fijeza aplazada. La citada doctrina judicial declarando la nulidad de las cláusulas convencionales creadoras de aquel híbrido contractual y, fijando, al tiempo, los límites materiales del convenio colectivo, ha calafateado una importante brecha en la utilización fraudulenta del contrato eventual, facilitando indirectamente la correcta utilización del trabajo fijo discontinuo. Pero esa doctrina, dado el objeto de los litigios en los que ha recaído, no podía suturar otra relevante hendidura abierta por la negociación colectiva en la estabilidad consustancial a esa clase de trabajo. La grieta, horadando la estabilidad en el empleo, viene incorporándose a las cláusulas de determinados convenios celebrados en sectores productivos en los que es frecuente la utilización del trabajo fijo discontinuo. Consiste en aplazar la adquisición de la fijeza

discontinua por parte del trabajador hasta tanto aquél no haya desempeñado sus funciones durante tres o más temporadas, a pesar de que el propio convenio encuadra dentro del personal fijo discontinuo a este tipo de trabajadores y cláusulas, distinguiéndolos expresamente de los que califica como personal de temporada, que se define como contratado por el tiempo de duración de una campaña determinada. Se demora así, indebidamente, una calificación de fijeza discontinua que habría de producirse en la segunda temporada cíclica y con efectos del inicio de la primera en que se efectuó la contratación, conforme se determina correctamente en un alto número de convenios para los contratados eventuales, aunque sin precisar estos efectos retroactivos.

El tratamiento desviado de la adquisición de la fijeza discontinua en los convenios colectivos de sector no admite con facilidad una clasificación uniforme. Con carácter general, aquí sólo puede decirse que no es frecuente precisar en los mismos la fecha en la que se adquiere dicha fijeza y que la mayoría de ellos exige una secuencia mínima de tres temporadas consecutivas con el mismo empresario para acceder a la condición de fijo. A partir de aquí, en los que establecen esta secuencia varía la prestación de servicios mínima ininterrumpida exigida, que se cifra en 28 días de trabajo durante dos años (art. 13 del C.COL. Agropecuario de Cataluña, Res. 29-7-2008), en 60 días o dos meses de trabajo por año (art. 21 C. COL. del Campo de Extremadura, Res. 9-8-2007), en 180 días por año, pudiendo “solicitar” (sic) la fijeza discontinua con los efectos retroactivos que se señalan (art. 14.1, 2. b, C. COL. de Conservas y Salazones de Bizkaia, Res. 27-2-2003), o en una cotización mínima de 180 días al año ó 540 en los tres años, adquiriendo la condición de fijo discontinuo a partir del cuarto año (art. 57.2, b, C.COL. estatal para la Fabricación de Helados. Res. 17-4-2008).

La doctrina judicial no ha amparado esta práctica negocial (SSTS 8 julio 1991 y 25 febrero 1998). Al afirmar la necesidad de “tomar una cierta perspectiva de varios años, para discernir así si una serie de contrataciones formalizadas bajo otras

modalidades responden realmente a necesidades de carácter permanente y cíclico y, si por tanto, dichas contrataciones pueden ser consideradas fraudulentas o abusivas” (STS 25 febrero 1998), no se pretende dilatar la adquisición de la fijeza discontinua por el trabajador, sino permitirle que la reclamación judicial de la fijeza no se formule extemporáneamente y pueda realizarse cuando exista una perspectiva temporal que permita apreciar la cadena fraudulenta de forma cierta. Que ello es así lo confirma la declaración por dicha doctrina de la existencia de un único contrato desde el comienzo de la primera contratación eventual en aquella secuencia (STS 25 febrero 1998, STSJ/Islas Baleares 10 noviembre 2005 y STSJ/Cataluña, 13 abril 2006).

Al sobrepasar la adquisición de la fijeza discontinua el momento en el que objetivamente la misma puede apreciarse conforme a la citada doctrina judicial, los convenios incurren en una doble vulneración normativa. De un lado, porque la negociación colectiva carece de habilitación para fijar el momento en el que el trabajador fijo discontinuo adquiere la fijeza, ya que ésta no depende del número de temporadas en que preste sus servicios, sino de la naturaleza permanente de la actividad, a la que corresponde, en consecuencia, un contrato de duración indefinida, aunque sus prestaciones tengan carácter discontinuo. De otro, y en consecuencia con lo dicho, dado que la adquisición de la fijeza discontinua se alcanza cuando, tras una primera contratación eventual, el incremento extraordinario del volumen de trabajo se reitera en la campaña inmediatamente posterior, verificándose así en ésta dicha fijeza desde el inicio de la contratación, habida cuenta del carácter permanente que tal reiteración evidencia.

La tendencia latinoamericana. El proceso flexibilizador llegó en los 80 hasta nuestro continente y se prolonga hasta nuestros días en algunos países. La gran mayoría de dichas reformas citaron la experiencia europea en esta materia, argumentando la existencia de necesidades análogas a las que motivaron los cambios en el viejo continente. No obstante, muchas de las medidas adoptadas para flexibilizar se apartan del caso europeo y sólo se limitan a efectuar una desregulación salvaje, que no cumple

los requisitos del verdadero proceso flexibilizador. Se ha destacado que al analizar el caso de nuestro continente es necesario considerar las múltiples diferencias existentes entre Europa y América Latina: En los niveles de vida de los trabajadores de ambos continentes; en el grado de protección social de los asalariados, y en cuanto a la fuente formal de flexibilización. Los trabajadores de América Latina al poseer un nivel de vida muy inferior a la media europea, disponen de un menor margen de ajuste o desmejora de sus derechos. Por otra parte, la participación del salario en la renta nacional en Europa supera el 50% y en Latinoamérica es menor del 30%. En relación a la fuente formal, la flexibilidad europea ha operado generalmente por vía de normativa colectiva o del pacto social y, por el contrario, en Latinoamérica se ha tratado en la mayoría de los casos de imposición unilateral del Estado o de los empresarios. Casos paradigmáticos en la década de los ochenta fueron Chile y Panamá.

Muchas flexibilidades vinculadas al desarrollo tecnológico al aplicarse a realidades de trabajo tradicional (taylorista/fordista) sólo han generado precarización y abusos. Una flexibilidad desregulatoria unida a un bajo poder sindical, implica un duro golpe a la protección del trabajador.

Cabe destacar que, desde los años ochenta y noventa, con el retorno a la democracia en muchos países de la región, se ha intentado proteger nuevamente a sus trabajadores y fortalecer a los sindicatos.

Desde la perspectiva de la flexiguridad, lo que tiende a existir en Latinoamérica es más bien un contexto de flexiprecariedad, dado que existen algunas flexibilidades más o menos intensas, según el país, pero con falencias graves en el sistema de seguridad social y en las políticas de activación.

Primero fue la Revolución Industrial y luego surgió el derecho laboral. La marcha económica no depende del derecho. Sino sería muy fácil tener una economía sana, bastaría con aprobar las leyes necesarias. Obviamente hay una relación entre derecho y economía, pero no se trata de una causalidad matemática, dado que la conducta económica depende de múltiples factores muchas veces impredecibles. Por su parte, el derecho tiene imperativos de justicia y certeza que no responden necesariamente a una racionalidad económica. El derecho es necesario para sustentar la moralidad pública.

La idea de la empleabilidad y de que el derecho del trabajo es responsable de la cesantía, aunque no tiene base sólida, ha sido una idea muy exitosa en los legisladores y gobernantes. Lamentablemente los trabajadores han salido perdiendo en este contexto.

La Globalización y la revolución informática en boga han generado un nuevo (des)equilibrio de poder a favor del empresariado que ha puesto en jaque el antiguo orden mundial. El capitalismo accionario cortoplacista, en alguna medida se ha apoderado del planeta y esta catástrofe es producto de la ideología del libre mercado imperante en el mundo.

La flexibilidad laboral es una noción ideológica, que carece de base empírica, conceptual e histórica, siendo utilizada como un instrumento retórico e ideológico más que analítico. Se acusa a las teorías flexibilizadoras de carecer de rigurosidad científica.

La flexibilidad laboral es conceptualmente débil, si se considera que la rigidez y la flexibilidad no son nociones excluyentes. En efecto, la flexibilidad total de una organización es imposible, ya que siempre deben existir regularidades estructurales relativamente estables, o sea rigideces. Por ello la flexibilidad en un determinado sentido, puede crear rigideces en otro y por tanto la pregunta no es ¿rigidez o flexibilidad?, sino ¿qué tipo de rigidez?. La flexibilidad laboral no ha podido cumplir su

mayor promesa, el de ser un instrumento para disminuir el desempleo y permitir el desarrollo. Quizás a fines de los años ochenta alguien podía encandilarse con la idea de la flexibilidad y de la empleabilidad, pero en la actualidad resulta, por decir lo menos, ingenuo.

Abundan los ejemplos. En el 2012 Alemania tiene menos cesantía que Estados Unidos de Norteamérica, aunque el sistema laboral de este último es considerablemente más flexible que el del país europeo. En Latinoamérica muchos países han aumentado la protección y no por ello se ha incrementado la cesantía. Chile en los años 90 es un muy buen ejemplo.

El discurso flexibilizador ha atacado fuertemente a la negociación colectiva, en especial en América Latina, proponiendo una legislación que, en esencia, implica el camino contrario a la flexibilidad. Podemos citar el caso de Inglaterra y de Chile. Para algunos flexibilizar en materia colectiva significa dictar leyes que dificulten el actuar sindical, o sea rigidizar. Por el contrario, en el siglo XX el derecho laboral flexibilizaba y acomodaba los mínimos legales al alza, justamente por medio de los contratos colectivos.

Por tanto, el discurso flexibilizador con fuerte carga ideológica, con bases conceptuales débiles y que ha sido incapaz de cumplir con una de sus grandes promesas (el empleo), es tan contradictorio y confuso que postula una fuerte rigidez en materia colectiva.

Después de todo este proceso a ambos lados del Atlántico, queda la sensación de que el derecho laboral ha sido objeto de un ataque brutal por parte de los intereses empresariales. Por otro lado, el derecho del trabajo ha resistido este terremoto flexibilizador, no sin daños, pero el imperativo de protección del trabajador se mantiene

como un ideal, como una exigencia de los derechos humanos y como un desafío para los países en vías de desarrollo y también para los países desarrollados.

VIII. LA FLEXISEGURIDAD

El término flexiseguridad, también llamado flexiguridad, proviene de la combinación de las palabras flexibilidad y seguridad. Hace referencia a un modelo de regulación de las políticas laborales que surge en los Países Bajos y en Dinamarca a mediados de los años 90 del pasado siglo en un contexto de aguda recesión mundial caracterizada por altos tipos de interés, elevadas tasas de desempleo, altos déficit estructurales y un estancamiento de la producción mundial.

La flexiseguridad se relaciona con una corriente de pensamiento encabezada entre otros autores por James Buchanan que entiende que los Estados de Bienestar tradicionales Europeos resultan obsoletos y, por ende poco viables en un marco de economía abierta por darse en ellos una paradoja: de un lado su carácter universal, fuertemente protector e insuficientemente vinculado al ámbito de la empleabilidad. De otro la existencia de políticas laborales rígidas que, al no tocar a sectores de población con empleo fijo y estable y centrarse en el empleo de los grupos más vulnerables, segregan el mercado de trabajo, son discriminatorias y poco funcionales a las exigencias de mercados cada vez más dinámicos.

Esencial para comprender la idea de flexiseguridad resulta la Teoría de los mercados de trabajo transicionales, enunciada por Günther Schmid. Partiendo de la base de que la economía cada vez va a ser más abierta y los mercados demandan más flexibilidad en la contratación y despido de los trabajadores, propone a los Estados el

establecimiento de acuerdos "puente" institucionalizados que posibiliten transiciones no traumáticas desde y hacia el empleo, haciendo compatible la existencia de unas condiciones de empleabilidad atractivas con una adecuada protección social que evite la exclusión de los grupos más marginados y permita la adaptación de la población a estilos de vida cambiantes. (Schmid: 1998).

Son varias las definiciones de flexiseguridad. La flexiseguridad es una estrategia política que de una manera sincronizada y deliberada promueve, de una parte, aumentar la flexibilidad de los mercados de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales. Mientras que de otra busca incrementar la protección social y asegurar la empleabilidad, con especial atención a los grupos más vulnerables de la sociedad.

La Comisión Europea, por su parte, define la flexiseguridad como "una estrategia integrada para potenciar a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral" (COM (2007) 359 final).

Común a ambas definiciones es la necesidad de que Flexibilidad y seguridad estén sincronizadas o sean potenciadas al mismo tiempo de modo que ninguna sea predominante ni previa a la otra y las transiciones entre ambas sean ágiles y continuas. También es requisito esencial que no exista desequilibrio entre los dos componentes.

La flexibilidad se asienta sobre los siguientes pilares

Primero. Flexibilidad en el mercado de trabajo: Que permita una alta rotación tanto para los trabajadores que gozan de empleo fijo como para aquellos que no gozan de él. El objetivo es romper la dualidad del mercado laboral eliminando las rigideces inherentes a los tipos de contrato de trabajo más estables, las cuales se concretan

fundamentalmente en dos aspectos: La dificultad para despedir y el coste del despido. Se persigue, por tanto, eliminar toda protección al puesto de trabajo a fin de proteger la existencia de puestos de trabajo en sí.

Vista desde la perspectiva del trabajador, la flexibilidad permitiría a los trabajadores salir y entrar fácilmente en el mercado de trabajo a la par que haría posible que dedicaran su tiempo a una mayor cualificación, a compatibilizar la vida familiar y laboral o a cultivar otros intereses personales.

Segundo: Protección social intensiva.

Los efectos de la flexibilidad se compensarían con la activación de generosos mecanismos de protección social propios del Estado de Bienestar pero que, a diferencia de los tradicionales, tendrían un mayor enfoque en la empleabilidad. De modo que la persona que saliera del mercado laboral, bien por voluntad propia o ajena, se encontraría suficientemente cubierta ante eventualidades que pudieran sobrevenir. La protección sería suficiente en cuanto a tiempo e intensidad y posibilitaría retornar al mercado de trabajo después de un periodo.

Tercero. Políticas activas de formación y empleo:

Responden al objetivo de formar y reciclar profesionalmente a todas aquellas personas que han salido del mercado de trabajo a fin de que puedan cualificarse y reincorporarse al mismo lo antes posible, evitando, además, la inactividad y la excesiva dependencia de los recursos del Sistema de Bienestar.

Se concretan en iniciativas de formación continuada que se ofrecen a la persona y que, si bien durante un primer periodo suelen ser de adscripción voluntaria, su carácter coercitivo y obligatorio se va acentuando conforme se prolonga el tiempo de inactividad laboral, llegando, en algunos supuestos, a llevar aparejadas limitaciones en el acceso a determinadas prestaciones del bienestar (conexión entre el pilar segundo y el tercero)

Las agencias de intermediación de empleo tienen un papel esencial en el buen funcionamiento de este pilar.

Una de las representaciones graficas más afortunadas de la flexiseguridad ha sido el llamado "Triángulo dorado", presentado por primera vez en un documento del Ministerio de trabajo de Dinamarca del año 1999 y recogido por Madsen (2002).

En los tres vértices del triángulo se encontrarían la flexibilidad, las políticas de protección social y las políticas activas de formación y empleo. Las flechas que discurren entre uno y otro representarían los flujos de personas que transitan entre los tres espacios (figura 1).

La Comisión Europea en sus documentos sobre flexiseguridad habla de cuatro pilares o principios en vez de tres al distinguir entre "Políticas activas del mercado laboral eficaces" y "Estrategias globales de aprendizaje permanentes" en lugar de los tres del modelo danés COM(2007)359 final.

El funcionamiento del modelo " flexisecuritario" precisa de una legislación laboral muy laxa que lleve aparejada escasos requerimientos burocráticos y bajos o

nulos costes laborales de modo que sea extremadamente sencillo y barato contratar y despedir trabajadores. También requiere un potente sistema protector financiado a través de impuestos capaz de amortiguar los efectos de la flexibilidad y propiciar con su intensidad protectora transiciones entre el empleo y el "no empleo". Tanto una como otra condición requieren para ser implementadas de modo equilibrado la complicitad de la ciudadanía y sus representantes. En Holanda y en Finlandia, países pioneros en la implementación de los modelos de flexiseguridad existe una vasta cultura de diálogo social y una conciencia cívica en torno al valor de los impuestos que permiten el equilibrio entre seguridad y flexibilidad.

Hay que remontarse al año 1993 para reconocer en un documento de la Comisión Europea titulado: "Crecimiento, competitividad y empleo: el camino hacia delante y los desafíos de cara al siglo XXI" --COM (93) 700-- las primeras referencias a la necesidad de conjugar la seguridad y la flexibilidad en los sistemas de bienestar social. Así en el texto se afirma literalmente: "Estamos confrontados por la inmensa responsabilidad de encontrar nuevas síntesis entre las metas perseguidas por la sociedad (el trabajo como factor de integración, la promoción de la igualdad de oportunidades...) y los requerimientos de la economía (competitividad y creación de empleo)".

Esta inquietud por armonizar ambos elementos aparece también en las Conclusiones de los Consejos Europeos de Essen (1994) o Florencia (1996)

Será en 1997, cuando, en el marco del "Libro Verde sobre el partenariado para una nueva organización del trabajo" elaborado por la Comisión Europea --COM (97) 128 final-- se haga referencia explícita al objetivo de conseguir en Europa el equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad. La aprobación en el Consejo de Lisboa del año 2000 de una nueva estrategia cuyo objetivo era convertir a la Unión Europea en la economía más competitiva del mundo en 2010 por medio de una estrategia de crecimiento sostenible, sin renunciar a la cohesión social (conocida como "Estrategia de Lisboa") sirvió para situar a las políticas de flexiseguridad en primera línea. La decisión del

Consejo Europeo relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2003/578/CE) así lo ratifica cuando plantea que: "Alcanzar un justo equilibrio entre flexibilidad y seguridad contribuirá a potenciar la competitividad de las empresas, aumentar la calidad y la productividad del trabajo y facilitar la adaptación de las empresas y los trabajadores a los cambios económicos". Se incluía así la flexiseguridad como factor clave en la Estrategia Europea de Empleo.

En mayo de 2005, cuando la Comisión Europea publica la comunicación acerca de las directrices integradas sobre crecimiento y empleo en los países de la Unión --COM (2005)141 final--, la directriz relativa a la implementación de las políticas de flexiseguridad es, sin lugar a dudas, una de las más importantes. En ella se hace hincapié en la necesidad de adaptar la legislación en materia de empleo para que la flexibilidad sea efectiva. La publicación de un nuevo Libro Verde por parte de la Comisión --COM(2006) 708 final-- orientado a promover esta "adaptación" y el periodo de consultas subsiguiente (ambos fuertemente cuestionados por los agentes sociales) despejaron el camino para que la Comisión aprobara la comunicación --COM(2007) 359 final-- titulada "Hacia los principios comunes de la flexiseguridad". En la que se afirma que "Los ciudadanos necesitan cada vez la seguridad del empleo y no tanto la del puesto de trabajo ya que son cada vez menos los que gozan de un puesto de trabajo para toda la vida".

En esta comunicación aparecen por primera vez 8 principios comunes sobre la flexiseguridad que serán adoptados en el Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de ese mismo año y que deberán ser tenidos en cuenta por todos los Estados miembros a la hora de aplicar sus estrategias nacionales de empleo. Estos principios son: 1. Necesidad de disposiciones contractuales fiables y flexibles; 2. Equilibrio de derechos y responsabilidades entre las partes; 3. Adaptabilidad a la realidad de los Estados Miembros; 4. Vocación de reducir la desigualdad entre los de "dentro" y los de "fuera" del sistema; 5. Promoción de flexibilidad interna y externa y facilitación de transiciones

seguras; 6. Apuesta por la igualdad de género; 7. Promoción de un clima de confianza suficiente y 8. El papel de los presupuestos y su repercusión a la hora de garantizar el modelo.

La crisis económica que estalló a partir de 2007 y que se dejó sentir con virulencia en la Unión Europea a partir del año siguiente, alimentó la sensación de que la aplicación de los principios de la flexiseguridad por los países, ayudaría a afrontar mejor los efectos de la crisis y alcanzar los objetivos de la estrategia de Lisboa renovada. En este sentido se enmarcan las conclusiones de la reunión del Consejo Europeo de 8 de junio de 2009 sobre política social, salud y consumo en un documento denominado: "Flexiseguridad en tiempos de crisis" en las que se plantea "Un conjunto de medidas que aplicadas de forma equilibrada pueden ayudar a los estados miembros y a los actores sociales --donde y cuando sea relevante-- a gestionar el impacto de la crisis global a través de la aplicación de los principios de la flexiseguridad".

En noviembre de 2010 ya con la crisis bien avanzada El sentimiento predominante en la Comisión era que la aplicación de los principios de la flexiseguridad no había sido todo lo eficiente que se esperaba para afrontar los efectos de la recesión. Se había logrado proteger la empleabilidad en los puestos de trabajo más cualificados pero los grupos más vulnerables se seguían manteniendo en situación de exclusión social donde estaban empezando a entrar clases medias otrora estables. Se habían activado políticas de protección pero no iban acompañadas por iniciativas formativas. En la Comunicación de la Comisión titulada "Agenda de cualificaciones y empleos"-- COM (2010) 682-- se hace una cierta autocrítica, pero se vuelve a apostar por las políticas de flexiseguridad como elemento decisivo para combatir la crisis, y a este respecto se fijan una serie de "prioridades políticas clave" para reforzar los cuatro componentes de la flexiseguridad en colaboración con los Estados miembros y los agentes sociales.

En abril de 2012, con la comunicación titulada "Hacia una recuperación generadora de empleo" --COM (2012) 173 final-- se reiteran los limitados efectos de las políticas de flexiseguridad contra la crisis al tiempo que se ratifica la validez del modelo para lograr los objetivos de la nueva estrategia de Lisboa renovada. En este documento se proponen nuevas medidas de refuerzo centradas, esta vez, en garantizar las transiciones del mercado de trabajo y un mercado de trabajo inclusivo por una parte y movilizar a todos los agentes (públicos y privados) para una mayor ejecución, por otra. Cada uno de los dos factores va acompañado de una serie de medidas.

El modelo de flexiseguridad no se encuentra, ni como concepto ni en su aplicación práctica, exento de controversias. Su punto de partida refleja la inevitabilidad de que en una economía globalizada ningún puesto de trabajo puede garantizarse, por lo que la prioridad es facilitar el acceso al empleo de modo que una persona pueda emplearse fácilmente a lo largo de toda su vida laboral entrando y saliendo del mercado y cualificándose de modo permanente, mientras se encuentra sostenido por un sistema de protección garantizado por el Estado y financiado vía impuestos (OIT: 2006).

Los principales cuestionamientos al modelo vienen del desequilibrio entre flexibilidad y seguridad a favor de la primera. Esto es especialmente visible en momentos de crisis económica en que las políticas de ajuste propenden a recortar todo mecanismo protector sustentado con dinero público. Por otro lado el agravamiento de las situaciones de recesión puede conducir a que se cierren programas de formación y capacitación por falta de recursos. En consecuencia: la flexibilidad posibilita los despidos, pero al estar menos dotados los engranajes de protección y promoción, las transiciones al empleo pueden no funcionar y la flexiseguridad puede acabar transformándose en flexiinseguridad o flexiprecariedad.

Otro elemento no exento de controversia se relaciona con la necesidad que el modelo establece de que la persona deba estar permanentemente cualificada a fin de resultar atractiva para el mercado y disponible para unos empresarios que buscarán

siempre lo más excelente al menor salario posible a la hora de contratar(cherry picks) y que dada la discrecionalidad que les permite el sistema pueden utilizar variables como la edad, el salario u otras similares en sus procesos de selección de mano de obra existiendo el riesgo de que queden fuera las personas con un menor perfil de empleabilidad.

Estas personas, si no encuentran empleo pasado un tiempo podrían ser penalizadas con un menor nivel de acceso a los mecanismos de protección social debido a la aplicación de cláusulas coercitivas contenidas en las "políticas de empleo activo".

La flexiseguridad contribuye a aumentar la precarización de quienes han venido desempeñando trabajos con un tipo de contrato "clásico". Su "flexibilización" a través del despido provoca una merma para la financiación del mismo sistema de bienestar social que está llamado a sostenerles en situaciones de vulnerabilidad (ya que sus aportaciones representan una parte muy importante de los ingresos del mismo) generándose así una contradicción en el mismo corazón del modelo. La desaparición de los "contratos clásicos" provoca como efectos colaterales el empuje de los salarios a la baja y la disminución de la intensidad amortiguadora que muchos hogares sustentados por contratos estables y fijos están teniendo para con sus familiares más vulnerabilizados, especialmente en familias con modelos de estados del bienestar familista. Con lo que queda amenazada la cohesión social.

Por último, la implementación de los principios flexisecuritarios para el cumplimiento de los objetivos de competitividad de la UE, está dando signos de clara ineficiencia que comienzan a constatarse en los textos de la Comisión y el Consejo elaborados a partir de 2010. Como consecuencia de la aplicación amplia de los principios de flexibilidad ha aumentado la precariedad y hay mayor segmentación en los mercados de trabajo europeos, mientras que los mecanismos de protección y formación

no están facilitando la transición al empleo. "Las políticas de flexiseguridad ayudaron a capear la crisis, pero los grupos vulnerables se han llevado la peor parte" se reconoce en la Comunicación de la Comisión titulada "Agenda de nuevas cualificaciones y empleos" COM (2010)682 final. Con este escenario resulta poco verosímil creer que el modelo de flexiseguridad, aun corregidos sus errores, pueda redundar en una mayor accesibilidad al empleo y una mayor cohesión social.

X. EL MÍNIMO DE DERECHO NECESARIO

El Derecho del Trabajo presenta, pues, un cuadro de Fuentes relativamente complejo como consecuencia de la distinta naturaleza y origen de las normas laborales (unas emanan del Estado, otras de la autonomía colectiva..) y su distinto ámbito de aplicación (ya que junto a normas de alcance general coexisten otras cuya eficacia se circunscribe a un sector profesional, a una empresa...), así como por la misma abundancia de dichas normas y su gran movilidad (que hace que se sucedan en el tiempo con gran rapidez). De forma que el entramado del ordenamiento jurídico laboral es complejo, no sólo por la abundancia de sus normas y por su rápida sucesión, sino, muy especialmente, porque éstas emanan de distintos sujetos y órganos. Las normas jurídico laborales no sólo nacen de los poderes del Estado (legislativo y ejecutivo) sino de la potestad normativa que se reconoce a los empresarios y a los representantes de los trabajadores. Por todo ello, dentro del régimen jurídico de las fuentes en el Derecho del Trabajo adquiere una especial relevancia el problema de la determinación de la norma aplicable. Los conflictos que se generan en la elección de la norma laboral aplicable tendrán especial relevancia en los casos en que concurren dos o más normas a regular una misma realidad o en los supuestos de sucesión de normas. Para resolver eficazmente los conflictos entre normas laborales es necesario contar con unos criterios previos de ordenación, es decir, con unas reglas que señalen que normas deben ser utilizadas para resolver el caso concreto. En el proceso de aplicación de una norma se ha de identificar

las normas vigentes; se ha de seleccionar, de entre ellas, aquélla que resulte más adecuada para la regulación del caso concreto; y, finalmente, se ha de interpretar su contenido. De esta forma, la selección de las normas, aún más en un sistema de pluralidad normativa, lleva a introducir una operación jurídica dirigida primero a aplicar los principios de jerarquía, para introducir una cierta coherencia y unidad orgánica y como exigencia básica de un elemental principio de seguridad jurídica, para determinar después, dentro de esas normas jerarquizadas, la que debe ser aplicable al caso concreto.

Dentro de la Teoría Jurídica de las Fuentes del Derecho, la determinación de la norma aplicable se lleva a cabo, por tanto, a través de unos principios básicos para todo el ordenamiento jurídico, de tal forma que la existencia de una pluralidad de normas exige la aplicación de los principios de jerarquía y los supuestos de sucesión de normas se resuelven en base a los principios de vigencia. Sin embargo, tradicionalmente se ha venido entendiendo que estos principios encuentran en su aplicación al ordenamiento laboral ciertas particularidades peculiares a través de unos principios propios de este ámbito como son el principio de norma mínima (que actúa en el momento de elaboración de la norma), el principio de norma más favorable (que implica, en el momento de la determinación de la norma entre las posibles y simultáneamente vigentes, dotar de matices peculiares la aplicación del principio de jerarquía), el principio de condición más beneficiosa (que puede modalizar en ocasiones el principio de sucesión normativa en el momento de determinar la norma aplicable entre las sucesivamente vigentes en el tiempo), el principio de irrenunciabilidad e indisponibilidad de derechos (que actúa realmente en el momento de aplicar la norma, ya seleccionada, en relación con la naturaleza imperativa o dispositiva de la misma) y el que se ha venido llamando principio "in dubio pro operario" (principio hermenéutico que actuaría en el momento, posterior, de interpretación de la norma para su aplicación). En la actualidad, no obstante, todos estos principios tradicionales han venido sufriendo cambios, como consecuencia de la evolución legislativa y como consecuencia de la aplicación jurisprudencial, que, en muchos casos, han supuesto un retroceso, o incluso su propia desaparición, en la aplicación de los mismos al Derecho del Trabajo.

Pues bien, el "principio de norma mínima" (que juega combinadamente con el "principio de norma más favorable", en cuanto que aquél actúa en el momento de elaboración de las normas y éste en el momento de su aplicación) constituye una técnica normativa que opera en el ordenamiento laboral en relación con el carácter de las normas laborales. Al igual que en otros sectores del ordenamiento jurídico, en el ámbito laboral la caracterización de las normas da lugar a la distinción entre a) normas de derecho necesario absoluto ("ius cogens"), absolutamente indisponibles para las partes; b) normas de derecho necesario relativo, de obligatorio cumplimiento para las partes pero que admiten una regulación "de mejora"; y c) normas dispositivas, que permiten a las partes --individuales o colectivas-- establecer una regulación distinta, aplicándose, pues, estas normas sólo en defecto de la misma. Pero el Derecho del Trabajo se ha caracterizado tradicionalmente porque las normas de derecho necesario absoluto se han reservado solo para lo que se ha denominado "orden público laboral" (normas procesales, normas procedimentales de la negociación colectiva...), las normas de "derecho dispositivo" han sido siempre muy limitadas (recuérdese que el Derecho del Trabajo se ha caracterizado por una importante limitación de la autonomía de la voluntad como consecuencia de la situación de desigualdad entre las partes de la relación de trabajo, si bien hoy el ámbito de este tipo de normas ha sufrido una importante ampliación) y, por tanto, las normas reguladoras de las condiciones de trabajo se han caracterizado por ser normas de derecho necesario relativo.

Así pues, las normas laborales, mayoritariamente normas de "derecho necesario relativo", prohíben a las partes una regulación peor o más desfavorable pero admiten que puedan ser mejoradas. En este ámbito es donde actuaría el principio de norma mínima, en cuanto que al admitir esa regulación más favorable pero en ningún caso peor, las condiciones de trabajo contenidas en cada norma constituyen un mínimo para las normas inferiores en rango jerárquico, de tal forma que éstas han de contener

siempre condiciones más favorables para el trabajador: todas y cada una de las normas se convierten en suelos normativos, que vinculan la actividad normadora conforme se va descendiendo en rango jerárquico (heteronomía estatal, autonomía colectiva, autonomía individual).

Ahora bien, (salvo en algunos ordenamientos jurídicos donde sea posible la existencia de una regulación reglamentaria, sean reglamentos ejecutivos o autónomos, distinta, siempre que sea más favorable, a la prevista legalmente, y donde cada norma jurídica, con independencia de su rango, actúa como norma mínima inderogable "in peius" por normas posteriores, de igual o diferente rango jerárquico, lo normal es que el principio de norma mínima encuentre su principal ámbito de actuación en la relación entre normas heterónomas (emanadas del Estado) y normas pactadas, nacidas de la autonomía colectiva o individual. Entre normas estatales del mismo rango, el principio de modernidad impide que juegue este principio, ya que en tal caso "la ley posterior deroga a la anterior", estando hoy fuera de toda duda admitido que la norma posterior aplicable puede modificar "in peius" la anterior. Por su parte, la relación entre normas estatales de distinto rango se rige por la estricta sujeción al principio de legalidad, de tal forma que no caben desarrollos reglamentarios que establezcan condiciones "distintas" (mejores o peores) a las que legalmente se hayan establecido. En el ámbito de las normas convencionales también actúa el principio de modernidad en la sucesión de convenios colectivos, estando igualmente consagrada la posibilidad de regulación "in peius" por el nuevo convenio.

De esta forma, el principio de norma mínima constituye una técnica que actúa entre normas estatales y pactadas, de manera que a medida que las normas descienden en rango jerárquico las condiciones que van a contener, en el momento de su elaboración, habrán de ser más favorables para el trabajador. Esta técnica de la norma mínima se traduce así, en un paso posterior, en un principio de aplicación que

determinará que sea aplicable la norma que contenga "el máximo de los mínimos concurrentes", modalizando en cierta forma la aplicación del principio de jerarquía normativa, no el propio principio, ya que realmente cada norma sigue conservando su rango jerárquico y las normas inferiores han de respetar lo establecido por las normas de rango superior. La primacía en el rango jerárquico se pone inmediatamente de manifiesto en cuanto que la norma pactada, inferior en rango, atente contra las condiciones mínimas establecidas por las normas superiores ("carecen de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior"; "deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario").

Hasta aquí, pues, no se plantearía ningún problema a la hora de aplicar la "norma más favorable" para el trabajador por su necesaria relación con el principio de norma mínima. La técnica de la "norma mínima" en el momento de elaboración normativa determina que a la hora de seleccionar la norma aplicable entre las concurrentes ello se traduzca en la necesaria selección de "la más favorable".

De esta forma, se garantiza la existencia de un pluralismo de las fuentes del Derecho social y del trabajo: la potestad normativa del poder público es reconocida junto al poder normativo de la autonomía colectiva, la cual es también configurada como fuente originaria de producción normativa, insertándose su producto típico, el convenio colectivo, dentro del sistema formal del ordenamiento constitucional pluralista. Pero en las relaciones existentes entre ley y convenio colectivo se ha de tener en cuenta el principio rector de jerarquía normativa, que impondrá la preferencia aplicativa de la ley cuando establezca una ordenación imperativa de materias laborales. Lo que se fundamenta constitucionalmente en el sentido de atender al papel de instrumento de garantía de los derechos sociales fundamentales que la propia constitución atribuye a la ley en un sistema democrático parlamentario como el que instituye. En la relación ley convenio colectivo debe tenerse presente la función típica de la norma estatal concretada en el establecimiento de garantías mínimas y en la

función de cobertura para el despliegue de las fuentes autónomas en lo laboral respecto a la regulación de las materias laborales. Ello determina el carácter no exhaustivo de las normas laborales de contenido sustantivo a fin de dejar un espacio vital propio a la autonomía colectiva. Hasta tal punto es así, que esta autolimitación de la norma estatal forma parte del contenido esencial del derecho de la negociación colectiva.

Las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo son complejas y múltiples y en lo esencial depende de la configuración de la norma estatal o pública. La sistematización que ha encontrado mayor aceptación en la doctrina jurídica distingue entre relación de complementariedad; relación de complementariedad y relación de supletoriedad (en una perspectiva más funcional que técnico-jurídico los modelos de interacción han sido individualizados como de reparto, de integración y de interacción permanente,). Son relaciones no estáticas sino sujetas a una continuada evolución en función de las distintas opciones de política del Derecho. En sí misma presuponen una interacción permanente entre la norma estatal y la norma pactada dentro de un modelo de relación pluralista y dinámico.

El principio de norma mínima determina la relación de complementariedad entre la ley y el convenio colectivo, vinculándose con la función clásica de la norma estatal en el campo laboral, que reside en la fijación de normas mínimas (o condiciones mínimas de trabajo) respecto de aquellas que tienen un rango inferior. Por ello operan como suelo de contratación en dicha materia. Esta función determina que la norma estatal de contenido sustantivo tiene la condición de mínima respecto del convenio colectivo, lo que supone que éste no puede contradecirla (inderogabilidad), pero la imperatividad de la norma (con carácter de mínimo inderogable) no impide introducir mejoras respecto de la norma estatal devenida así en norma de derecho necesario relativo. Con esta función suplementaria el convenio colectivo lejos de derogar in melius la norma estatal de mínimos ("si el convenio colectivo mejora una norma estatal mínima en modo

alguno la está derogando") lo que hace es propiamente realizar los fines propios de política jurídica en ella incorporados: no hay pues derogación, siquiera "in melius", porque la norma estatal al ser mejorada es realizada en su misma ratio legis, que autoriza y en puridad espera y a veces incluso promueve la mejora en cuestión. De este modo el carácter "relativo" de la norma de derecho necesario no puede afectar en ningún caso a su más estricta imperatividad normativa; sólo muestra que la norma imperativa (que en cuanto tal nunca es propiamente "modificada" siquiera "in melius") permite una mejora por otras fuentes del Derecho o incluso por fuentes de las obligaciones. La relación de complementariedad comporta así un sistema de articulación o colaboración aditiva formando un complejo operativo unitario entre la norma estatal de mínimos y el convenio colectivo. También la aplicación del principio de jerarquía normativa se aplica con el más depurado o exquisito rigor.

No obstante, es necesario advertir el progresivo retroceso de la función estatal de mínimos (normas de derecho necesario relativo), por la tendencia de política del Derecho hacia el repliegue de la normativa estatal. Este retroceso se produce en virtud de procesos controlados, y limitados, de desregulación legislativa, cediendo la norma estatal espacios normativos antes ocupados por ella "en favor" de la autonomía colectiva que ve así incrementado su espacio de ordenación jurídica de parcelas importantes en el cuadro de las relaciones laborales. De este modo, las relaciones de complementariedad tienden a desplazar en el sistema de fuentes formales a las relaciones de complementariedad.

En otros casos la norma estatal asume una típica función de orden público absoluto, configurándose, con una denominación un tanto o algo equívoca, como una norma de derecho necesario absoluto. La absolutividad del derecho necesario solo puede significar aquí un efecto de exclusión de la negociación colectiva (o incluso de la autonomía individual expresada formalmente en el contrato de trabajo) de todo poder de modificación o de mejora, neutralizando una eventual función de adaptación o

concreción o de mejora o complementariedad de la norma estatal por parte del convenio colectivo. La norma estatal no pide colaboración alguna a la autonomía privada, sino que explícita o implícitamente la prohíbe por razones de política del Derecho constitucionalmente atendibles. La norma estatal no se configura aquí como norma mínima. Los casos más significativos, no los únicos, son aquellos en los que la norma estatal fija un máximo que no puede ser mejorado por ningún instrumento emanado de la autonomía privada, colectiva o individual (v.g., establecimiento de topes máximos salariales a través de las leyes de presupuestos generales del Estado; fijación del número de miembros de la comisión negociadora del convenio).

Pero también otros supuestos en los cuales la norma estatal se configura ella misma como de estricto orden público laboral. Es el caso muy significativo de los supuestos de fijación de una edad mínima para trabajar y de la prohibición de asunción por el empresario de las cargas fiscales y de Seguridad Social, o la fijación de los plazos de caducidad para el ejercicio de acciones legales. Junto a ello existe un amplísimo grupo de normas de Derecho necesario absoluto formado por las "estructuras institucionales" del ordenamiento laboral. De esa naturaleza de orden público estricto suelen participar las normas procesales y las que regulan en general procedimientos administrativos; las que inciden en la regulación legal del crédito salarial como crédito privilegiado y el ámbito de cobertura propio y la estructura administrativa de determinados organismos, como en España el Fondo de Garantía Salarial.

Distinta es la conformación de las relaciones de complementariedad entre ley y convenio colectivo. En ellas la norma estatal suele delimitar los criterios, pautas o líneas generales o básicas para la regulación de determinadas materias o instituciones laborales, procediendo a remitir o reenviar al convenio colectivo para que complete o desarrolle lo en ella previsto. Pero también puede remitir o reenviar sin más a la fuente autónoma la regulación de determinadas cuestiones. La relativa crisis o retroceso del

principio de norma mínima, y la consiguiente atenuación o disminución de las relaciones de suplementariedad, están suponiendo, sobre todo a partir de las reformas del mercado de trabajo llevadas a cabo en los últimos años en numerosos países europeos, un aumento sensible de las relaciones de complementariedad (e incluso de las relaciones de supletoriedad). En la base de este tipo de relación se haya un doble fenómeno jurídico: los límites de la norma estatal para regular la diversidad de situación laborales que se presentan teniendo que buscar el auxilio de otras fuentes de complementación o integración, por un lado, y por otro, la opción legislativa de potenciar el papel del convenio colectivo como mecanismo de regulación y gobernabilidad de las relaciones laborales en coherencia con el modelo pluralista de fuentes formales diseñado en el texto constitucional, en gran medida en detrimento del papel del reglamento laboral.

Finalmente las relaciones entre la ley y el convenio colectivo, pueden asentarse sobre la base de la atribución de una naturaleza dispositiva y supletoria a la norma estatal respecto al convenio colectivo, de tal modo que éste puede disponer libremente del contenido de la regulación legal teniendo preferencia aplicable, y en los casos en que no se haga uso de esta facultad de normación principal, será entonces cuando se aplicará con carácter supletorio lo dispuesto en la normativa estatal. Esta relación de supletoriedad hasta la última década no tuvo excesivo peso dentro del sistema normativo laboral, pero bajo las nuevas tendencias de flexibilidad (en la relación de supletoriedad existe flexibilidad normativa autorizando a la autonomía colectiva para desplazar a la norma estatal, pero no "desregulación legislativa") su papel se ha visto reforzado por la tendencia hacia una creciente potenciación de la negociación colectiva situada en posición de contraste con la simétrica o paralela potenciación de los poderes unilaterales del empresario en las leyes de reforma laboral de los noventa: la ley asume su función garantista pero deja preferencia de paso a la autonomía colectiva como forma de autogobierno y autonormación, y asimismo como una técnica flexible para afrontar la creciente diversidad que presentan las relaciones en el mundo del trabajo. La relación de supletoriedad tiene la ventaja adicional, como técnica de flexibilidad (y no de

desregulación, se insiste), de evitar vacíos de negociar y, según el sentido de la regulación estatal, puede fortalecer la posición negociadora de los representantes de los trabajadores y enriquecer el contenido de la negociación colectiva. La emergencia de este tipo de normas estatales viene siendo propiciada en el marco de las políticas de flexibilidad laboral, a la que no es ajena la flexibilización judicial en la materia que ha aceptado en alguna ocasión la disponibilidad colectiva de normas mínimas que en rigor serían de obligada observancia, entrando en contradicción con el carácter de derecho necesario de la norma estatal).

De cualquier modo la función supletoria de la norma estatal desempeña una función "directiva", pero, como opción legislativa cristalizada en la norma, simplemente en calidad de una indicación estimada como razonable que puede servir de criterio-guía plenamente disponible por la fuente jurídica reguladora objeto de remisión (fuente reenviada o remitida) considerada por ella misma como de preferencia en la regulación de una determinada materia.

XI. EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

El origen de este principio debemos buscarlo en la situación de disparidad material en que se encuentra normalmente el trabajador dentro de la relación laboral, respecto de su empleador, lo mismo que en el principio fundamental de la Declaración de Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los Principios que deben inspirar la Política de sus Miembros (Declaración de Filadelfia), de 10 de mayo de 1944, según la cual, "el trabajo no es una mercancía".

Por medio de este principio, el ordenamiento jurídico laboral se asegura que la totalidad de las normas de derecho mínimo, contenidas en las regulaciones sobre derechos fundamentales y derechos laborales, se incorporan en el contrato de trabajo. De este modo, la prohibición alcanza todo lo regulado en las normas jurídicas que no existe como un derecho dispositivo. En tal sentido, se dice que la prohibición alcanza no solo las normas de orden público, sino también cualquier otra norma de carácter imperativo.

Se puede discutir acerca de si el principio de irrenunciabilidad abarca solamente las normas de carácter legal, o si resulta extensivo a las normas convencionales. La legislación de cada país puede variar en este aspecto, sea que el principio se aplique únicamente a las normas de fuente estatal, o sea que incluya también a las normas convencionales pactadas por las partes. Los alcances concretos del principio dependerán pues de la forma en que venga establecida la regla en cada ordenamiento. Pareciera que en atención a la finalidad originaria del principio de irrenunciabilidad, éste debe cubrir no solo normas legales, sino también convencionales, surgidas legalmente de la relación entre los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones. Lo contrario es desproteger las fuentes sociales más importantes del Derecho del Trabajo, como son los contratos y los convenios colectivos. No obstante, si el convenio puede ser fuente de derechos irrenunciables, habría que admitir que por la misma vía se pueden modificar y "transar" las disposiciones pactadas por las partes, pudiendo aplicarse en este sentido todos los principios de la contratación en general, donde los contenidos deben prevalecer sobre las formas.

Congruentemente con lo expuesto, la aplicación del principio de irrenunciabilidad, en el derecho comparado, normalmente implica la nulidad de

cualquier cláusula contraria a las disposiciones legales de la ley o el convenio. Lo anterior, sin que resulte necesario que se declare esa nulidad de manera expresa, pues la cláusula nula se debe tener por no puesta.

La mayor parte de la doctrina diferencia renuncia de transacción, descartando la primera y admitiendo la segunda. Ahora bien, la transacción a diferencia de la renuncia, supone intercambiar un derecho litigioso o incierto por un beneficio cierto. La renuncia implica entonces privarse de un derecho cierto. La transacción, que es un negocio bilateral, supone un intercambio de prestaciones, donde siempre existe una ventaja o beneficio. Entra entonces en escena lo que alguna doctrina llama "el juego de las transacciones", para poner fin a un pleito o a lo que es incierto. Corresponde al Juez Laboral impedir que se produzca en la transacción un fraude de ley, o un abuso de derecho. En cualquier caso, el Juez Laboral debe impedir siempre la transacción sobre derechos ciertos, pues ello deja de ser transacción para convertirse en renuncia.

La renuncia no procede tanto cuando el derecho existe como cuando constituye una mera expectativa. No es posible tampoco renunciar de derechos que no hayan nacido a la vida jurídica. Cabe recordar entonces que solo cabe renunciar de lo que ya forma parte del patrimonio de derechos del sujeto jurídico, y aún en tal caso, como regla general de derecho, cabe plantearse la posibilidad de la existencia de un vicio del consentimiento.

El principio ha sido elevado al rango de derecho fundamental, mediante su constitucionalización, en varias Constituciones del Continente Americano. Así la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo V, párrafo penúltimo señala: "El contrato de trabajo solo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder excederse un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquier de los

derechos políticos o civiles". Más adelante, en su artículo 123, Fracción XXVII, vuelve a aparecer el principio que nos ocupa, al establecer esta norma una lista de condiciones nulas que no obligarán a los contrayentes, aún cuando se estipulen dentro del contrato de trabajo. Como norma residual y genérica, el inciso H de la Fracción indicada, incluye como nulas "Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores". Por su parte, una Constitución más reciente, como la de Bolivia, en su artículo 48, Sección III, indica: "Los derechos y beneficios reconocidos a favor de las trabajadoras y los trabajadores no pueden renunciarse, y son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos. Otra Constitución Política reciente, como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual data del año 2008, en su artículo 89 inciso 2), indica: "Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Solo es disponible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establece la ley". Además, en el inciso cuarto del mismo artículo 89, dispone: "Toda medida o acto del patrono contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno". Otra Constitución de reciente factura, como es la de la República de Ecuador, indica en su artículo 31, inciso 4 que: "Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración. Las acciones para reclamarlas prescribirán en el tiempo señalado por ley, contado desde la terminación de la relación laboral". Por su parte, el inciso 5 del mismo artículo, señala: "Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derecho y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente. Finalmente, una Constitución de mediados del siglo pasado (1949), como es la de Costa Rica, luego de enumerar un conjunto de derechos típicamente laborales, cierra el capítulo único del título V, relativo a "Derechos y Garantías Sociales", con la norma que reza: "Artículo 74: Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional".

XII. EL PRINCIPIO PRO OPERARIO

Si bien en ningún modo puede excluirse la operatividad de los principios generales de aplicación e interpretación de las normas contenidos en la Constitución Española y en el Código Civil, lo cierto es que en la rama social del derecho existen unos principios específicos que modulan los criterios generales de aplicación e interpretación del Derecho, existencia que sin duda encuentra justificación en la complejidad y peculiaridades del sistema de fuentes de este sector del ordenamiento jurídico así como en el sentido social que las normas laborales llevan implícito.

Estas reglas específicas determinan, por un lado, qué norma debe seleccionarse para su aplicación a una situación fáctica determinada en caso de existir varias simultáneamente vigentes -principio de norma mínima y de norma mas favorable- y, por otro, qué interpretación normativa es procedente, en el caso de que varias interpretaciones sean posibles -principio pro operario.

Tanto la selección como la interpretación de la norma debe hacerse en el sentido que resulte más favorable al trabajador.

El principio pro operario, también denominado *in dubio pro operario*, ha sido definido como el principio según el cual de entre dos o más sentidos de la norma, ha de acogerse aquél que en cada caso resulte más conveniente para el trabajador.

Por tanto, el principio pro operario no resuelve el problema de selección de normas sino el de cómo debe interpretarse aquella que ha sido seleccionada y sólo

adquiere virtualidad práctica cuando la norma puede interpretarse en más de un sentido, puesto que, como consecuencia de su carácter subsidiario, en caso de claridad de la norma objeto de aplicación, deberá estarse a las reglas generales del Código Civil (el artículo 3.1 CC establece, en primer término, que las normas se interpretarán en sentido literal cuando éste no sea dudoso). Debe añadirse que no es admisible que la parte a quien interese la aplicación de la norma en sentido más favorable promueva artificialmente la duda en cuanto a la interpretación de la misma para obtener una ventaja o beneficio que, de otra manera, no hubiera conseguido.

El principio pro operario está íntimamente relacionado con el principio de equidad consagrado en el Código Civil. Sin embargo, el artículo 3.2 CC contiene una limitación importante en cuanto a su utilización en el ejercicio de la potestad jurisdiccional por los Juzgados y Tribunales, dado que exige que exista una norma habilitante para que pueda dictarse resolución recurriendo exclusivamente al principio de equidad, mientras que este límite no existe con respecto al principio pro operario al erigirse la protección especial del trabajador en la razón de ser del Derecho del Trabajo.

Tampoco es aplicable este principio cuando la duda se plantee al interpretar un contrato, puesto que en este caso debe estarse a lo establecido en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil.

En cuanto a la interpretación de los Convenios Colectivos, la jurisprudencia utiliza indistintamente los principios de interpretación de las normas y de los contratos como consecuencia del carácter mixto de los mismos. A título de ejemplo, cabe hacer referencia a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006, recurso de casación ordinaria 48/2005.

Este principio es paralelo a otros que existen, por creación legislativa o jurisprudencial, en otras ramas jurídicas: así, el principio favor debitoris en la civil, el principio in dubio pro reo en la penal y el principio pro administrado en el administrativo.

Como se ha anticipado, en el Derecho del Trabajo el principio pro operario encuentra su justificación en el carácter tuitivo, protector y tutelar de este sector del ordenamiento. Debe tenerse en cuenta que el nacimiento del Derecho del Trabajo se debe, en gran medida, a la necesidad de equilibrar las desigualdades materiales existentes entre las partes integrantes de la relación laboral -empresario y trabajador-.

Sin embargo, existe una tendencia doctrinal a cuestionar la necesidad en el momento actual de recurrir a este principio, por considerar que el Derecho del Trabajo ha dejado de tener el carácter paternalista que inicialmente le inspiró y por contar los trabajadores con mecanismos más efectivos que en épocas anteriores para la defensa de sus intereses como son los órganos de representación colectiva y por existir un menor desequilibrio entre las partes de la relación jurídica laboral. Así, se entiende que este principio es un "mero criterio de filantropía legislativa".

Esta misma tendencia de la doctrina científica la encontramos en la doctrina jurisprudencial puesto que, si bien el principio pro operario sigue teniendo cierta importancia en la resolución de conflictos en materia de seguridad social -especialmente cuando el trabajador ha sufrido un accidente de trabajo- sin embargo su operatividad va siendo cada vez menor cuando el litigio se plantea en una relación laboral entre particulares y no sólo por la aplicación subsidiaria de este principio, a la

que ya se ha hecho mención y que es un criterio consagrado jurisprudencialmente desde antiguo -sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1988 - sino especialmente porque tal principio no puede aplicarse en ningún caso en relación a las reglas sobre la valoración y carga de la prueba - Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1978-.

Establece la doctrina jurisprudencial que la ausencia de prueba de los hechos, por no haberse acreditado su realidad o haberse hecho de forma dudosa, no puede ser suplida mediante la aplicación del principio pro operario, como tampoco puede considerarse que el mismo constituya una inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador.

En definitiva, es la norma la que puede ser objeto de más de una interpretación, pero los hechos relevantes para la resolución del litigio sólo pueden haber o no sido probados, a consideración del juzgador, sin que la dudas sobre la acreditación de los hechos puedan dar lugar a una resolución favorable para el trabajador como consecuencia de la aplicación de este criterio interpretativo.

Por último, es el juzgador al que corresponde la valoración conjunta de las pruebas sin que pueda verse condicionado por este principio para dar preeminencia a unas pruebas sobre otras.

La doctrina jurisprudencial más reciente - sentencia de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (recurso de casación para la unificación de

doctrina 414/2007)- recurre al principio pro operario para conceder a un trabajador el derecho al cobro de intereses por mora en el abono de una indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo a pesar de que la indemnización había sido reconocida ocho años después de sufrir el accidente. Se establece en dicha resolución que: "los principios sociales han de imperar todavía con más fuerza que en el Derecho Civil (lo que justificaría interpretaciones "matizadas" respecto de las que hubiera llevado a cabo la propia jurisdicción civil, aun a pesar de ser ésta la genuina intérprete de las disposiciones del Código), sino que los intereses en juego -afectantes a valores de singular trascendencia- imponen una interpretación pro operario, contraria al tradicional favor debitoris que informa la práctica civil".

Por último, la infracción de este principio puede servir de base a un posible recurso.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta el carácter extraordinario de los recursos laborales. Por ello, en la interposición del recurso el recurrente deberá concretar la duda que se plantea con respecto a la interpretación de la norma y el sentido en que dicha duda deba resolverse para que favorezca al trabajador.

XIII. EL PRINCIPIO DE NORMA MÁS FAVORABLE

El principio de interpretación más favorable de las normas es un principio general y básico del derecho que propugna en su sentido más amplio la interpretación más favorable para el acceso jurisdiccional en defensa de los derechos y libertades, esto

es, un cierto entendimiento flexible de las normas, especialmente las restrictivas o constrictivas, para facilitar la defensa de los derechos fundamentales.

Estos principios de carácter general o básico suelen cumplir varias funciones en los ordenamientos jurídicos: fuente complementaria del ordenamiento en defecto de norma escrita y consuetudinaria, expresión de los valores, fines u objetivos del ordenamiento o criterios de aplicación o interpretación del derecho. Suelen denominarse principios generales del Derecho y son difíciles de aprehender en el ámbito positivo porque carecen de regulación jurídica y la jurisprudencia los utiliza fundamentalmente como criterio complementario para fundar sus decisiones, sin que se les hayan precisado sus fronteras y sin que se haya clarificado su especial fuerza interpretativa, por eso son difíciles de definir y resulta igualmente difícil su concreción aplicativa.

En el ámbito del Derecho del Trabajo el principio de interpretación más favorable de las normas se identifica con el principio pro operario o principio de favor (favor laboratoris), que hace referencia a un principio de política legislativa que insta al legislador a inclinarse a favor del trabajador en la creación de la norma social. Se trata, de hecho, de la cualidad diferenciadora y caracterizadora del Derecho del Trabajo, que surge con una orientación tuitiva de la parte débil de la relación laboral y compensadora de su desigualdad en origen: la norma laboral protectora cumple una exigencia del principio de igualdad material, que es la tutela del trabajador frente a la posición contractualmente dominante del empleador. Es en este sentido general del término donde debe buscarse su conexión con la equidad, desde el punto de vista de la naturaleza, función y fines del Derecho del Trabajo, pues resulta evidente que la búsqueda de la justicia no debe orientar las resoluciones jurídicas siempre hacia una de las partes, pero el Derecho del Trabajo sí asume que es más justo orientar los postulados jurídicos a favor de la parte débil de la relación, que necesita la ayuda de la norma laboral para ser capaz de relacionarse en un plano de justicia e igualdad con la otra parte.

Este principio general y consustancial del Derecho del Trabajo se traduce en el plano de la hermenéutica jurídica en un principio de aplicación judicial de la norma en virtud del cual cuando una norma presenta ambigüedad en su formulación, y no es posible superarla aplicando ningún otro criterio de interpretación de los regulados por el ordenamiento jurídico (la formulación y el enunciado normativo, el contexto, los antecedentes, la finalidad, la realidad social), la interpretación de la misma debe ser la más favorable para el trabajador: es el conocido como principio *in dubio pro operario*. Se trata de una manifestación o consecuencia del principio de favor que deriva de la propia naturaleza protectora y compensadora del Derecho del Trabajo y que opera en el ámbito de la interpretación de la norma jurídica laboral.

Normalmente no se encuentra manifiestamente reconocido en la norma legal, sino que se trata de un principio de creación jurisprudencial, al contrario de lo que sucede con el principio *pro operario* en sentido extenso, que se halla constitucionalizado en la cláusula de Estado Social y protegido en la garantía del principio de igualdad material, como criterio corrector de la igualdad formal.

La aplicación del principio *in dubio pro operario*, como la mayoría de principios de interpretación no juridificados, se encuentra en desuso en la jurisprudencia, pues la reglamentación de las normas laborales es tan exhaustiva que pocas dudas suelen quedar a la hora de dar con el sentido de las palabras, sin embargo, sí es relativamente frecuente que se acuda a él como principio que ayuda a orientar la solución judicial en uno u otro sentido, cuando el problema no reside tanto en la identificación del sentido del derecho como en corroborarlo, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional española de 19 de junio de 2001 (nº recurso 39/2001, nº resolución 64/2001) acudía al principio de interpretación más favorables de las normas como uno más entre los que habían de orientar el criterio judicial: "a la vista de lo que disponen los artículos 82,3), 38 y 2, 2) a 5) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 26 del XVIII Convenio Colectivo de Banca, y por imperio de lo que determina el artículo 6.3) del Código Civil, no se puede llegar a conclusión diferente a la estimatoria de las demandas acumuladas, dada

la fuerza de ley que se otorga al Convenio Colectivo, sin que pueda quedar al arbitrio de una de las partes su cumplimiento efectivo (artículo 1257 de dicho Código), la jerarquía normativa que debe ser de inexcusable observancia, la interpretación más favorable de las normas y la indisponibilidad de las de derechos de carácter necesario".

Aunque no se haya estudiado profusamente en la doctrina y sea de aplicación judicial residual, se han configurado ciertos contornos de su ámbito de actuación: se trata de un principio hermenéutico en la aplicación judicial de la norma, que debe constreñir su utilización al supuesto de duda o ambigüedad en la formulación de la norma, y no en el esclarecimiento de los hechos, en la apreciación de la prueba o en la determinación de la norma aplicable.

En efecto, el principio *in dubio pro operario* no puede ser utilizado para orientar la decisión judicial cuando sean los hechos los que no aparecen suficientemente esclarecidos, porque las reglas sobre la valoración de la prueba cuentan con un exhaustivo régimen jurídico y establecen que las consecuencias de los hechos insuficiente o deficientemente demostrados deben recaer sobre la parte que los alega, y no puede una deficiencia probatoria justificar una decisión judicial favorable en cualquier caso al trabajador. Tampoco puede este principio ser utilizado como norma de conflicto o de integración de lagunas, para seleccionar la norma aplicable que beneficie al trabajador, ni para seleccionar, en caso de laguna, una norma que favorezca la trabajador, en perjuicio de otras que no lo hagan, y ello porque el principio *in dubio pro operario* es un principio de interpretación de la norma cuando ya se tiene norma que aplicar, no un principio de identificación del cuerpo normativo más beneficioso para el trabajador. Necesita como presupuesto una norma que presente varias interpretaciones posibles y será ahí donde pueda el juez de lo social realizar la interpretación más favorable para los intereses de los trabajadores.

El principio *in dubio pro operario* es válidamente aplicable en la interpretación de una norma legal o reglamentaria, de una norma estatal, pero no es pacífica su

aplicación a la interpretación de una norma convencional, porque aunque el convenio colectivo es fuente del Derecho del Trabajo con naturaleza normativa en buena parte de los ordenamientos jurídicos, su redacción es producto de la negociación colectiva desarrollada entre representantes de trabajadores y empresarios, que supone la realización de una suerte de equilibrio de poderes, de transacción, de modo que no puede justificarse una interpretación favorable en todo caso al trabajador, porque esa intención no puede presumirse. Y lo mismo cabría decir de la interpretación del contrato de trabajo, que, como tal, será interpretado de acuerdo a los principios y reglas de interpretación del negocio jurídico que cada ordenamiento jurídico haya tipificado. Sin embargo, no son infrecuentes los pronunciamientos judiciales favorables a la aplicación del principio a todas las normas y actos en los que una de las partes sea el trabajador.

El principio *in dubio pro operario* entra en juego cuando la ambigüedad o sentido de la norma no puede ser salvada con arreglo a los criterios hermenéuticos que regula cada ordenamiento jurídico, de modo que no es la duda, sino la imposibilidad de aclararla, lo que permite la aplicación del principio.

Al mismo tiempo que se parte de la vigencia de un principio *in dubio pro operario*, se ha proclamado su extensión al ámbito de la Seguridad Social, señalando la existencia de un principio de interpretación de estas normas *in dubio pro beneficiario*, lo que resulta coherente con el entendimiento del Derecho de la Seguridad Social como una parte del Derecho del Trabajo que tiene rasgos propios y un entramado jurídico exhaustivo, complicado y que excede en mucho del fundamento y razón de ser del Derecho del Trabajo, pero que comparte con él su origen y desarrollo y que toma de él los conceptos básicos de su régimen jurídico. Aun constatando que el Derecho de la Seguridad Social no ha ganado su autonomía con respecto al Derecho del Trabajo, también es cierto que el Derecho de la Seguridad Social tiene un ámbito distinto de actuación, más amplio, y que se encuentra dogmáticamente a caballo entre el Derecho del Trabajo y el Administrativo, que sus normas son exhaustivas y reglamentistas, que tienen el carácter de derecho imperativo, en buena parte absoluto y en algunas ocasiones

relativo, y que es difícil encontrar una puerta abierta a la posible duda en la interpretación de la norma. Ahora bien, cuando esa duda se encuentra, los tribunales no suelen acudir al principio *in dubio pro beneficiario*, sino a la interpretación literal y sistemática del precepto, seguramente porque en la otra parte de la balanza no se encuentra un empresario capitalista que manifiesta su superioridad económica, sino la Administración, que ha extendido el ámbito de cobertura y protección de la Seguridad Social hasta donde ha estimado necesario, conveniente o posible, en función de sus recursos o de su ideología político-jurídica.

La pervivencia de este principio se encuentra cuestionada actualmente con base en la propia evolución y contenido del Derecho del Trabajo, que no ha dejado de ser un derecho compensador y tuitivo a favor del trabajador, pero que sí ha empezado a ser, además, un derecho flexible, que intenta proteger no sólo el trabajo asalariado, sino también el mercado de trabajo, el empleo y el interés de la empresa. Desde este punto de vista, se ha señalado que proclamar como principio interpretativo por excelencia la resolución de las dudas a favor de una sola de las partes no sólo supone una discriminación real, sino que no parece coherente con los contornos actuales del Derecho del Trabajo, en el que la tutela colectiva de los trabajadores ha elevado su poder de negociación y su nivel de protección individual y la situación de crisis económica generalizada aconseja también la protección de la continuidad de la empresa. Sin perjuicio de que pueda llegar a compartirse una tesis de ese tipo, siquiera sea parcialmente, lo cierto es que el uso jurisprudencial del principio *in dubio pro operario* es ciertamente residual, pues la norma positiva moderna deja pocas dudas interpretativas, y la interpretación conforme a principios constitucionales e internacionales permite cerrar el círculo con dosis muy altas de certeza.

XIV. EL PRINCIPIO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

La condición más beneficiosa puede definirse como aquel derecho nacido del acuerdo expreso o tácito de las partes del contrato de trabajo que, manifestando su voluntad en tal sentido, introducen condiciones laborales o regímenes jurídicos más beneficiosos para el trabajador que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia, los cuales deberán ser respetados en sus propios términos hasta su modificación o supresión por los procedimientos oportunos.

Por su parte, bajo la denominación principio de condición más beneficiosa se alberga una figura cuya virtualidad práctica consiste en el respeto o mantenimiento de determinadas condiciones laborales logradas por cada trabajador en el ámbito del contrato de trabajo.

La determinación de la naturaleza jurídica del llamado principio de condición más beneficiosa debe iniciarse con el intento de acomodo en alguno de las siguientes estructuras proporcionadas por la Ciencia del Derecho: los principios, las normas o los criterios jurisprudenciales.

Preguntarse acerca del carácter afortunado o desafortunado de la común denominación principio de condición más beneficiosa, lejos de resultar innecesario, supone la apertura de un debate revelador de la peculiar naturaleza del fenómeno estudiado. Las diversas acepciones que ofrece el Diccionario de la Real Academia del término principio ponen de manifiesto la siguiente circunstancia: el principio es origen, fundamento y causa. En otras palabras, el principio es esencia del medio al que se

aplica. Por lo tanto, de considerarse apropiada la calificación aquí examinada, la condición más beneficiosa se hallaría entre los cimientos mismos del Derecho del Trabajo. Si bien éstos no han sido objeto de una definición unánime, considerar que un mecanismo de mantenimiento del nivel o situación laboral alcanzado por cada trabajador en su empresa pueda merecer el calificativo de base de un ordenamiento jurídico es cuando menos dudoso. La condición más beneficiosa tan sólo puede aspirar a constituir un reflejo, una manifestación de ese sentido tuitivo y protector que en opinión de algunos inspira el Derecho Laboral.

Habida cuenta la anterior afirmación la condición más beneficiosa difícilmente podrá encajar en la difusa categoría de los principios generales del Derecho. El carácter puntual o coyuntural, que caracteriza el funcionamiento de la condición más beneficiosa, choca con la función vertebradora propia de los principios generales del Derecho. Estos, constituyen auténticas normas jurídicas, pero además participan en la organización de la comunidad social en la que operan y revelan sus creencias y convicciones. Esta última virtualidad, la que convierte una figura jurídica en un espejo en el que se refleja cierto fundamento moral o político -una vez más, ésta es una referencia a la función tutelar del Derecho del Trabajo- quizás esté compartida por principios generales del Derecho y condición más beneficiosa. Ahora bien, esta característica común no parece base suficiente para proceder a la catalogación de la condición más beneficiosa dentro de la categoría jurídica de los principios generales del Derecho.

El origen normativo de la condición más beneficiosa es indudable. No obstante, en la actualidad, este anclaje legal es objeto de un importante debate alimentado por numerosas divergencias de la doctrina judicial y científica. El núcleo central de la discusión radica en la inserción, o no, de la figura analizada en el artículo 3.1.c) del ET. Dicho encuadramiento supone fundamentar la teoría de la condición más beneficiosa en la voluntad de los contratantes. Sin embargo, si bien el elemento volitivo constituye uno de los requisitos de la figura examinada, requisito y fundamento son dos planos diferentes de difícil identificación.

Por lo demás, conviene deslindar la figura analizada de otras figuras afines como pueden ser los principios de norma más favorable o de indisponibilidad de derechos, recogidos respectivamente en los apartados 3.º y 5.º del artículo 3 del ET. La primera distinción se basa en la siguiente circunstancia: el artículo 3.3 del ET prevé la aplicación de lo más favorable para el trabajador en un supuesto distinto a aquél en que opera la condición más beneficiosa, esto es, en una situación de concurrencia o conflicto entre normas de distinto rango. Por su parte, el rechazo de la fundamentación ex artículo 3.5 del ET se debe a dos consideraciones. En primer lugar, cabe destacar que el mencionado precepto prohíbe la disponibilidad de derechos incluso antes de su adquisición, lo cual no tiene cabida en el principio estudiado que sólo impide la supresión de derechos ya adquiridos. En segundo término, también es de señalar que la teoría de la condición más beneficiosa, a diferencia del artículo 3.5 del ET, no opera respecto de actos del propio trabajador, sino de actos de terceros obstativos al disfrute de derechos por ese trabajador.

Asimismo, el denominado principio de condición más beneficiosa ha sido calificado de criterio jurisprudencial y, por consiguiente, considerado fruto de la labor complementaria atribuida a la doctrina jurisdiccional del Tribunal Supremo (artículo 1.6 del CC), cuya virtualidad jurídica, e incluso normativa, es innegable. La ausencia de plataforma legal explícita -circunstancia puesta de manifiesto en el párrafo anterior- en definitiva, estaría suplida por una práctica reiterada de los órganos jurisdiccionales superiores que, en virtud de la norma enunciada, adquiere carácter vinculante.

En última instancia, consideran algunos autores que el origen de la condición más beneficiosa se halla en la negociación colectiva: así que la labor pretoriana de nuestros tribunales no se justifica cuando existe una norma [el convenio colectivo] que regula abiertamente la institución [en referencia a la condición más beneficiosa].

La calificación genérica de la figura examinada no es, por lo tanto, tarea sencilla. El denominado principio de condición más beneficiosa sin duda aparece como un concepto difuso y esquivo. No obstante, el esfuerzo analítico llevado a cabo no resultó del todo inútil, pues cabe apuntar las siguientes conclusiones: el principio de condición más beneficiosa se halla respaldado por una, sino larga, sí intensa tradición legal -gozó de reconocimiento legal expreso hasta una época reciente- y, hoy día, lejos de desaparecer con la derogación del sistema de fuentes que le vio nacer, permanece anclado en el ordenamiento jurídico laboral y constituye cuando menos un reconocido criterio jurisprudencial.

La determinación del origen de la condición más beneficiosa constituye una cuestión polémica respecto de la cual es preciso distinguir dos tendencias encontradas y, en cierto modo, cronológicamente sucesivas, puesto que correspondientes a dos fases de la evolución del Derecho del Trabajo.

La primera línea, caracterizada por la defensa, entre otros, del origen normativo de la condición más beneficiosa, surge y se desarrolla en aquel período en que el ordenamiento laboral es concebido como un conjunto de normas que no admite *reformatio in peius*, esto es, como un conglomerado de preceptos mínimos generadores de derechos adquiridos. Por aquél entonces, lo que la jurisprudencia entendía por condición más beneficiosa podía tener su origen en normas de cualquier tipo: convenios colectivos, ordenanzas laborales e incluso leyes.

Algún autor, a pesar de considerar, en su momento, que en el ordenamiento jurídico laboral español la *reformatio in peius* es claramente inconstitucional y de apelar a la existencia de una ley sociológica que indica una tendencia hacia la irreversibilidad de las condiciones laborales, denuncia las dificultades prácticas que se plantean a la hora de defender el denominado carácter mínimo en sentido diacrónico. Tras comprobar cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite plenamente la reforma peyorativa de la legislación laboral llega a la siguiente conclusión: la subsistencia de condiciones

más beneficiosas derivadas de normas laborales ya derogadas está supeditada a las limitaciones de la eficacia retroactiva de la nueva norma a través de las disposiciones de derecho transitorio.

Doctrina judicial y científica niegan hoy -ésta es la segunda fase a la que se aludía con anterioridad- de modo prácticamente unánime, el origen normativo, legal o convencional, de las condiciones más beneficiosas. El denominado principio de modernidad, la fuerza derogatoria reconocida a leyes y convenios, así como el derecho a la negociación colectiva -axiomas jurídicos todos ellos dotados de respaldo legal e incluso constitucional- determinan el rechazo de toda presunta mejorabilidad progresiva del ordenamiento jurídico laboral y, por ende, de toda condición más beneficiosa de origen normativo. Las condiciones de trabajo disfrutadas como consecuencia de la aplicación de una norma, son plenamente revisables, incluso en sentido menos favorable.

Ni la supuesta irreversibilidad de las normas laborales -tal como se apuntó, insostenible, a pesar del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo- ni la presunta incorporación de las condiciones normativas al nexo contractual, a través de la denominada teoría de los derechos adquiridos, permiten sostener la existencia de condiciones más beneficiosas de origen normativo. El recurso, en algún tiempo frecuente, a este mecanismo de contractualización de las condiciones normativas, con la finalidad de lograr su mantenimiento ante normas posteriores y menos favorables, no deja de ser un artificio: las condiciones normativas están dotadas de la eficacia propia de la norma de la que surgen, esto es, poseen una eficacia externa a la del propio contrato.

Es en el ámbito de lo individual o, mejor dicho, de lo contractual, donde se gestan las condiciones más beneficiosas. Por lo que el problema se traslada al acotamiento de esa parcela estrictamente personal, al deslinde de lo contractual, generador en potencia de condiciones más beneficiosas, respecto de lo normativo, desprovisto de la mencionada capacidad.

El origen contractual o, por el contrario, normativo de determinadas condiciones laborales es, en algunos supuestos, incuestionable: así, una concesión empresarial en virtud de la cualidad sobresaliente de un trabajador tiene carácter individual; por el contrario, el régimen laboral fruto de la negociación colectiva y plasmado en el correspondiente convenio colectivo estatutario, tiene carácter normativo. No obstante, entre polos tan opuestos y fácilmente calificables, se extiende una zona de claroscuros conformada por convenios colectivos extraestatutarios, pactos colectivos, costumbres o usos de empresa.

Un importante sector de la doctrina, amparado en diversos pronunciamientos judiciales, considera que convenios colectivos extraestatutarios, pactos colectivos y usos de empresa, son capaces de generar condiciones más beneficiosas. Para otros, no obstante, el reconocido carácter plural o colectivo de dichas fuentes -pues sin duda afectan a una pluralidad de trabajadores- dota a las condiciones generadas de un específico tratamiento jurídico. Así, se considera que respecto de estas particulares condiciones más beneficiosas una posterior disponibilidad colectiva ha de resultar posible. Se distingue las condiciones de origen formalmente contractual, pero materialmente colectivas cuya intangibilidad ante convenios colectivos posteriores y peyorativos es menor que la de las condiciones más beneficiosas absolutamente individuales. En fin, un último sector niega, rotundamente, a convenios colectivos extraestatutarios, pactos colectivos y usos de empresa, el carácter de fuente de condiciones más beneficiosas.

En última instancia, la resolución de la cuestión planteada -esto es, la determinación de la capacidad de convenios colectivos extraestatutarios, pactos colectivos y usos de empresa para generar condiciones más beneficiosas- parece

depender de la calificación previa de estos instrumentos: quienes consideren que se trata de expresiones, aunque informales, de la autonomía colectiva, negarán la mencionada virtualidad; por el contrario, quienes defiendan su naturaleza individual o eficacia contractual la aceptarán. Para una correcta caracterización quizás convenga adoptar un punto de vista material, esto es, determinar en cada supuesto, en atención a los agentes negociadores y a los efectos por éstos perseguidos, la presencia o no de un genérico ejercicio del derecho a la negociación colectiva.

Ciertamente, el ET regula un particular procedimiento de negociación colectiva. No obstante, considerar que dicho cuerpo legal ha absorbido todas las formas de contratación colectiva resulta excesivo: usos, pactos de empresa y por supuesto convenios colectivos extraestatutarios, pueden, en determinadas ocasiones, constituir manifestaciones no reguladas de la contratación colectiva. En estos supuestos, surge la duda acerca de la capacidad generadora de condiciones más beneficiosas de los instrumentos analizados. En primer lugar, porque tal como ya se puso de manifiesto, las condiciones más beneficiosas surgen dentro de la esfera estrictamente individual de cada trabajador. En segundo lugar, porque podría llegarse a la absurda situación en que un determinado régimen laboral fruto de la negociación colectiva (informal) resultase intangible para ésta.

Según doctrina judicial reiterada los requisitos exigidos para apreciar la existencia de una condición más beneficiosa son: por un lado, la voluntad de conceder un beneficio que supere las condiciones normativas legales o convencionales y, por otro, la efectiva concesión y posterior consolidación con reiteración de actos.

En numerosas ocasiones la voluntad del empleador no es expresa, sino tácita, por lo que ha de deducirse de determinados actos, con frecuencia reconducibles a un

disfrute continuado por parte del trabajador, durante un tiempo más o menos extenso, del beneficio en cuestión. Tal interpretación de la voluntad empresarial constituye una primera causa de discrepancia de los Tribunales. En este sentido, es preciso señalar la existencia de dos tendencias jurisprudenciales. Por un lado, la que marcan aquellas resoluciones en las que se denuncia la confusión de los requisitos enunciados y, en consecuencia, se considera errónea la deducción de la existencia de voluntad empresarial de la simple persistencia en el tiempo de una determinada condición. Por otro lado, se halla una tendencia jurisprudencial, en cierto modo más flexible, a cuyo tenor un disfrute continuado conocido por el empleador determina la existencia de voluntad empresarial.

Esta misma problemática está presente en la doctrina. Si bien la mayoría de los autores admiten que la condición más beneficiosa puede surgir, no sólo de un pacto expreso, sino también de un pacto tácito, todos ellos coinciden igualmente en que no es la mera persistencia en el tiempo lo que crea la condición más beneficiosa, sino que esa persistencia ha de ser indicativa de la voluntad empresarial de conceder un beneficio que supere las exigencias legales o convenidas aplicables.

El reconocimiento de que goza el requisito de la voluntad empresarial, por lo demás, se ve reforzado por numerosas resoluciones judiciales que, mediante razonamiento a sensu contrario, vinculan la existencia de condición más beneficiosa a la ausencia de elementos considerados excluyentes de la voluntad del empleador. Este es el caso de aquellas sentencias en las que la apreciación de la condición más beneficiosa descansa en la comprobación de que la decisión de la empresa, por la que se instaura el beneficio discutido, no corresponde a la mera aplicación de una norma obligatoria. Particularmente ilustrativa resulta la STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 1995 (Ar. 4018) en la que se discute la integración de un grupo de trabajadores a un determinado economato laboral, y que declara que no puede hablarse de condición más beneficiosa por cuanto no se trata de una concesión voluntaria de la empresa sino que obedece a una

imposición por norma legal. Dicha resolución vincula la existencia de la condición más beneficiosa a la existencia de un acto de concesión absolutamente libre. El razonamiento es, en definitiva, el siguiente: no se aprecia condición más beneficiosa porque la concesión inicial de la empresa no fue fruto de su libérrima voluntad, sino que respondió a la necesidad de ajustar su conducta al mandato de una norma imperativa. En una línea muy próxima a la de la sentencia anteriormente comentada se sitúan aquellos supuestos en los que el fundamento del no reconocimiento de la condición más beneficiosa pretendida es la apreciación de un error del empleador a la hora de proceder a la concesión del beneficio. El error, así como cualquier otro vicio del consentimiento, del mismo modo que la exigencia legal, excluye la concurrencia del requisito de la voluntad empresarial y, en última instancia, determina la no apreciación de condición más beneficiosa.

En ocasiones, la voluntad empresarial o, mejor dicho, su entidad y alcance, constituyen los referentes de distinción entre condición más beneficiosa, generadora de derechos y obligaciones, y los denominados actos de benevolencia o de liberalidad carentes de toda fuerza vinculante. Es ésta una cuestión común pero de difícil resolución, por cuanto la espontaneidad y el carácter plenamente dispositivo que caracterizan los denominados actos de liberalidad también están presentes en el origen de las concesiones unilaterales del empleador.

Las retribuciones en especie son a menudo el centro del mencionado debate: la calificación de las prestaciones in natura como actos de obsequio o atenciones de la empresa con frecuencia obsta a su consideración como condiciones más beneficiosas. Ejemplos paradigmáticos son las denominadas bolsas de Reyes o Navidad consideradas meras liberalidades no constitutivas de obligación jurídica y, por lo tanto, no exigibles.

A modo de cuestión previa, tal vez convenga analizar la simple posibilidad de que existan actos graciosos en el seno de la relación laboral. El contrato de trabajo es, por esencia, un contrato recíproco en el que prestaciones y contraprestaciones se corresponden mutuamente. En consecuencia, toda mejora empresarial, como regla general, conforma una prestación onerosa cuyo carácter retributivo deriva de la capacidad propia del trabajador o de su potencialidad productiva. Esto es, las mejoras unilaterales constituyen, en principio, donaciones remuneratorias de base contractual por las que el empleador atiende al elevado rendimiento de sus trabajadores. La voluntad de corresponder a un mayor esfuerzo o a una destacada aptitud del trabajador, junto con las circunstancias del mercado de trabajo, son los principales móviles de la mejora unilateral. La teoría expuesta, por lo demás apuntalada por la denominada presunción iuris tantum del carácter salarial de toda percepción económica recibida por el trabajador, conduce a las siguientes conclusiones: las concesiones anejas al empleo, cualquiera que sea su forma, son, con carácter general y salvo reducidas excepciones, manifestaciones de la voluntad remuneratoria del empleador. Por consiguiente, toda presunta motivación altruista, por la que se persiga eludir la calificación como condición más beneficiosa, deberá probarse por quien la alegue, siendo criterio determinante de tal prueba la escasa entidad económica de lo entregado.

La relevancia de la voluntad empresarial en la conformación de condiciones más beneficiosas es innegable. No obstante, conviene matizar que es éste un requisito de carácter constitutivo, esto es, un elemento determinante del surgimiento de la condición más beneficiosa, pero cuya fuerza va perdiendo intensidad con el transcurso del tiempo o, mejor dicho, con el disfrute continuado del beneficio. La reiteración de actos consolida la condición otorgada y, en última instancia, la integra en el patrimonio del trabajador. Llegado este punto poco importa el mantenimiento de la voluntad de la empresa: el beneficio concedido es parte del sinalagma contractual. Por consiguiente, voluntad del empleador y reiteración de actos parecen corresponder a dos fases de la vida de la condición más beneficiosa: el primero origina su nacimiento, el segundo es condición de supervivencia.

El análisis de diversos pronunciamientos judiciales pone de manifiesto el carácter eminentemente complementario que corresponde al requisito conocido como reiteración de actos: todos ellos destacan, en efecto, su insuficiencia de cara al surgimiento de una condición más beneficiosa. No obstante, tal como se apuntó en el epígrafe anterior, es preciso señalar que el segundo plano adoptado por este requisito fáctico en una primera fase, con posterioridad se convierte en papel protagonista. La persistencia en el tiempo no sólo deja de configurarse como un elemento interpretativo de la voluntad empresarial, sino que se desprende de ésta y adquiere valor propio. Este fenómeno, en ocasiones denominado consolidación, supone la inserción definitiva del beneficio concedido en el patrimonio jurídico del asalariado y, por ende, su desvinculación de la voluntad empresarial originaria: la mejora unilateral se convierte entonces en condición más beneficiosa inmune a posteriores modificaciones.

La teoría expuesta plantea una evidente dificultad: la determinación del momento en que tiene lugar la conversión de la mejora unilateral en obligación jurídica exigible. Obviamente, la fijación de un plazo concreto al término del cual habría de producirse la mencionada incorporación resultaría absurdo a la vez que arbitrario. La consolidación del beneficio descansa en las expectativas generadas en el beneficiario. Si el empleador voluntariamente persiste en la concesión del beneficio, hasta el punto de que puedan ser identificadas anticipadamente por el trabajador en la ocasión, número o cuantía, entonces actúa un mecanismo nuevo que lleva a la jurisprudencia a entender que se han consolidado para el futuro y ya no pueden interrumpirse unilateralmente por el empleador.

La relevancia adquirida por el disfrute continuado no debe conducir a conclusiones erróneas: teoría de la condición más beneficiosa y costumbre laboral, a

pesar de fundarse en un elemento fáctico similar, son figuras absolutamente distintas. Los elementos genéricos que han de concurrir para apreciar lo que se define como la expresión de los mandatos de la comunidad con independencia de su arquitectura formal, constituyen un primer punto de distinción.

La costumbre, fuente del Derecho, se caracteriza por la concurrencia de un elemento externo, consistente en una repetición constante de actos, y otro interno, denominado *opinio iuris* u *opinio necessitatis*, consistente en la intención o convicción de cumplir y dar vida a una norma jurídica obligatoria. Ambos elementos parecen concurrir en la condición más beneficiosa. Ciertamente, es necesaria la consolidación a través de la persistencia en el tiempo del disfrute del beneficio concedido, por lo que cabría la posibilidad de considerar que se cumple el primer requisito, el denominado elemento externo. Por lo demás, la concurrencia de las voluntades del empresario y del mismo beneficiado podrían suponer cumplimiento del elemento interno.

Sin embargo, llegar a estas conclusiones sería erróneo, no sólo porque supondría una interpretación simplista y forzada de los elementos determinantes del surgimiento de la costumbre laboral, particularmente de la doctrinalmente denominada *opinio iuris*, sino también y sobre todo, porque las características que configuran la costumbre-fuente de normas jurídicas, resultan del todo incompatibles con las peculiaridades prácticas de la condición más beneficiosa.

El artículo 1, apartado 3.º del CC y el artículo 3 del ET, apartados 1.º y 4.º, permiten extraer una nota caracterizadora y definidora de la costumbre laboral: dicha costumbre tiene carácter supletorio, únicamente se aplica en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales. Este rasgo de la costumbre laboral choca

abiertamente con una de las consecuencias prácticas más relevantes de la condición más beneficiosa, cual es su inatacabilidad, salvo neutralización, frente a modificaciones normativas posteriores. La condición más beneficiosa no tiene el carácter supletorio de la costumbre sino que precisamente destaca por la prioridad de su aplicación, aún cuando, y de hecho es el supuesto más frecuente, normas legales o convencionales contemplen diferentes regulaciones de la mejora amparada por la teoría de la condición más beneficiosa. Esto es, mientras en la costumbre la *opinio iuris* se refiere al derecho o deber de que se trate, en la condición más beneficiosa, en cambio, el sujeto beneficiario tiene conciencia de una situación mejor de la que la norma le proporciona, tiene, en definitiva, una *opinio iuris* que no concuerda -por exceso- con la situación normativa o legal en que se halla.

Localidad y profesionalidad son otros caracteres de la costumbre laboral que no son predicables del uso que participa en la formación de la condición más beneficiosa. Tan sólo constituye costumbre laboral la de los trabajadores y empresarios de una localidad en una determinada rama de la producción o en un determinado oficio. Por lo tanto, en última instancia, toda costumbre laboral tiene un sustrato colectivo: el uso de la comunidad, en virtud del sentir de ese colectivo, es el que se convierte en norma. Por el contrario, la reiteración de actos que genera la condición más beneficiosa, por naturaleza, es individual o, cuando menos, individualizable.

Consecuencia obligada del razonamiento expuesto es, una vez más, la distinción clara y nítida de la teoría de la condición más beneficiosa de la denominada costumbre laboral. Una y otra figura tienen un requisito común: la reiteración de actos. No obstante, muchos otros elementos contribuyen a su no identificación.

Las resoluciones judiciales consultadas permiten deducir lo siguiente: la extensión objetiva y subjetiva de la mejora laboral concedida vendrá determinada por la voluntad de las partes, esto es, por el alcance material y personal del acto de concesión. Más concretamente, respecto de la delimitación subjetiva, existe una doctrina judicial unánime -de hecho lógica, por acorde con el carácter personal y específico de la condición más beneficiosa- a tenor de la cual se determina su no extensión a trabajadores que se hallen en situaciones diferentes a los beneficiados. La delimitación objetiva, por su parte, tal como ya se apuntó anteriormente, viene determinada “tanto en su contenido como en su cuantía por el propio acuerdo.

Esta última cuestión, sin embargo, resulta particularmente problemática en aquellos supuestos en que el beneficio concedido consiste en una prestación in natura. Al ser el contrato de trabajo un contrato de tracto sucesivo, es preciso prestar una atención especial a las variaciones a que está sujeto el coste de la mejora en especie. La variabilidad intrínseca a la retribución en especie -inexistente en aquellas mejoras de carácter monetario- introduce en el sinalagma contractual un elemento de inestabilidad que plantea fundamentalmente dos cuestiones. En primer término, conviene precisar el estricto contenido de la obligación empresarial, es decir, conviene determinar si dicha obligación consiste en el suministro de una determinada retribución en especie, cualquiera que sea su importe, o bien si el precio al tiempo del otorgamiento resulta vinculante y por lo tanto actúa a modo de límite objetivo. En segundo lugar, resulta necesario interrogarse acerca de la validez de la alegación, por parte del empresario, de un desequilibrio de las prestaciones así como de la denominada cláusula rebus sic stantibus.

Con carácter general, salvo pacto expreso en sentido contrario, la entrega del bien o la prestación del servicio, conforma y agota el contenido de la obligación empresarial. El empleador concedente, por lo tanto, tan sólo cumplirá la mencionada

obligación mediante la puesta a disposición de dicha retribución en especie. Por ello, las modificaciones cuantitativas que ésta pueda experimentar, en principio, carecen de relevancia. La obligación, en definitiva, sigue siendo la misma: suministrar un billete de autobús, una vivienda o una manutención, con independencia del coste empresarial.

Lo señalado en el epígrafe anterior, tal como se puntualizó, tiene carácter general y valor de principio, por lo que son admisibles excepciones. Entre ellas, la alegación de un presunto desequilibrio de las prestaciones de trabajador y empresario - como consecuencia del aumento del precio de las retribuciones en especie- y el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus* tienen particular relevancia. Dicha cláusula se configura como un remedio al desequilibrio patrimonial acarreado por la alteración de las circunstancias contractuales, en particular por una excesiva onerosidad sobrevenida. Supone la integración implícita, en todo contrato de tracto sucesivo, de un pacto en virtud del cual el cumplimiento contractual se halla supeditado al mantenimiento de la situación existente en el momento de la perfección del contrato. Con ello la cláusula *rebus sic stantibus* procura evitar situaciones injustas y permite una constante adecuación de los acuerdos contractuales, también de los de carácter laboral, al principio general de buena fe, pilar fundamental del tráfico jurídico-patrimonial.

Un rechazo rotundo de la cláusula *rebus sic stantibus* en el supuesto analizado - desequilibrio de las prestaciones ocasionado por un aumento del coste de las mejoras in natura concedidas- tal vez resulte excesivo, no obstante, es preciso recordar el carácter excepcional de dicha figura, así como los múltiples condicionantes de los que depende su estimación. La cláusula *rebus sic stantibus* resulta, en el supuesto señalado, difícil de compatibilizar con otro de los principios básicos de la materia contractual: el principio *pacta sunt servanda*, cuyo desconocimiento implicaría una quiebra de la seguridad jurídica, e incluso el abandono del cumplimiento de los contratos al arbitrio de las partes (solución vetada por el artículo 1256 del CC).

La contradicción apuntada explica el sumo rigor que debe presidir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, por lo demás condicionada a la apreciación de estrictos requisitos: alteración de las circunstancias de carácter extraordinario e imprevisible y desproporción entre prestaciones exorbitante. La necesaria concurrencia de las características señaladas reduce la apreciación de la cláusula *rebus sic stantibus* a casos muy particulares: su estimación procedería, por ejemplo, en caso de subida repentina y notoria del precio de la retribución en especie, o bien cuando desaparecieren, con la consiguiente repercusión en el coste de la concesión, determinados medios utilizados por el empleador para hacerla efectiva (éste sería el supuesto en que, otorgado a los trabajadores el billete de autobús para realizar el desplazamiento hasta el centro de trabajo, desapareciese el transporte urbano; obviamente, la prestación del servicio de transporte, a través de medios de carácter privado, conllevaría mayores gastos que la utilización del transporte público). Por el contrario, no procedería la estimación de la cláusula *rebus sic stantibus* en aquellos supuestos en que el aumento de precio alegado se debe a los conocidos efectos de la inflación en España controlada y, en definitiva, previsible.

En el razonamiento expuesto subyace la cuestión de fondo relativa a la procedencia de una absoluta identificación entre retribuciones en especie y retribuciones en metálico. En última instancia, la determinación de la existencia o inexistencia de un derecho del trabajador a ser remunerado *in natura* en todo caso, constituye el núcleo central del debate expuesto. Aceptada la hipótesis de la identificación, la obligación del empresario estaría limitada al coste inicial de la concesión, al equivalente en metálico de la mejora en especie en el momento del otorgamiento. Por el contrario, la segunda opción, esto es, la distinción entre uno y otro tipo de remuneración, supone la admisión de un derecho del trabajador a exigir el suministro del bien o servicio acordado. La

cuestión planteada tal vez carezca de respuesta tajante. En efecto, una y otra posibilidad gozan del respaldo de importantes argumentos.

Por un lado, conviene recordar que el salario en especie es, ante todo, auténtico salario. Por ello, el hecho de que el pago se efectúe en metálico o in natura no deja de ser una circunstancia de carácter formal que, si bien conlleva importantes repercusiones, en ningún caso altera la naturaleza de la percepción. Por otro lado, en defensa de la tesis opuesta, el derecho de los trabajadores a exigir el mantenimiento de la mejora en los términos estrictos de su concesión y, por lo tanto, a exigir el pago en especie, si fuere el caso, se halla amparado en las siguientes consideraciones: en primer lugar, conviene tener en cuenta que la cuantificación de las retribuciones en especie no es pacífica, el coste empresarial no necesariamente corresponde con el beneficio económico del trabajador; en segundo lugar, la posibilidad de transformación unilateral de una retribución en especie en una retribución dineraria supone la introducción de un elemento de inseguridad en el vínculo contractual.

Ambas posturas han de ser valoradas a la hora de abordar el problema planteado. La primera, tal vez porque ostenta rango legal (artículo 26 del ET), en cierto modo prima e impone las siguientes conclusiones: el salario en especie es susceptible de traducción económica y no existe un derecho, en sentido estricto, que ampare a los trabajadores a la hora de exigir una determinada forma de retribución, incluido el pago en especie. Sentadas las premisas enunciadas, los argumentos esgrimidos en defensa de un presunto derecho al mantenimiento de una determinada forma de retribución, si bien no desaparecen, quedan reducidos a la categoría de simples reservas, cuya operatividad se proyecta sobre el modo de proceder a la conversión en dinero. Así, el procedimiento establecido para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo parece compatibilizar el ejercicio del derecho empresarial a la traducción económica y el respeto de las mejoras otorgadas.

La misma consideración de una determinada concesión empresarial como derecho adquirido constituye una traba evidente a cualquier intento de modificación, ya sea mediante decisión unilateral del empleador, convenio colectivo e incluso norma legal.

Es preciso, para hallar los fundamentos jurídicos de la particular fuerza demostrada por las condiciones más beneficiosas ante los diversos intentos de modificación enunciados, retornar a su misma esencia. En última instancia, la inserción de una mejora en el seno del vínculo contractual supone modificar la remuneración, esto es, alterar una de las prestaciones esenciales y básicas del contrato de trabajo. Por lo tanto, por ende, la concesión de una condición más beneficiosa constituye una novación modificativa, de carácter objetivo, del contrato de trabajo.

Dos argumentos, el primero de carácter genérico y el segundo más específico, respaldan la construcción expuesta. Por un lado, el carácter crediticio del contrato de trabajo permite la aplicación de una figura del Derecho Común precisamente configurada en atención a relaciones de crédito. En segundo término, el ya más preciso encaje de la condición más beneficiosa dentro de las denominadas condiciones principales -cuya modificación, según lo establecido en el 1203.1.º del CC, es presupuesto de la novación objetiva- se debe a su carácter de elemento conformador de la retribución global del trabajador. Aunque de modo indirecto, la atribución de una mejora supone una sensible alteración del salario y, por tanto, de la obligación de remunerar correspondiente al empresario, elemento éste absolutamente intrínseco al contrato de trabajo.

Sentada la premisa de que la introducción de una condición más beneficiosa en la relación laboral constituye una novación de la obligación empresarial de retribuir el trabajo prestado, a sensu contrario, es posible deducir que la supresión de esta misma mejora también supone una novación contractual. En efecto, la identidad de supuestos permite la aplicación de los argumentos jurídicos enunciados en el párrafo anterior.

Por consiguiente, tanto en caso de inserción de una condición más beneficiosa como de supresión, han de cumplirse los requisitos exigidos por esta concreta figura del Derecho Común. Se considera que son tres las circunstancias que han de concurrir: en primer lugar, es preciso que la modificación se lleve a cabo mediante acuerdo voluntario de los interesados, directa o indirectamente expresado por acto bilateral puro o meramente recepticio; en segundo término, la variación no ha de encubrir ningún supuesto de renuncia de derechos irrenunciables, abuso de derecho o fraude de ley; finalmente, la modificación no ha de afectar a la causa obligacional y el contrato ha de permanecer entre los mismos sujetos.

El primer requisito citado, el *animus novandi*, conforma el fundamento jurídico de la inatacabilidad de la condición más beneficiosa. Puesto que constituye una novación contractual, la erradicación de una condición más beneficiosa requiere que las dos partes afectadas, incluido el asalariado, presten su consentimiento. De este modo, se explica la inmunidad de las condiciones más beneficiosas ante actuaciones unilaterales del empleador, pero también ante normas legales y convencionales. Unas y otras, obviamente más las segundas que las primeras, contemplan cierta participación de los trabajadores. Ahora bien, no es lo mismo participación que decisión propiamente dicha.

En el caso de las leyes la explicación resulta casi innecesaria: si bien las normas laborales heterónomas suelen ir precedidas de un período de consulta con los llamados agentes sociales, este trámite no puede identificarse con una representación en sentido estricto de los trabajadores, mucho menos si de intereses individuales se trata.

Los convenios colectivos, por su parte, son fruto de la negociación de representantes más o menos directos de patronal y trabajadores, sin embargo, es ésta una representación de intereses puramente colectivos que no siempre coinciden con los de la llamada esfera individual de los asalariados y que, en ningún caso, han de identificarse con el consentimiento personal del trabajador sobre una mejora contractual. La distinción de los planos individual y colectivo, en definitiva, conlleva la incapacidad de los convenios, por esencia colectivos, para suprimir una condición más beneficiosa, como ya se dijo, de carácter intrínsecamente individual.

El principio analizado en las páginas anteriores tiene la virtualidad de dotar a los beneficios adornados de la condición de derecho adquirido de un auténtico “blindaje” capaz de resistir modificaciones posteriores, de carácter empresarial e incluso de carácter normativo. Sin embargo, dicha intangibilidad no es definitiva. Además de la cláusula rebus sic stantibus, objeto de los párrafos anteriores, existen unos medios capaces de atenuar la fuerza de las condiciones más beneficiosas, mediante su transformación y en cierto modo su adecuación: los denominados principios de absorción y compensación, operativos también, conviene adelantarlo, en el supuesto de derecho adquirido consistente en una prestación en especie.

En primer término, procede interrogarse acerca de la procedencia de la denominación utilizada. En efecto, a pesar de que determinados sectores doctrinales

encuadran la absorción y compensación en la genérica problemática de la aplicación de las normas laborales, o las conectan con las particularidades del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, estas figuras no encajan del todo dentro de la categoría jurídica de los principios. Del mismo modo que la condición más beneficiosa, absorción y compensación desempeñan una función más modesta que la que, por naturaleza, ha de corresponder a un principio: carecen de carácter integrador y tan sólo despliegan sus efectos en supuestos muy particulares.

La operatividad de las figuras analizadas depende de la sucesión de tres hechos: la fijación de una cuantía salarial en una fuente concreta de determinación de salarios, el establecimiento de una mejora sobre el mínimo general anterior y la modificación por incremento salarial de la fuente que sirvió de mínimo a la mejora. La sucesión de las situaciones enunciadas constituye el único determinante de la aplicación de las figuras analizadas. Éstas, a diferencia de los principios, no conforman base alguna, sino que son la respuesta a una situación de hecho determinada. Los principios, al ser fundamentos, tienen cierta dimensión cronológica que les sitúa al inicio del razonamiento al que se aplican, la absorción y compensación, sin embargo, se hallan al final del hilo argumental, conforman la resolución de un conflicto previo. Precisamente por ser solución práctica es por lo que, tal vez, resulte más apropiado hablar de mecanismo, incluso de técnica.

La distinción entre los conceptos de absorción y de compensación representa una segunda dificultad interpretativa: uno y otro término son utilizados de modo poco preciso y ambivalente por la jurisprudencia e incluso por la propia Ley. Ello quizás constituya el origen de la división de la doctrina: mientras algunos distinguen, otros, sin embargo, no lo hacen. Entre los primeros se hallan CAMPS RUIZ y CONDE MARTÍN DE HIJAS. CAMPS RUIZ prefiere hablar de cláusulas de compensación, y distingue las cláusulas de compensación hacia el pasado y las cláusulas de compensación hacia el futuro: las primeras se ubican en la fuente origen de las condiciones neutralizadoras de

otras condiciones anteriores en el tiempo, las segundas se hallan en la propia fuente origen de las condiciones neutralizadas por la incidencia sobre ella de otras fuentes posteriores de fijación de condiciones laborales. Los criterios de distinción adoptados por CONDE MARTÍN DE HIJAS son diferentes. A pesar de considerar que absorber y compensar son ideas referidas a un mismo mecanismo de comparación de conjuntos, este autor señala dos supuestos: aquél en que los elementos comparados son homogéneos, y aquél en que, por el contrario, los elementos de contraste son heterogéneos. En el primer caso, se produce el fenómeno de la absorción, que desencadena un mero cambio de las cuantías; en el segundo, sin embargo, sucede una compensación, cuyos efectos son más relevantes puesto que se altera la estructura de la obligación retributiva.

La adopción de una perspectiva funcional, permiten a SALA FRANCO y a GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, afirmar la identidad conceptual de los términos analizados. Puesto que absorción y compensación actúan en unos mismos supuestos y producen idénticos efectos, ambos elementos, material y sustancialmente, reflejan un único mecanismo: el de la neutralización. Obviamente cada supuesto de neutralización conlleva particulares circunstancias. No obstante, éstas ni alteran la función esencial del mecanismo aplicado, ni han de generar una distinción terminológica, estéril en aportaciones jurídicas definidoras del fenómeno y fecunda en confusiones. Por consiguiente, para lo sucesivo se utilizarán indistintamente ambas denominaciones y tanto dará hablar de absorción como de compensación.

Más allá de los términos, muchas veces equívocos, conviene analizar, desde un punto de vista estrictamente práctico, el funcionamiento de la técnica neutralizadora. Para ello, en primer término, resulta necesario precisar los presupuestos fácticos que determinan la efectiva aplicación de la figura examinada. Estos, tal como ya se apuntó, son esencialmente tres:

-Fijación de una cuantía salarial en una fuente determinada.

-Establecimiento de una mejora sobre la fuente anterior (es decir, sobre el mínimo general).

-Modificación de la cuantía establecida en la primera fuente que sirvió de mínimo general a la posterior mejora.

Ante semejante situación, la absorción permite la no acumulación de la mejora previamente concedida al aumento del mínimo que anteriormente constituía el suelo salarial. La neutralización, por lo tanto, persigue la integración progresiva -a medida que se vayan produciendo incrementos del suelo salarial- de las mejoras individuales en el régimen jurídico colectivo del trabajador. En definitiva, éste es un sistema que, si bien no suprime de modo directo las condiciones más beneficiosas, sí logra su anulación y, en última instancia, la equiparación de las condiciones de trabajo.

La aplicación de la técnica neutralizadora descrita dependerá en todo caso de la concurrencia de determinados requisitos. Así, el artículo 26.5 del ET señala que los conjuntos objeto de comparación habrán de ser, por un lado, el orden normativo o convencional de referencia, esto es, las condiciones laborales mínimas, ya sean legales (el SMI) o convencionales (el convenio colectivo aplicable) y, por otro lado, los salarios realmente abonados en su conjunto y cómputo anual”.

La escasa precisión con que el legislador define los conceptos sobre los que ha de operar la compensación, junto con la pluralidad y variedad de elementos que componen la estructura salarial, han suscitado divergencias doctrinales en torno a las figuras mutuamente compensables. A diferencia de CONDE MARTÍN DE HIJAS que admite la posibilidad de neutralización de elementos diferentes y reconoce la alteración de la estructura salarial que ello produce, MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA mantienen que la compensación sólo es

posible “entre conceptos retributivos que tengan la misma causa: no es posible, por ejemplo, entre cantidades debidas por salario base y por complementos, o entre complementos de diferente origen o naturaleza.

Decantarse por una u otra postura, obviamente, plantea múltiples dificultades. No obstante, quizás convenga, recordar la siguiente máxima de interpretación: donde la ley no distingue, tampoco debe hacerlo el intérprete. El artículo 26.5 del ET simplemente alude a conjuntos genéricos: los salarios y el orden normativo o convencional de referencia. A priori, ninguna compensación resulta vetada, por lo que cualquier genérica declaración en este sentido sería improcedente, incluso ilegal. Ciertamente, en determinadas ocasiones la absoluta falta de correlación entre mejora individual e incremento salarial de origen normativo impide la sustitución de un concepto por otro y, en definitiva, la neutralización de la condición más beneficiosa. Ahora bien, estos supuestos, a raíz de los cuales doctrina y jurisprudencia crearon unos criterios aplicativos delimitadores de la figura de la compensación (homogeneidad y causalidad), en ningún caso desvirtúan el mandato legal, simplemente constituyen excepciones.

La técnica de la absorción en esencia se reduce a una labor de comparación. Por consiguiente, un criterio absolutamente consustancial al mecanismo analizado es el de la homogeneidad: puesto que tan sólo elementos homogéneos son comparables, únicamente éstos parecen susceptibles de compensación. La homogeneidad, esto es, el hecho de que la condición más beneficiosa, por un lado, y el beneficio contemplado en la norma posterior, por otro, pertenezcan a un mismo género, o compartan iguales características, constituye uno de los factores determinantes de la absorción. Por lo tanto, la homogeneidad, en este estudio, se concibe como un requisito de carácter práctico: fundamentalmente, interesa aquí la vertiente material de los elementos cuya compensación se pretende (no se plantea la cuestión formal derivada de su inserción en una u otra figura de la estructura salarial).

Una de las principales dificultades que plantea la neutralización de mejoras in natura consiste en la apreciación de homogeneidad entre dichos beneficios y un incremento salarial. Las múltiples formas que pueden adoptar las condiciones más beneficiosas en especie y las dificultades que plantea su cuantificación ocultan cualquier género de identidad entre uno y otro elemento. La evolución de la doctrina judicial es una clara muestra de las dudas que plantea la compensación de una retribución en especie. A principios de los 80, son frecuentes las resoluciones del TCT que desestiman la pretensión de compensación de la empresa, en atención, precisamente, a la ausencia de homogeneidad entre un beneficio de carácter monetario y un beneficio en especie. Dichas sentencias se fundamentan en la estricta distinción entre el concepto de homogeneidad y el equivalente valor económico de los conceptos cuya compensación se pretende.

Posteriormente, en torno a los años 85, 86, se aprecian los primeros pasos hacia lo que más adelante constituiría un auténtico vuelco del criterio judicial. Resoluciones de ese período, si bien mantienen la ausencia de identidad entre retribuciones en especie y retribuciones en efectivo, no utilizan ya dicho argumento con una finalidad simplemente desestimatoria o prohibitiva de la compensación en sí. La no identificación de una y otra retribución ya no impide la neutralización, tan sólo la supedita al consentimiento del asalariado. La falta de una absoluta homogeneidad, que sin embargo mantiene su carácter de eje de la argumentación, se suple, como si se tratara de rescatar una concepción a punto de desmoronarse, con un argumento nuevo: la denominada cuantificación contrastada. El acuerdo de las partes en torno a la cantidad que ha de resultar suficiente para proceder a la compensación de la mejora en especie preside la operación de neutralización.

Al término de la evolución de la doctrina de los órganos jurisdiccionales sociales las resoluciones más recientes contienen fallos basados en un criterio opuesto al

mantenido poco antes: en efecto, en ellas, la homogeneidad se conceptúa como sinónimo de la equivalencia de valores, se equipara con lo que cabría denominar equilibrio monetario de las prestaciones.

El giro experimentado por la doctrina judicial nuevamente plantea el debate acerca de la asimilación de una retribución en especie con un aumento monetario del salario, aun cuando dicho incremento abarque o incluso supere el valor económico de aquélla. Sin duda, la misma naturaleza salarial de las percepciones in natura aboga irremediablemente en favor de las soluciones judiciales más recientes: convenientemente cuantificada una prestación en especie es neutralizable, incluso cuando el elemento sustitutorio consista en una mejora en dinero.

Aceptada la anterior premisa conviene reparar en las particulares dificultades que encierra la neutralización de una modalidad salarial tan específica como el salario en especie. La traducción en términos monetarios, absolutamente necesaria para proceder a la absorción, puede suscitar el desacuerdo entre empleador y trabajador: pues, como ya se indicó, a menudo el beneficio real que la mejora en especie supone para este último no corresponde con la valoración empresarial. El coste empresarial o el precio de mercado de una condición más beneficiosa in natura pueden resultar inferiores al valor que les atribuya el asalariado en atención a diversos criterios, ya sean de carácter económico o no. En definitiva, la conciliación de dos puntos de vista tradicionalmente opuestos, el del empleador y el del trabajador, en torno a la cuantificación de la condición más beneficiosa en especie, constituye el primer obstáculo del particular proceso de compensación analizado.

Ahora bien, éste no es el único problema al que ha de enfrentarse quien pretenda compensar un beneficio en especie. La sustitución de una mejora in natura por una

determinada percepción económica, por muy acertada que sea, no deja de constituir una modificación unilateral del contrato de trabajo, modificación, al menos en apariencia, en abierta contradicción con determinados principios de la teoría general de obligaciones y contratos (principio *pacta sunt servanda*). Cabe recordar que las obligaciones laborales también se sujetan a los preceptos de Derecho Común: los artículos 1258, 1089 y 1091 del CC, determinantes del principio de inalterabilidad de los negocios jurídicos contractuales, también les resultan aplicables.

Habida cuenta el carácter continuado o duradero del contrato de trabajo, el legislador laboral introdujo determinadas excepciones a la inmutabilidad de las obligaciones contractuales, estableció diversas vías de adecuación de las prestaciones a las necesidades coyunturales de la empresa. El poder de dirección del empresario constituye uno de los cauces reformadores del vínculo laboral. En virtud del denominado *ius variandi*, manifestación del mencionado poder de dirección, el empleador tiene la facultad de modificar la ejecución del contrato de trabajo. Ahora bien, dicha facultad no es ilimitada, tan sólo se circunscribe a aquellas reformas de carácter no sustancial. En efecto, la relevancia de algunas de ellas conlleva la aplicación de un procedimiento específico: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. A continuación, procede analizar el encaje de la modificación examinada -esto es, la sustitución de una mejora in natura por un incremento salarial, como consecuencia de la operación de absorción- o bien en el ejercicio del *ius variandi* empresarial, o bien en el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

El artículo 41.1 del ET no define la modificación sustancial. Por ello, una primera dificultad consiste en la calificación como tal del supuesto en análisis. Mientras determinado sector doctrinal considera que el objeto sobre el que recae la variación es un factor determinante de la sustancialidad, otros, en cambio, atienden de modo prioritario a la entidad de la modificación. La literalidad del precepto parece favorecer

del mismo modo a ambas interpretaciones. Por un lado, el artículo 41.1 del ET utiliza una fórmula que permite entender que las modificaciones que afecten a las materias listadas -entre las que se halla el sistema de remuneración- en todo caso son sustanciales. Por otro lado, sin embargo, el propio título del artículo comentado califica de sustanciales a las modificaciones y no a las materias objeto de alteración, es decir, el legislador no se refiere a la modificación de condiciones sustanciales sino a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Parece preciso, por lo tanto, conjugar ambos elementos de la definición -el objeto de la modificación y su entidad- por lo que toda modificación de las condiciones citadas, entre otras, de alcanzar cierta relevancia, se regirá por el procedimiento descrito en el artículo 41 del ET⁶⁰⁷.

La dificultad estriba entonces en la identificación de dicha relevancia o carácter sustancial: el Tribunal Supremo considera que será sustancial el cambio que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral [en este caso, el sistema de remuneración] pasando a ser otras distintas de modo notorio. La sustitución de una mejora in natura por un incremento salarial, es obvio, determina una modificación, cuando menos formal, de la remuneración percibida por el trabajador. No obstante, no parece ser éste un cambio notorio. Pues, un elemento de referencia a tener en cuenta en todo caso es la proporción del cambio efectuado, proporción que, a su vez, depende de la entidad relativa de la mejora originaria compensada dentro del conjunto que conforma la retribución global del trabajador. Habida cuenta el carácter complementario, incluso marginal, asignado en no pocas ocasiones al salario in natura con respecto a dicha retribución total -es infrecuente llegar al límite del 30 por 100 legalmente establecido-, tan sólo en supuestos excepcionales la señalada modificación revestirá carácter sustancial y por lo tanto ocasionará la aplicación del artículo 41 del ET.

La causalidad es otro de los criterios configurados como determinantes de una mayor inmunidad de la condición más beneficiosa afectada. De este modo, la atribución

por parte del empresario de una condición más beneficiosa en atención a una cualidad sobresaliente del asalariado, que así mismo redunde en beneficio empresarial, constituye una traba a cualquier intento de absorción. La causalidad atiende así al carácter sinalagmático de la concesión empresarial: puesto que el otorgamiento empresarial tiene por finalidad remunerar una especial cualidad del trabajador, dicha condición más beneficiosa resulta inatacable al menos mientras persista dicha particularidad o ésta mantenga el valor que suscitó el acto de concesión.

Por lo demás, determinadas resoluciones judiciales permiten deducir que este mismo razonamiento resulta aplicable en aquellos supuestos en que el beneficio se otorga en atención a una circunstancia particular que dificulte el desempeño del trabajo. Tan sólo la desaparición de la mencionada situación podría motivar la compensación de la mejora.

Los argumentos expuestos no carecen de peso. No obstante, es preciso realizar dos puntualizaciones. En primer término, una vez más, conviene recordar la dificultad que entraña la consideración de concesiones empresariales estrictamente graciabiles. El contrato de trabajo es un contrato de carácter eminentemente económico, por lo que las mejoras otorgadas por el empleador constituirán, al menos en principio, auténticas remuneraciones. Tan sólo en supuestos excepcionales se producirán donaciones absolutamente desvinculadas del trabajo prestado. Este carácter recíproco de la relación laboral resta operatividad al elemento de la causalidad: sentada la premisa de que casi todo lo concedido por el empleador tiene por finalidad última remunerar, de poco sirve llegar a la conclusión de que las concesiones empresariales retributivas resultan más difícilmente absorbibles que las demás.

En segundo lugar, conviene no confundir posibilidad de absorción, reforzada por la ausencia de causa, y supresión de la mejora, para la cual, al menos en principio, no

basta la desaparición de la circunstancia desencadenante de la concesión. Ciertamente, la inmutabilidad de las condiciones más beneficiosas puede verse atemperada por el juego de la compensación, el cual, a su vez, aparece facilitado por la aparente inexistencia de justificación. No obstante concluir que la desaparición del motivo que suscitó la decisión empresarial, por sí sola, es suficiente para producir la erradicación del beneficio, tal vez resulte excesivo. Esta teoría, en última instancia, supondría ignorar un rasgo esencial de toda condición más beneficiosa: su intangibilidad.

Quizás la solución al conflicto planteado simplemente consista en no elevar a la categoría de principio el hecho descrito: no existe regla alguna a tenor de la cual la desaparición de la causa equivale a la desaparición del beneficio. La posibilidad de que goza el empleador de suprimir la mejora una vez desaparecida la circunstancia que la motivó, en última instancia, descansa en un presupuesto jurídico ya analizado: la cláusula *rebus sic stantibus*. La erradicación de la condición más beneficiosa tan sólo resultará admisible excepcionalmente, cuando la desaparición de su supuesta causa generadora suponga una modificación imprevisible de las circunstancias en que se produjo la concesión y un desequilibrio notorio entre prestaciones del empleador y prestaciones del trabajador.

En consecuencia, la denominada ausencia de causalidad no constituye fundamento jurídico alguno y carece de virtualidad autónoma. O bien se configura como una circunstancia que facilita e incluso fomenta la aplicación de la técnica de la absorción (es decir, que la justifica ante los asalariados), o bien conforma una modificación extraordinaria e imprevisible del entorno en que se produjo la concesión y por lo tanto conduce a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

La fórmula empleada por el artículo 26.4 del ET (operará la absorción y compensación) ha dado lugar a diversas interpretaciones acerca de la disponibilidad o, por el contrario, indisponibilidad del ejercicio empresarial de los mecanismos de neutralización. Se defiende el carácter imperativo del precepto estatutario y la automaticidad de la técnica de la absorción: producidas las circunstancias de hecho exigidas por la norma (régimen salarial contractual en conjunto y cómputo anual más favorable para los trabajadores que el señalado en el orden normativo o convencional de referencia), la neutralización despliega sus efectos sin necesidad de acto empresarial alguno y sin posibilidad de renuncia.

Por el contrario, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, configura la compensación y absorción de salarios como facultad de obrar, esto es, como derecho subjetivo cuyo ejercicio queda a disposición del empleador. En consecuencia, la absorción queda supeditada a la decisión empresarial, la aplicación o inaplicación del artículo 26.4 del ET depende de la voluntad manifestada por el empleador. La concepción descrita conlleva, por un lado, la exigencia de que la neutralización se realice sin demora y a través de actos concluyentes, por otro, la posibilidad de renuncia a la técnica analizada, bien a través de un acuerdo expreso, bien a través de una conducta demostrativa de la voluntad de no hacer uso de la compensación.

No sólo la interpretación literal del precepto estatutario permite deducir el carácter hipotético del mandato legal. La configuración de la absorción como derecho empresarial y, por ende, la posibilidad de renunciar a éste, hallan su fundamento último en el carácter protector del Derecho del Trabajo. La posición hegemónica ostentada por el empresario en la relación contractual determina que éste, a diferencia del trabajador (artículo 3.5 del ET), pueda no hacer uso de los derechos que legalmente le han sido reconocidos, sin más limitaciones que las que se deriven de los preceptos de Derecho Común reguladores de la disposición y renuncia de derechos (artículo 6, apartados 2.º y 3.º del CC).

Habida cuenta el carácter dispositivo de los mecanismos analizados, conviene referirse a los actos empresariales a través de los cuales se hace efectivo su ejercicio o por el contrario su renuncia. El empleador que, ante las circunstancias legalmente requeridas, decida hacer uso de su derecho a la compensación, deberá proceder de modo inmediato y a través de actos inequívocamente expresivos de su voluntad. De lo contrario, el mero transcurso del tiempo, la simple ausencia de ejercicio de la técnica compensatoria, se interpretarán como renuncia. Esta, sin embargo, es temporal, no convierte el beneficio no compensado en condición laboral definitiva, simplemente supone su mantenimiento mientras no se vuelva a presentar una nueva oportunidad compensatoria.

Las consideraciones realizadas acerca de los actos determinantes del ejercicio de la técnica neutralizadora evidencian la siguiente circunstancia: el consentimiento del trabajador no es necesario, basta con la concurrencia de los requisitos legales y de la voluntad empresarial. Esta conclusión, no discutida cuando la compensación se efectúe entre condiciones dinerarias, ha de ser objeto de reservas en aquellos supuestos en que la neutralización opere sobre condiciones in natura. La automaticidad relativa de la absorción -tan sólo atenuada por el juego de la voluntad del empleador- quiebra ante la ya denunciada ausencia de homogeneidad absoluta entre elemento absorbente y elemento absorbido.

Ciertamente, las resoluciones más recientes marcan una tendencia hacia la identificación del concepto de homogeneidad con el denominado equilibrio monetario de las prestaciones y, en definitiva, abogan a favor de la absorción de condiciones más beneficiosas en especie por incrementos salariales. No obstante, es preciso recordar que

esta teoría goza de un margen de acción estrecho. Todavía pesa la tradición jurisprudencial que hasta hace muy poco sostenía un criterio absolutamente opuesto.

Además, habrá supuestos en que, aún admitida la compensación de una condición más beneficiosa en especie con una mejora en metálico, la modificación contractual desencadenada o, mejor dicho, su entidad, determinarán la aplicación del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En estos supuestos, como se ha dicho, excepcionales, tendrá lugar una atenuación de la disponibilidad empresarial en el ejercicio de la neutralización y un mayor protagonismo del asalariado (artículo 41 del ET).

Las múltiples indemnizaciones contempladas por el ET -por despido u otras causas- se calculan sobre la base del salario efectivamente percibido por el trabajador al tiempo de producirse la circunstancia determinante de su devengo. El término salario, empleado por los preceptos reguladores de las indemnizaciones citadas, ha de interpretarse, también en estos supuestos, de conformidad con la definición legal proporcionada por el propio ET -artículo 26.1 ya comentado en páginas anteriores-. En consecuencia, a la hora de calcular eventuales indemnizaciones, habrán de valorarse las partidas percibidas por el trabajador in natura, por la prestación profesional de servicios laborales por cuenta ajena. Dicha valoración o cuantificación se efectuará de conformidad con las reglas en su momento descritas, siendo criterio general del proceso de conversión en términos monetarios la ponderación del exacto enriquecimiento patrimonial proporcionado al trabajador a través de la concreta entrega en especie efectuada.

Los Reales Decretos aplicables a las relaciones laborales especiales citadas -Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección y Real Decreto 1424/1985, igualmente de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio de hogar familiar- al contrario que el ET, al establecer las reglas de cuantificación de las indemnizaciones por cese de altos directivos y empleados de hogar se refieren, no ya al salario con carácter general, sino exclusivamente al salario en metálico.

En el ámbito de la relación de trabajo especial de alta dirección, una primera duda se plantea en torno al límite máximo de tal indemnización legal -seis mensualidades tanto en caso extinción del contrato por voluntad del empresario (artículo 11.1 del Real Decreto), como de desistimiento, con justa causa, del alto directivo (artículo 10.3), y doce en caso de despido declarado improcedente (artículo 11.2)-: pues, mientras unos defienden que dichas mensualidades han de ser del salario en metálico exclusivamente, otros, en cambio, consideran que se refieren a la totalidad del salario, en metálico y en especie. Así, si bien resulta más lógico -y más acorde también con una interpretación sistemática del texto legal- usar la misma magnitud para fijar el límite y la cuantía, que una magnitud para la cuantía y otra distinta para el límite, no falta quien califique la segunda de las alternativas propuestas como más convincente, “no sólo porque la expresión mensualidades es más genérica que la de salario y, además, no va acompañada de la expresión en metálico, sino porque, en caso contrario, sería todavía más exigua la indemnización en defecto de pacto.

Dicha restricción al salario en dinero, por lo demás, debe predicarse únicamente de las indemnizaciones legales descritas, en ningún caso es ésta extrapolable a las demás percepciones resarcitorias previstas reglamentariamente -por los propios Reales Decretos-, ni tampoco a las mejoras de tales pactadas en el ámbito colectivo o en el propio contrato de trabajo. Las remisiones al salario contenidas en las normas y pactos

citados -éstos últimos son particularmente frecuentes en los contratos de altos directivos en que se conocen como “cláusulas de blindaje- han de entenderse como remisiones al salario legal definido por el artículo 26 del ET y en consecuencia comprensivo no sólo del entregado en metálico sino también del materializado in natura.

Así, la indemnización sustitutiva del preaviso impuesto al empresario en caso de desistimiento, de cuantía equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido, comprenderá tanto el salario en metálico como en especie.

Del mismo modo, si bien el artículo 11.1 del Real Decreto 1382/1985 dispone que a falta de pacto [en caso, nuevamente, de extinción del contrato por desistimiento del empresario] la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio, ello no significa que en las indemnizaciones pactadas el salario deba ser entendido también de la misma forma, con una interpretación restringida del mismo, pues lo cierto es que la palabra salario contenida en los pactos debe entenderse referida siempre, salvo exclusión expresa, al concepto definido en el art. 26 del Estatuto de los Trabajadores (...) que comprende tanto la remuneración en metálico como en especie.

La cuantificación de la indemnización con base en el salario en dinero únicamente, con exclusión de las percepciones salariales en especie, no es una decisión generalizada del ordenamiento. Por ello, no hay razón para su extensión a cualquier fórmula de cuantificación indemnizatoria de la extinción del contrato.

Igualmente, y por razones similares a las expuestas, no cabe una interpretación extensiva del criterio restrictivo de cuantificación de indemnizaciones contenido en diversos preceptos, ya citados, del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto: tan sólo las legalmente previstas tomarán como base el salario en dinero exclusivamente, las demás,

previstas por el reglamento o pactadas inter partes, se calcularán atendiendo al salario en dinero y en especie.

Si bien el salario in natura debe, en todo caso, computarse a efectos indemnizatorios, dicho cómputo ha de efectuarse previa conversión de la especie en términos monetarios. Pues no prevé el legislador, como sí lo hace en materia salarial, el abono in natura de la indemnización. Al no compartir salario e indemnización idéntica naturaleza jurídica, lo previsto para uno no es de entrada aplicable a la otra, aun a pesar del estrecho vínculo existente entre ambas partidas. Tan sólo las reglas expresamente previstas por el legislador -artículo 56 del ET- permiten determinar la indemnización correspondiente al trabajador. La sustitución de la indemnización legalmente prevista por el abono de una partida in natura incluso podría calificarse de fraude de ley, tal aconteció en STCT de 9 de diciembre de 1986 (Ar. 13304) en que se pretendía la entrega al trabajador de un paquete de acciones a cambio del derecho a la indemnización que pudiese corresponderle por extinción del contrato de trabajo.

La declaración judicial o reconocimiento en conciliación de la improcedencia o nulidad de un despido genera el derecho del trabajador a percibir el importe equivalente a aquellos salarios que hubieran ingresado en su patrimonio de haber continuado prestando la actividad entre el momento en que se hizo efectivo el cese y aquel en que, tras privarse de eficacia la decisión empresarial, se reanuda nuevamente la actividad o se tiene, judicial o transaccionalmente, por definitivamente extinguido el contrato. Esta definición ha de considerarse nuevamente válida tras la llamada contra reforma operada por ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; no obstante, procede señalar la peculiaridad introducida por el texto citado en el artículo 56.2 del ET: la posibilidad de devengo de los salarios de trámite, además de en los supuestos clásicos ya señalados, desde la fecha del despido hasta la del depósito de la indemnización -que puede tener

lugar en cualquier momento-, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna.

La cuantía equivalente, grosso modo, a los salarios dejados de percibir, a pesar de denominarse comúnmente, y por el propio legislador, salarios de tramitación, no es de naturaleza jurídica incontrovertida. La diversa eficacia atribuida al acto de despido -extintivo o no- determinó la división de la doctrina: considerado extinguido el contrato de trabajo en la fecha misma del despido no cabe a posteriori devengo salarial alguno sino, todo lo más, abono de una indemnización compensatoria de la ruptura del vínculo contractual padecida; por lo contrario, subsistente la relación jurídica hasta la declaración judicial, o el reconocimiento en acto de conciliación, de la improcedencia o nulidad del despido, lo devengado es susceptible de calificación salarial.

Dichas posturas, a su vez, fueron objeto de matización, en caso de despido declarado improcedente, en función de la decisión empresarial final de readmitir al trabajador en la empresa o por lo contrario de indemnizarle. De este modo:

-De optar el empresario por la readmisión, ésta no se traducirá en la celebración de un nuevo contrato, sino en la reconstrucción, con efectos retroactivos al momento en que se produjo el despido, del inicial ya existente entre las partes, por lo que privado el despido de sus efectos, el contrato continúa su ejecución como si aquél no hubiera tenido lugar, considerándose que la prestación de trabajo no ha podido realizarse por la ilícita actuación del empresario que, colocado de este modo en situación de mora accipiendi, se convierte en deudor del salario correspondiente al período durante el cual el despido fue eficaz.

-En el segundo supuesto, en cambio, la extinción del contrato de trabajo se entiende producida en el momento mismo del despido, por lo que los salarios de tramitación, realmente, no son sino parte de la indemnización.

Asimismo, el despido declarado nulo -si bien determina, del mismo modo que el improcedente con opción empresarial por la readmisión, la reincorporación efectiva del trabajador a la empresa- ha sido objeto de particular atención. En dicho caso, afirman algunos autores, el despido ha carecido en todo momento de eficacia extintiva, por lo que la declaración judicial de nulidad no supone, como en caso de improcedencia, la reconstrucción o restablecimiento del vínculo laboral, simplemente ha de entenderse que la relación de trabajo no se ha interrumpido en ningún momento, que el ejercicio de la actividad no ha cesado y que el contrato surtió sus propios y peculiares efectos, entre ellos la obligación empresarial de proceder al pago de los salarios.

La atribución de una naturaleza jurídica diversa -salarial o indemnizatoria- en virtud del signo de la opción empresarial -readmisión o indemnización del trabajador respectivamente- plantea numerosos inconvenientes: por un lado, ello supondría que readmisión e indemnización -una y otra derivadas de la misma declaración de improcedencia- conllevaran, paradójicamente, consecuencias diversas; además, la sujeción de la naturaleza jurídica de un instituto a los términos de una opción dependiente de la voluntad de particulares -el empresario o el trabajador si éste es representante legal o delegado sindical- conforma una solución determinante de un elevado grado de inseguridad jurídica, como de todos es sabido, nefasta en todo caso. Finalmente, la atribución de naturaleza indemnizatoria a lo entregado en concepto de salarios dejados de percibir al trabajador no readmitido y en cambio de naturaleza salarial a esos mismos emolumentos en caso de trabajador readmitido, supone hacer de peor condición al primero, y no obstante más perjudicado, que al segundo, sobre todo, , en materia de seguridad social.

El TS, tras un período en que reconoció naturaleza salarial a los salarios de tramitación, en la actualidad, y no sin previos vaivenes, se decanta por su naturaleza indemnizatoria. Durante la primera etapa, encabezada por la sentencia de 9 de abril de 1984 (Ar. 2057), defendió la vigencia de la relación laboral y, asimismo, de la

obligación empresarial de pago de los salarios, durante la sustanciación del proceso por despido declarado improcedente⁶⁴⁰ y por supuesto nulo. Una interpretación literal del ET junto al hecho de la efectiva sujeción a cotización de los salarios de tramitación, permitían al TS, sostener la teoría de la reconstrucción o pervivencia del vínculo laboral aún después del acto de despido y, por ende, la naturaleza salarial de los salarios de tramitación.

La STS de 14 de julio de 1998 (Ar. 8544) supuso la modificación definitiva de la doctrina descrita: nunca [afirma la Sala], pueden [los salarios de trámite] ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial, pues éstos constituyen un concepto jurídico propio con vertientes que los asimilan a los salarios y a las indemnizaciones aunque con predominio del carácter indemnizatorio. La anteriormente trascendente sujeción a cotización es a partir de entonces conceptuada como reflejo de una mera faceta salarial que atempera, sin modificar, la naturaleza indemnizatoria intrínseca de los salarios de tramitación.

La base para la cuantificación de los salarios de tramitación -así como de la indemnización si hubiere lugar a ella- es el salario efectivamente percibido por el trabajador al tiempo de producirse el despido. Salario que ha de constar entre los hechos probados de la sentencia y que se determinará conforme la definición del artículo 26 del ET: por consiguiente, salario base y complementos salariales -salvo las horas extraordinarias-, en dinero o en especie, habrán de computarse a la hora de determinar el importe de los salarios de trámite.

Por lo que se refiere al salario in natura, su integración en los salarios de tramitación requiere de una previa operación de cuantificación específica para cada categoría de percepción, como ya se ha visto, tendente en todo caso a la determinación

del incremento patrimonial real proporcionado al trabajador a través de la entrega en especie. El salario en especie, por lo tanto, de cara a la determinación de la deuda empresarial en concepto de salarios de tramitación, del mismo modo que en materia de cálculo de las indemnizaciones, no ofrece más particularidad -o dificultad, habida cuenta la ausencia de reglas legales- que la de su ponderación y conversión en metálico.

De considerarse los salarios de tramitación auténticos salarios, su eventual abono en especie no presentaría obstáculos mayores. Al consistir en aquellos mismos salarios que debiera haber percibido el trabajador de no producirse la decisión injustificada de cese por parte del patrono, siempre y cuando las normas de aplicación al contrato de trabajo -colectivas o individuales- dispusieran un pago parcialmente in natura, también el abono de los de tramitación podría realizarse, salvaguardando las proporciones, en especie. Esto es, el empleador cumpliría con la obligación de pago de los salarios de tramitación pagando cuantía equivalente a los salarios en metálico dejados de percibir y manteniendo al trabajador, mientras no se declare judicial o transaccionalmente la nulidad o improcedencia del despido, en el disfrute de los bienes y servicios que integraran la parte in natura de su remuneración. A esta solución parecía referirse la STCT de 7 de marzo de 1974 (Ar. 1188), la cual precisaba que, de haber ocupado el trabajador la vivienda durante la tramitación del proceso, dicha percepción en especie no se computaría a la hora de determinar los salarios de tramitación en evitación de la duplicidad de beneficio que supondrían disfrute y abono por un mismo período.

Sin embargo, la modificación de la doctrina jurisprudencial en torno a la naturaleza de los salarios de tramitación -al afirmar su naturaleza indemnizatoria, a lo sumo mixta, pero en ningún caso salarial- excluye la posibilidad señalada. Los salarios de trámite, al igual que las indemnizaciones por extinción del contrato, no son susceptibles de abono in natura. A lo sumo el disfrute de una percepción en especie

durante la sustanciación del proceso supondrá la detracción de su valor de los salarios de trámite, pero esta operación -supuesto de la STCT anteriormente citada- es todo lo más numérica, se trata de una mera compensación de deudas de la que no cabe derivar consecuencias en el régimen jurídico de unas percepciones -los salarios de tramitación- esencialmente indemnizatorias cuyo abono debe, por esta razón, efectuarse en metálico.

Se incluyen entre las garantías salariales todos aquellos mecanismos ideados por el legislador a efectos de garantizar la efectiva percepción por el trabajador de sus salarios: fundamentalmente, privilegios crediticios y Fondo de Garantía Salarial.

Habida cuenta la naturaleza salarial propia de los salarios percibidos in natura es de esperar que los mecanismos citados operen sobre éstos del mismo modo que sobre el más común entregado en metálico. Tan sólo es precisa, una vez más, una previa cuantificación de los bienes, servicios o derechos disfrutados por el trabajador en pago de su salario. Cuestión que se resolverá de conformidad con las reglas de valoración en su momento analizadas.

Si bien las sentencias del TSJ de Madrid de 21 de febrero y 2 de octubre de 2001 (Ar. 779 y Ar. 4505, respectivamente) coinciden en la calificación de los beneficios derivados del ejercicio de opciones sobre acciones como salario en metálico y aplican idéntico procedimiento de valoración de dichos beneficios -equivalentes, según una y otra, a la diferencia entre el valor de mercado de las acciones y el precio consignado en el plan al cual fueron efectivamente adquiridas-, la imputación de la mencionada ventaja económica a períodos diversos acarrea soluciones opuestas de cara a la cuantificación de la indemnización por despido.

Al calcularse ésta en atención al salario percibido en el momento de producirse la extinción, es fundamental la determinación del período exacto que los mencionados beneficios remuneran. Mientras para la sentencia de 22 de febrero de 2001 es determinante la data en que el trabajador ejercita las opciones, por lo que es salario computable a efectos indemnizatorios la totalidad de los beneficios obtenidos como consecuencia de dicho ejercicio durante los doce meses anteriores al cese, la de 2 de octubre de 2001, por su parte, considera determinantes (...) el momento preciso en que se concedieron las opciones y el período durante el cual se devengaron. Esto es, mientras la primera resolución citada atiende exclusivamente al instante en que fueron ejercitadas las opciones, la segunda, por el contrario, atiende a la concreta prestación de trabajo que las stock options efectivamente retribuyeron.

El llamado período de carencia -que, como se recordará, transcurre entre el otorgamiento de las opciones y la apertura del plazo en que se autoriza su ejercicio- es aquél que, según la sentencia de 2 de octubre de 2001, es objeto de remuneración a través de las stock options. Por lo que, siguiendo el razonamiento de la resolución citada, tan sólo si la extinción se produce durante la anualidad que sucede a la finalización del período de carencia procederá la inclusión de los beneficios derivados del ejercicio de las opciones en el salario regulador a efectos de indemnización.

Diversos argumentos avalan la teoría sustentada por la más reciente sentencia del TSJ de Madrid: en primer término, la propia calificación salarial de los beneficios derivados del ejercicio de las opciones sobre acciones -que sin duda exige anudarlos a la concreta prestación de servicios objeto de remuneración-, en segundo lugar, la seguridad jurídica que se deriva de no hacer depender el monto de una indemnización de actos de particulares (en este caso, del ejercicio de las opciones por el trabajador-beneficiario).

Habida cuenta los específicos objetivos perseguidos con la entrega a los trabajadores de stock options -incentivación del personal y fomento de su permanencia en la empresa, además del puramente remuneratorio- los planes por los que se regulan, a menudo, vinculan a la extinción del contrato de trabajo la pérdida, por el trabajador, del derecho de opción previamente concedido, hubiese transcurrido o no el período de carencia estipulado. Tal previsión, además de resultar acorde con la naturaleza y fines de las opciones de compra sobre acciones, se halla respaldada por el principio de autonomía de la voluntad, a cuyo tenor han de respetarse, salvo vulneración de mínimos o principios básicos -como el de igualdad o de no discriminación- los términos del acuerdo alcanzado.

Ahora bien, a pesar de la aceptación de la regla general descrita, es preciso distinguir los siguientes supuestos: por un lado, las extinciones ajenas a la voluntad empresarial y, por otro, las extinciones efectuadas por decisión empresarial. Entre las primeras se hallan las extinciones producidas por voluntad del propio trabajador, así como las derivadas de muerte, jubilación e invalidez: si bien en caso de ruptura del contrato de trabajo por decisión del trabajador parece razonable la pérdida del derecho de opción -pues, además de no lograrse la finalidad de motivación, el trabajador incumple abierta y voluntariamente el requisito de permanencia exigido-, el carácter fortuito o involuntario de las demás circunstancias señaladas -muerte, jubilación e invalidez-, por el contrario, aconseja una solución distinta, por lo que numerosos planes configuran dichos supuestos como excepciones a la regla general más arriba señalada.

Procede, por lo demás, distinguir dos tipos de extinciones efectuadas por decisión empresarial: las ajustadas a derecho y las declaradas improcedentes. Despedido el trabajador-beneficiario procedentemente pierde todo sentido que se vendan acciones a

precio preferencial, pues, por causas ajenas al empresario legalmente tipificadas⁶⁶⁰, devienen imposibles los objetivos perseguidos con las stock options. Distinto parece ser el supuesto en que la extinción del contrato de trabajo a iniciativa del empresario es declarada improcedente: como en supuestos anteriores, las stock options aparecen desvirtuadas, no sirven ya al cometido para el que se constituyeron, no obstante, la ineficacia sobrevenida se debe en este caso a la actuación voluntaria del empresario, actuación por lo demás no ajustada a Derecho.

En tal sentido, el TSJ de Castilla y León (Valladolid), en sentencia de 10 de enero de 2000 (Ar. 570), previa calificación de las opciones sobre acciones como obligaciones condicionales, procedió a la aplicación del artículo 1119 del CC. Tal fue el razonamiento sustentado por la Sala: en principio para el válido ejercicio de la acción habría de cumplirse (...) la condición subjetiva laboral -que el empleado se mantenga en activo (...)-; mas en este caso la baja del actor no tuvo lugar por iniciativa suya o por causa imputable al mismo, sino que fue la propia e injustificada actitud de la empresa al despedirle, cuya improcedencia admitió en conciliación judicial, la que impide que aquél llegue a perfeccionar su derecho, debiendo pues tenerse por cumplido dentro del tiempo prefijado a tal fin el evento previsto como condición y a través del denominado cumplimiento ficticio, art. 1119 CC (...).

El propio TS, en recientes sentencias de 24 de octubre de 2001 (Ar. 2362 y Ar. 2363) y de 4 de febrero de 2002 reconoció el derecho del trabajador titular de opciones no consolidadas y despido improcedentemente, a ejercitarlas una vez abierto el plazo previsto al efecto, aun estando extinguido el contrato de trabajo. El despido improcedente constituye, a juicio del Supremo, una conducta unilateral de la obligada dirigida a impedir el ejercicio del derecho de opción, por lo que, ha de equipararse a aquellas causas ajenas a la voluntad del trabajador, como el fallecimiento, la incapacidad y la jubilación, en que, a pesar de la extinción del contrato de trabajo, se permite al titular o a sus herederos ejercitar la opción. El Alto Tribunal alcanza la citada

conclusión en base a lo dispuesto por el artículo 1256 del CC, pues considera que la empresa no puede unilateralmente dejar sin efecto el contrato de opción válidamente suscrito sin una causa contractualmente lícita y, menos aún, con causa reconocidamente no ajustada a derecho.

Tanto la alegación del artículo 1119 del CC, efectuada por el TSJ de Castilla y León, como la del artículo 1256 del CC, realizada por el TS, en ambos casos para atenuar, o anular, los efectos del despido improcedente sobre los pactos de opciones sobre acciones, merecen múltiples objeciones.

La pérdida del derecho de opción por el trabajador como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, como ya se indicó al inicio de este epígrafe, es razonable y lícita, habida cuenta las funciones específicas atribuidas a las stock options así como la vigencia del principio de autonomía de la voluntad. Por lo demás, el carácter accesorio del contrato de opción, con respecto al principal de trabajo, determina una inevitable relación de causa-efecto entre extinción del vínculo laboral por un lado y extinción de opciones sobre acciones por otro. Asimismo, si bien el despido es declarado no ajustado a Derecho, el empresario, al no readmitir el trabajador e indemnizarle, actúa de conformidad con una posibilidad brindada por la propia ley, por lo que su actuación no carece, como denuncia el Supremo, de apoyatura legal. Tan sólo en caso de dolo, fraude o abuso de derecho cabría recurrir al artículo 1256 del CC para permitir el ejercicio de las opciones después de la extinción del contrato de trabajo. Finalmente, la fijación por el legislador de los límites cuantitativos de la indemnización correspondiente al trabajador en caso de despido improcedente, así como la pérdida no indemnizada por los Tribunales de otros tantos derechos económicos en supuestos similares -por ejemplo, premios de antigüedad- impide el cómputo adicional, como indemnización por despido, de los perjuicios derivados del no ejercicio de opciones

XV. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES DERIVADOS DE LA PRECARIEDAD EN EL EMPLEO

Tradicionalmente, se ha considerado los factores físicos, químicos y biológicos como el foco de la amenaza para la salud de los trabajadores. Se ha venido reconociendo que estos factores son los causantes de la mayor parte de accidentes y enfermedades vinculadas al trabajo. Sin embargo, en la última década estamos asistiendo a un cambio de paradigma en el ámbito laboral que hace que surjan nuevos desafíos para la seguridad y la salud de los trabajadores.

Todos estos cambios suponen transformaciones importantes en la actividad laboral, en la forma de organizarla y en las propias empresas en las que esta se lleva a cabo. En este contexto, es imprescindible recordar que el empleo plantea demandas emocionales, intelectuales y sociales que deben ser igualmente protegidas y estudiadas para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

Uno de los primeros documentos oficiales e internacionales en abordar el tema de los factores psicosociales comienza por reconocer la complejidad del tema y propone la siguiente definición: Los factores psicosociales en el trabajo consisten en interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, puede influir en la salud, en el rendimiento y en la satisfacción en el trabajo (OIT, 1986: 3).

Estos factores generan la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo, es decir, crean un riesgo para la integridad y salud mental y psicológica de los trabajadores en una organización. A estos posibles danos les denominamos riesgos psicosociales. El estrés no solo depende del conjunto de factores que rodean el mundo del trabajo, sino que también juega un papel esencial la percepción de los individuos de esos factores y de la habilidad que poseen para adaptarse a los mismos.

Cuando la demanda del ambiente (ya sea laboral o extralaboral) es excesiva frente a los recursos de afrontamiento que posee el trabajador, se desarrolla un episodio de estrés en la que el individuo intentara generar más recursos para atender las demandas de la situación.

Autores como McGrath (1970) define el estrés como un desequilibrio sustancial percibido entre la demanda y la capacidad de respuesta del individuo bajo condiciones en las que le fracaso ante esta demanda posee importantes consecuencias percibidas.

Ante los agentes estresores las personas activan una respuesta fisiológica, psicológica y de comportamiento susceptibles de causar enfermedades tanto físicas como psicológicas; o en su caso, de potenciar enfermedades ya existentes por su carácter multifactorial. Según la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo (AEEMT) una de cada cuatro bajas laborales están asociadas al estrés laboral, y un 62 % de los trabajadores han aumentado su nivel de estrés en el último año debido a la crisis, una mayor carga de trabajo, ajustes de plantilla o a la incertidumbre laboral.

Los riesgos psicosociales han sufrido una evolución en su consideración, un reconocimiento progresivo. A pesar de ello, la intervención normativa en esta materia es aún insuficiente, aunque va adquiriendo cada vez más relevancia social.

Dentro del conjunto de tratados que forman el contenido fundamental del conjunto de la Unión Europea, encontramos relevante mencionar para este caso el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales.

En el tratado anteriormente mencionado, se desarrollan las políticas y acciones comunitarias y los principios que rigen las mismas. Dos de estos principios (art. 2 y 3.1 y p)) recogen el deber de la comunidad de promover un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente; la elevación del nivel y de la calidad de vida, y de la cohesión económica y social; como de establecer una política en el ámbito del medio ambiente y contribuir al logro de un alto nivel de protección de la salud.

Lo que la Comunidad pretende con sus acciones (art. 152.1) es garantizar un alto nivel de protección de la salud humana, previniendo enfermedades, evitando las fuentes de peligro, y apoyando la investigación, la información y la educación sanitarias. Asimismo, el art. 95.3 del mismo tratado nos dice que se tendrán en cuenta cualquier novedad basada en hechos científicos a la hora de actuar. Cabe destacar los fundamentos 11 y 12 de la sentencia de 15 de noviembre de 2001 del tribunal de justicia de la UE (ASUNTO C-49/00) que nos dice que: “Es preciso, asimismo, indicar que los riesgos profesionales que han de ser objeto de una evaluación por parte de los empresarios no están determinados definitivamente, sino que evolucionan de forma constante en función, especialmente, del desarrollo progresivo de las condiciones de trabajo y de las investigaciones científicas en materia de riesgos profesionales”.

Podemos deducir que el empresario no debe acotar su actividad preventiva únicamente a los riesgos físicos, biológicos y químicos tradicionales, sino que también

debe incluir acciones tendentes a proteger a los trabajadores de los riesgos psicosociales y ergonómicos emergentes en la sociedad contemporánea.

Los arts. 136 y 137, en semejanza con el derecho fundamental del derecho al trabajo respetuoso con la salud seguridad y dignidad reconocido en el art. 31 de la Carta de derechos Fundamentales de la UE establece, entre otros, los siguientes objetivos comunitarios: fomento del empleo, mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, dialogo social, y desarrollo sostenible y estable de los recursos humanos. Para su consecución, la UE se compromete a apoyar y complementar las actuaciones de los estados mediante iniciativas y evaluaciones, como de directivas que establezcan disposiciones mínimas que habrán de aplicarse de manera progresiva dependiendo de las circunstancias y reglamentaciones técnicas de los Estados miembros.

En este sentido, el 12 de junio de 1989 se aprobó la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Esta disposición obliga al empresario a proteger a sus trabajadores frente a los riesgos derivados del trabajo, garantizando la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, y en colaboración con los mismos trabajadores y/o sus representantes. De la misma manera, se establecen criterios o principios que deben regir la actividad preventiva (eliminación o reducción de los riesgos en su origen, protección colectiva frente a la individual, etc.); la exigencia de actividades de control (vigilancia de la salud de los trabajadores, actuación frente a las emergencias, investigación de accidentes, información y formación de los trabajadores, etc.); y la planificación de una prevención integral y conjunta teniendo en cuenta el tipo y magnitud de los riesgos existentes en la empresa.

La Constitución Española (CE) nos ofrece el punto de partida de los derechos de todos los ciudadanos, como también de la determinación de competencias entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas.

El precepto base de nuestro país reconoce a todos los ciudadanos el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y psíquica (art 15), como también el de respeto a la dignidad (art. 10). De igual forma, se reconoce el derecho a la salud (art. 43), y al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1). Para proteger estos derechos, los organismos públicos deben velar por la salud e higiene en el trabajo (40.2). De este último artículo se concluye que la responsabilidad de este ámbito recae en la Administración General.

Tanto la LPRL como el RSP intentan ofrecer una visión genérica e integradora del deber de protección de los trabajadores, superando una mirada tradicional que tiende a tener en cuenta únicamente los riesgos físicos, biológicos y químicos. El empresario debe garantizar la salud de sus trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo (14.2 LPRL) debiéndose integrar la actividad preventiva.

Tanto en los procesos técnicos, en la organización del trabajo y en las condiciones en que este se preste, como en la línea jerárquica de la empresa, incluidos todos los niveles de la misma (1.1 RSP). Se obliga a que esa protección se realice mediante la utilización de la evaluación de riesgos y la planificación de medidas (art 16.1 LPRL y art. 1.1. RSP), y a valorar los riesgos identificados utilizando criterios objetivos que proporcionen un resultado veraz. Para entenderse como tal el resultado debe sobrevenir de un procedimiento o método establecido en una normativa específica si lo hubiera, o en su caso, de normas UNE o internacionales, o de guías de entidades u organizaciones de reconocido prestigio (5 RSP). En este sentido, la evaluación de los aspectos psicosociales se enfrenta a dos obstáculos: la dificultad de identificar el factor del que provienen o por el que pueden ser causados y la inexistencia de métodos legalmente previstos para su correcta y completa evaluación.

Para garantizar la protección de los riesgos identificados la ley prevé que los servicios de prevención cuenten con al menos un técnico superior especialista en ergonomía y psicología aplicada (15.2 y 15.4 RSP). En cuanto al seguimiento de la correcta actuación preventiva y protectora de las empresas el arts. 29 y 30.4 RSP exige que las mismas sean auditadas cada cuatro años, y cada dos en los casos en los que la actividad sea especialmente peligrosa.

El ET reconoce en su art. 4.2.d) y 19.1 el derecho de los trabajadores a gozar de una adecuada y eficiente política de seguridad e higiene y a su integridad física. Para contribuir a dicha protección el empresario está obligado a formarlos adecuadamente en materia de seguridad e higiene, especialmente en los casos en los que se realicen cambios de puestos y/o se apliquen nuevas técnicas susceptibles de causar nuevos riesgos (art. 19.4). De la misma forma, se protege la dignidad del trabajador al establecerse los límites de actuación del empresario a la hora de tomar medidas de vigilancia y control (art 20.3).

El incumplimiento por parte del empresario de estos deberes podrá ser razón justificada para que el trabajador pueda solicitar la extinción de la relación contractual (art. 50.1.c)). En tal caso, el trabajador tendrá derecho a ser indemnizado como si de un despido improcedente se tratase (art. 50.2). Si el empresario así lo decidiese, podría optar por la readmisión del trabajador, teniendo éste último derecho en dicho proceso a los salarios de tramitación correspondientes (art. 56.1 y 2).

En cuanto a la representación colectiva, en el art. 85.1 se otorga a los sindicatos un papel importante de negociación en el ámbito económico, laboral y sindical, y en cualquier otra materia que afecte a sus condiciones y/o relaciones de trabajo, entendiéndose que los representantes legales tienen la capacidad de mejorar las disposiciones mínimas establecidas tanto en la LPRL como en el ET. De igual manera,

se contempla el derecho de los trabajadores de participar por medio de sus representantes legales en el centro de trabajo en la inspección y control de las medidas llevas a cabo por el empresario, siempre que no se cuenta con órganos o centros especializados en la materia.

La declaración del daño causado por factores de riesgo psicosocial como contingencia común o profesional constituye una de las problemáticas esenciales en la materia que estamos analizando. La proclamación de enfermedad profesional o accidente de trabajo dota al sujeto de derechos extraordinarios de los que no se goza en el caso de declararse la contingencia como común (accidente no laboral o enfermedad común), tales como bases reguladoras más elevadas y periodo de carencia innecesario a efectos de prestaciones, indemnizaciones por, recargo de prestaciones, etc.

En líneas generales el legislador entiende que el accidente de trabajo es «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena» (art. 115.1), presumiendo que es así salvo prueba en contrario (art. 115.3). Según esta definición los daños psicosociales no podrían ser declarados como tal, al no presentarse ninguna lesión corporal visible directamente.

El art. 116, por su parte, establece que la enfermedad profesional es la contraída por la ejecución del trabajo por cuenta ajena en las actividades especificadas por medio del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el nuevo cuadro de enfermedades profesionales. Mediante este RD se ha configurado una lista de actividad-causa-daño científicamente avalados y sin admisión de prueba en contra (presunción iuris et de iure). Podemos decir que esta lista está bastante enfocada al sector industrial, no incluyéndose en la misma ningún factor proveniente de procesos productivos, elementos organizacionales ni características palpables del trabajo. Ni siquiera se contemplan en el Anexo 2, en el que la lista tradicional supera sus limitaciones del enfoque tradicional de la prevención, y elabora una lista de

enfermedades sospechosas de conformidad a la Recomendación 2003/670/CE. Parece que la razón de su exclusión recae en carácter multifactorial de este tipo de riesgos.

En esta situación, debemos intentar encajar los daños derivados en alguna de las otras situaciones previstas por la ley, dado que la imposibilidad de consonancia con los supuestos anteriores nos llevaría a declararlos como enfermedad común (art. 117.2), o en su caso, como accidente no laboral (art. 117.1). Por lo general, la jurisprudencia vislumbra una tendencia a declarar los daños psicosociales como enfermedad de trabajo (pero no profesional) fundamentándose en el art. 115.2.e). A pesar de este reconocimiento, el trabajador se ve más vulnerable en el proceso judicial al tener que aportar pruebas que demuestren que la patología proviene únicamente de su labor por cuenta ajena.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, desarrollada para la instauración de una economía respetuosa con el medio ambiente y favorecedora del empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, recoge la intención de los organismos públicos de favorecer la colaboración con entidades de responsabilidad social y de reconocer la labor de las mismas (arts. 35 y 39). Esta Ley, que supone un avance considerable para el reconocimiento de la Responsabilidad social empresarial en nuestra sociedad, debe ser complementada por acciones que tiendan a crear una cultura de normalización de la responsabilidad de las empresas con la sociedad. Ejemplo de esas acciones podrían ser la elaboración de guías de Buenas Prácticas de RSE para cada sector económico y para Comunidad Autónoma, fomento de la divulgación de los valores y la cultura de la RSE, impulso de acciones informativas que permitan fortalecer la cultura de un consumo responsable de los ciudadanos como consumidores, y la Incorporación de la RSE en el diseño de los instrumentos y herramientas de apoyo a emprendedores.

XVI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 27 de febrero de 2014, el Juzgado de lo Social nº 5 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMANDO las demandas presentadas por Montserrat y Constanza, contra el AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, absuelvo a la demandada de los pedimentos de la demanda».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«PRIMERO: Constanza ha venido prestando sus servicios para la demandada, con categoría profesional de auxiliar administrativo de apoyo a los técnicos de orientación laboral, siendo el salario diario efectos de indemnización por despido de 73,43 euros y la relación contractual en base a los siguientes contratos:

Contrato de inicio 1.04.1998 hasta el 30.06.2000, programa Renova.

Desde 9.01.01 hasta el 8.01.02, programa Meta.

Desde el 18.03.2002 hasta el 19.01.2003, programa Meta.

Desde el 20.01.2003 hasta el 11.05.2003, programa Taller San Fernando.

Desde el 12.05.2003 hasta el 31.01.2004, programa Red Andalucía Orienta.

Desde el 2.02.2004 hasta el 31.07.2004, programa Red Andalucía Orienta.

Desde el 1.08.2004 hasta el 31.07.2005, programa Red Andalucía Orienta.

Desde el 1.08.2005 hasta el 30.04.2010, programa Red Andalucía Orienta.

Desde el 19.08.2010 hasta el 18.08.2011, programa Red Andalucía Orienta.

Desde el 26.09.2011 hasta el 25.09.2012, programa red Andalucía orienta.

SEGUNDO: Montserrat ha venido prestando sus Servicios para la demandada, con categoría profesional de técnico de orientación laboral, técnico medio, con un salario diario efectos de indemnización por despido de 99,89 euros y la siguiente relación contractual:

Desde el 10.02.2004 hasta el 31.07.2004, programa Red Andalucía Orienta.

Desde el 7.09.2004 hasta el 31.07.2005, programa Red Andalucía Orienta.

Desde el 1.08.2005 hasta el 30.04.2010, programa Red Andalucía Orienta.

Desde el 19.08.2010 hasta el 18.08.2011, programa Red Andalucía Orienta.

Desde el 26.09.2011 hasta el 25.09.2012, programa Red Andalucía Orienta.

TERCERO: La contratación de los demandantes efectuado con cargo a programas o proyectos vinculados con el empleo, subvencionados por la Junta de Andalucía a través de la Dirección General de Empleo.

CUARTO: Las demandantes han prestado sus servicios durante la vigencia de los diversos programas o proyectos que motivaron su contratación, desarrollando funciones relacionadas con los mismos, dándose por reproducidas las bases de convocatorias, ofertas genéricas, selección de personal e informe y decretos de contratación.

QUINTO: El ayuntamiento demandado ha resuelto la relación laboral que le unía con las trabajadoras mediante carta de finalización de contratos surtiendo los efectos de la finalización de la relación laboral el 25 septiembre 2012.

SEXTO: Las demandantes han agotado la vía previa mediante la presentación de las respectivas reclamaciones administrativas previas el 22 octubre 2012.

SÉPTIMO: Montserrat ha percibido prestaciones por desempleo desde el uno de mayo de 2010 hasta el 18 agosto 2010 y desde el 19 agosto 2011 hasta el 25 septiembre 2011 , y desde el 26 de septiembre de 2012.

Constanza ha percibido prestaciones por desempleo desde el uno de mayo de 2010 hasta el 18 agosto 2010 y desde el 19 agosto 2011 hasta el 25 septiembre 2011, y desde el 26 de septiembre de 2012 a 21 abril 2013 estando de alta para el Ayuntamiento de Sevilla desde el 22 abril 2013.

OCTAVO: Las actoras no ostentan la condición de representante legal de los trabajadores ni la ha ostentado durante el año anterior.

NOVENO: La demandada ha abonado a las actoras las cantidades de 4.065,12 euros a la Sra. Constanza y de 5.197,08 euros a la Sra. Montserrat, en concepto de la suma de las indemnizaciones por finalizaciones de contrato, que las demandantes han percibido».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D^a. Constanza y de D^a. Montserrat formularon recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla dictó sentencia en fecha 25 de junio de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando parcialmente los recursos de suplicación interpuestos por D^a Constanza y D^a Montserrat contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Social Número Cinco de Sevilla , en autos seguidos a instancias de las recurrentes contra el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, sobre despido, revocamos la sentencia recurrida estimando parcialmente las demandas interpuestas por las actoras, y debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido de las mismas, condenando a la entidad demandada a que, a su elección, por opción que deberá ejercitar deberá ejercitar mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, bien readmita a las actoras en sus puestos de trabajo con las mismas condiciones que tenía antes del despido, bien a que las indemnice en la cantidad de 6.571,99 € a D^a Constanza, y en la de 8940,16 € a D^a Montserrat, debiéndoles abonar además, en el caso de que opte por la readmisión, los salarios de tramitación hasta que aquella se produzca».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, la representación letrada de D^a. Constanza 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 Madrid, de fecha 4 de febrero de 2013 (rec. 4945/2012).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por el Ayuntamiento de Sevilla, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. 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. La cuestión suscitada en el presente recurso de casación unificadora guarda estrecha conexión con la resuelta en la sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 2016 (rcud. 310/2015), dictada en supuesto idéntico al de autos (mismo empleador -Ayuntamiento de Sevilla- y trabajadora en igual situación), y la dictada en rcud. 113/2015, pues en ellas se cuestiona la antigüedad computable a efectos de indemnización por despido, en caso de interrupción de la unidad esencial del vínculo, y se ha utilizado la misma sentencia de contraste que en el presente recurso (STSJ/Madrid 4 de febrero de 2013 -recurso 4945/2012 -).

2. Constituyen antecedentes de interés por lo que al presente recurso interesa, los siguientes: a) La demandante ahora recurrente, ha venido prestando servicios mediante sucesivos contratos de obra o servicio celebrados con el Ayuntamiento de Sevilla, desde el día 20/4/1998, con la categoría de auxiliar administrativo y cuya duración quedaba condicionada a la finalización de la obra o servicio; b) La contratación ha estado vinculada a los Programas de Orientación Profesional, subvencionados por la Consejería de Empleo y de la Junta de Andalucía. Existe una interrupción consistente entre el penúltimo contrato y el anterior, de casi cuatro meses- el periodo que media entre 30/4/2010 y 19/8/2010- y entre el penúltimo contrato, porque entre la terminación de este y el inicio del anterior, median 38 días, (los que van de 18/8/2011 y 26/9/2011); y, c) El Ayuntamiento de Sevilla comunica a la trabajadora la extinción de la relación laboral con efectos de 25/9/2012.

3. Impugnado el despido por la trabajadora recurrente (y otra), la sentencia de instancia desestima la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

4.- Frente a dicha resolución recurrieron ambas demandantes (la recurrente y otra), en solicitud de la antigüedad desde el inicio de la relación, sosteniendo el Ayuntamiento demandado la antigüedad desde la celebración del último de ellos. La sentencia ahora impugnada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 25 de junio de 2015 (Rec 1821/14), estima en parte los recursos de suplicación interpuestos por Doña. Constanza y otra, y revocando la sentencia recurrida, estima en parte las demandas interpuestas por las actoras, declarando la improcedencia del despido de las mismas, y condenando a la entidad demandada, a que a su elección, opte en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, entre readmitir a las actoras en sus puestos de trabajo con las mismas condiciones que tenía antes del despido, o las indemnice en la cantidad de 6.571, 99 € a Doña. Constanza, y en la de 8.940, 16 € a Doña. Montserrat (que se aquieta y no recurre en casación para la unificación de doctrina), y a que las abone además, en el caso de que opte por la readmisión, los salarios de tramitación hasta que aquella se produzca. Rechaza la sentencia que el vínculo contractual pueda remontarse hasta el inicio de la relación al existir una ruptura desde el 30/04/2010 - fecha de finalización de la última prórroga del contrato celebrado el 01/08/2006- hasta el 19/08/2010 - que fue cuando se celebró el siguiente contrato), lo que para la sentencia constituye un largo y significativo período de inactividad que impide apreciar la unidad esencial del vínculo contractual. Valora que dicho periodo de interrupción no coincide con vacaciones, enfermedad, maternidad de la trabajadora u otra causa que impidiera la prestación de servicios; y fija la antigüedad a tener en cuenta para el cálculo de las indemnizaciones por el despido calificado como improcedente en 19 de agosto de 2010, es decir, 111 días antes.

5. Contra dicha sentencia, recurre en casación unificadora la trabajadora, insistiendo en la reclamación de la antigüedad desde el inicio de la relación, al entender que no existe una ruptura significativa en la prestación de servicios. Aporta de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de febrero de 2013 (Rec. 4945/2012), que estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la actora

que desestimó su demanda de despido, y revocando la sentencia de instancia, declara la improcedencia del despido. En este caso se trata de una trabajadora que ha venido prestando servicios para el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, en virtud de sucesivos contratos temporales, el primero de ellos de 19/3/2001. En los hechos probados de la sentencia de contradicción consta en la sucesión de contratos temporales realizados con el Ayuntamiento demandado, una baja voluntaria con fecha 19/11/2006, hasta el siguiente contrato el 26/12/2006, y un periodo sin contratación entre el 25 de junio y el 1 de octubre de 2008. La sentencia de contraste considera que se acreditan los requisitos que exige la ley para la aplicación del artículo 15.5 ET, demostrándose la prestación de servicios de la actora para el mismo organismo contratante, Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, y para el mismo puesto de trabajo, en ejecución de una misma actividad, que forma parte de las competencias del Ayuntamiento. Por lo que declara el fraude en la contratación y califica el cese de despido improcedente. Concluye la sentencia de contraste, a los efectos del presente recurso unificador, que a efectos de computar la antigüedad de la actora con el Ayuntamiento demandado, habrá de retrotraerse al momento de la contratación inicial, pues no ha mediado un lapso temporal significativo en una relación de doce años, considerando que los que los reducidos intervalos de tiempo entre el segundo y tercer contrato, y entre el tercero y el cuarto, en ningún caso pueden considerarse como una interrupción de la relación laboral. Añade, que la nueva redacción del artículo 15.5 ET del Estatuto, permitiría una interrupción en la presentación de servicios incluso de 6 meses, por lo que, no mediando una interrupción formal mayor a los seis meses, a la hora de fijar la antigüedad se debe computar la de toda la cadena ocupacional.

6. A juicio de la Sala, concurre la existencia de la contradicción -con identidad sustancial de hechos fundamentos y pretensiones- que conforme al art. 219.1 LRJS ha de exigirse que medie entre las resoluciones judiciales a contrastar, como ya hemos resuelto en la sentencia ya señalada de 8 de noviembre de 2016 (rcud. 310/2015), y en la dictada en el rcud. 113/2015. En efecto, decíamos al respecto en el apartado 2 del fundamento jurídico segundo de dicha resolución que, entre las sentencias a contrastar media la sustancial identidad que comporta que sus fallos opuestos sean contradictorios en los términos que requiere el art. 219 LJS, en tanto que sus respectivas partes

dispositivas contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 07/07/16 -rcud 615/15 -; 12/07/16 -rcud 3314/14 -; y 19/07/16 - rcud 2258/14 -). Así, tanto en uno como en otro caso el contratante es Administración Pública -un Ayuntamiento-, los sucesivos contratos lo son con la misma categoría profesional y para la misma actividad -de competencia local-, habiéndose producido entre las contrataciones una misma interrupción contractual de aproximadamente cuatro meses, con la única diferencia de que en la decisión referencial había mediado también una interrupción voluntaria adicional de cinco semanas y de que la relación laboral había durado doce años. Diferencias que -como se desprenderá de nuestra exposición sobre la cuestión de fondo- no son trascendentes a los efectos de excluir la exigible contradicción.

SEGUNDO.- 1. Como ya ha hemos anticipado, la cuestión objeto de controversia en el presente recurso de casación unificadora, consiste en determinar la antigüedad computable a efectos de indemnización por despido, en caso -como aquí acontece- de interrupción de la unidad esencial del vínculo durante un período de 3 meses y 19 días, en una sucesión de contratos celebrados durante 14 años, que es período de tiempo que ha durado la relación laboral de la demandante con el Ayuntamiento demandado. Pues bien, esta cuestión ha sido resuelta por esta Sala de casación en el supuesto sustancialmente idéntico -incluso de menor duración de prestación de servicios- en la repetida sentencia 8 de noviembre de 2016 (rcud. 310/2015), y la que resuelve el rcud. 113/2015, a cuya doctrina debemos estar por motivos de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso unificador, por los argumentos que a continuación se indican. Como decíamos allí, en el fundamento de derecho segundo, tercero de dicha sentencia, razonábamos así:

"TERCERO.- 1.- Desde muy tempranamente, la doctrina de la Sala sostuvo que «[e]n el ámbito del Derecho del Trabajo es regla y principio general [...] que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe... la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que

se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal. La novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones [sucesivas] diferentes» (STS 12/11/93 - rco 2812/92 -).

Planteamiento que si bien inicialmente fue establecido a efectos retributivos del complemento de antigüedad y en los supuestos de ausencia de solución de continuidad, posteriormente también fue aplicado a la hora de determinar los servicios computables para calcular la indemnización propia del despido improcedente y se amplió a todos los supuestos en que pudiera apreciarse la unidad esencial del vínculo, de forma que -como recuerda la STS 08/03/07 rcud 175/04 , dictada en Sala General- «[e]l tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1.a. del Estatuto de los Trabajadores sobre la indemnización de despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma».

2.- Toda la cuestión de autos se reduce, pues, determinar lo que haya de entenderse por la interrupción «significativa» que lleve a excluir la «unidad esencial» del vínculo, cuya frontera -la de aquélla- si bien inicialmente fue situada en los veinte días del plazo de caducidad para accionar por despido, en los últimos tiempos se ha ampliado a periodos que carezcan de relevancia en relación con la duración total de los servicios prestados, como evidencia la casuística jurisprudencial reciente (así, 69 días naturales en la STS 23/02/16 - rcud 1423/14 -).

A los referidos efectos ha de indicarse que si bien es claro que no necesariamente la unidad del vínculo está ligada a la existencia de fraude de ley, pues parece innegable que pudiera apreciarse aquélla en la sucesión de contratos temporales perfectamente ajustados a derecho, no lo es menos cierto que la concurrencia de fraude parece que haya de comportar -razonablemente- que sigamos un criterio más relajado -con mayor amplitud temporal- en la valoración del plazo que deba entenderse «significativo» como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora. Máxime cuando -como ya observamos en la precitada STS 08/03/07 rcud 175/04- en

interpretación del Anexo a la Directiva 99/70/CE y en la lucha contra la precariedad en el empleo, la doctrina comunitaria ha entendido que aquella disposición de la Unión Europea «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales» (STJCE 04/Julio/2006, asunto «Adeneler»); doctrina que ciertamente ha de tenerse en cuenta, en tanto que resulta obligada la interpretación de la normativa nacional en términos de conformidad con el derecho y jurisprudencia de la Unión Europea (SSTS -por ejemplo- de 27/09/11 -rcud 4146/10 -; SG 08/06/16 -rco 207/15 -; y SG 17/10/16 -rco 36/16 -).

3.- Las precedentes consideraciones nos llevan a acoger el recurso de la trabajadora, como muy razonadamente informa el Ministerio Fiscal, habida cuenta de que nos hallamos en presencia de seis años de servicios prestados a virtud de contratación fraudulenta por parte de un Ayuntamiento [aquietado a tal pronunciamiento de la recurrida], en tanto que dirigida a satisfacer una actividad habitual y ordinaria del mismo, y que ni tan siquiera -la actividad- se acreditó concluida en la fecha del cese de la trabajadora, la cual -por otra parte- ya había adquirido en todo caso la cualidad de indefinida de la Corporación municipal, a virtud de las previsiones contenidas en el art. 15.5 ET respecto de la duración de las contrataciones temporales, «con o sin solución de continuidad»; acusada prolongación en el tiempo de una situación ilegal, que minora la relevancia de las dos interrupciones contractuales acaecidas, primero de algo más de tres meses y después de uno solo".

CUARTO.- 1. Las precedentes consideraciones nos llevan -de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal-, a casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de Suplicación interpuesto en su día por la ahora también recurrente, declarando que la indemnización por despido ha de calcularse teniendo en cuenta los servicios prestados desde el día 1 de abril de 1998, revocando la sentencia de instancia en este único aspecto. Todo ello sin que proceda pronunciamiento sobre costas (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 el Letrado D. José M^a Sequeiros Esteve, en nombre y representación de Doña Constanza, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 25-junio-2015, recaída en el recurso de suplicación 1821/2014 interpuesto por la ahora también recurrente y otra, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Sevilla, en fecha 27- febrero-2014 , en el procedimiento 1384/2012 y su acumulado 1389/2012, seguido contra el "Ayuntamiento de Sevilla", en reclamación por despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y estimando el recurso de suplicación interpuesto asimismo por la recurrente Dña. Constanza, contra la sentencia de instancia, la revocamos únicamente en cuanto a declarar que la indemnización por despido de la trabajadora recurrente, ha de calcularse teniendo en cuenta los servicios prestados desde el día 1º de abril de 1998, confirmando el resto de pronunciamiento del fallo de dicha sentencia. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MARZO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de la Federación de Servicios de CC.OO. se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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 nula, inhábil e ineficaz la decisión empresarial de no compensar a los trabajadores de tiempo completo los domingos y festivos voluntariamente trabajados, reconociendo su DERECHO, en virtud del acuerdo del 9/7/2012 firmado con el Comité de empresa a ser compensados los domingos y festivos trabajados con el

sábado siguiente al festivo o domingo trabajados, haciendo 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 15 de febrero de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por PULL AND BEAR ESPAÑA, S.A, y estimando la demanda interpuesta por la Federación de Servicios del Sindicato de CCOO, declaramos el derecho de los trabajadores que prestan servicios en jornada a tiempo completo y que trabajen voluntariamente en domingos o festivos, a librar el sábado siguiente a dichos días trabajados, de igual modo que lo hacen los trabajadores a tiempo parcial, por lo que debemos condenar y condenamos a la empresa referida a estar y pasar por esta declaración, y a realizar lo conducente para su total eficacia».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «1º. - El día 9 de julio de 2012 la demandada PULL AND BEAR ESPAÑA, S.A y el comité de empresa celebraron reunión, en la que aquella comunicó a la representación legal de los trabajadores que a partir del 15 de julio se iba a proceder a la apertura de todas las tiendas de la Comunidad de Madrid durante los 365 días del año, medida a la que el Sindicato CCOO mostró rotunda oposición por las causas que señala el acta extendida a tal fin. No obstante, se dice en dicho documento, "en aras a regular y no perjudicar las condiciones de los trabajadores y trabajadoras que sean afectados por esta decisión de la empresa, CCOO de forma cautelar y mientras se ve con los Servicios Jurídicos la posibilidad de adoptar Acciones Legales ACUERDA: Que lo festivos y domingos sean VOLUNTARIOS al establecer el convenio colectivo la jornada regular de lunes a sábado. La empresa manifiesta que se mantendrá esa voluntariedad. "En un siguiente punto, por el Sindicato referido se expone "que todos los trabajadores que trabajen voluntariamente en domingos y festivos LIBREN el sábado siguiente al festivo o domingo trabajado sea cual sea su jornada". Y continúa: "La empresa comunica que

mantienen la voluntad de que mientras la organización de las tiendas lo permita las libranzas intentarán que sean los sábados. La empresa valorará la opción de pasar el día de libranza al sábado siguiente".

2°. - El 22 de enero de 2013 la demandada y la representación legal de los trabajadores se reunieron nuevamente para tratar los puntos que figuran en el orden del día, figurando en el cuarto "evaluación de la apertura de los 356 días", en relación con el cual el comité de empresa indica que: "1.- Es viable la devolución de domingos y festivos en el sábado posterior de la realización del festivo, incluso en las tiendas de mayor afluencia y volumen de trabajo.

2°.- Esta devolución está siendo posible incluso sin el número de contratación del que se nos informó.

3°- No se respeta la voluntariedad de los domingos y en los casos de los tiempos completos, responsables y encargados, se impone por plantilla los que deben trabajar sin la posibilidad del cambio. 4°- Se les ha retirado la libranza de un sábado al mes, que se venía realizando por costumbre, o no se les permite la devolución del festivo realizado en el sábado posterior, siendo esto posible. Este comité se remite al acuerdo firmado en la reunión celebrada en julio del año 2012 en la que se estableció la voluntariedad de los domingos y festivos. Recordamos que este acuerdo afecta a la totalidad de los trabajadores con independencia de su jornada, puesto que de otra manera estos se verían discriminados. La empresa comunica que no va a devolver los festivos trabajados de los 40 en sábados por motivos organizativos de cada centro de trabajo. El comité manifiesta su disconformidad ya que en el acta de esa reunión se negociaban las condiciones de todos los trabajadores, no sólo los parciales, en la medida de lo posible".

3°.- Los trabajadores que prestan servicios a tiempo completo realizan jornada de 8 horas diarias durante cinco días, librando dos días y un sábado al mes. La jornada de los trabajadores a tiempo parcial es de seis horas diarias, y desde que se implantó la prestación de servicios en domingos y festivos, estos libran el sábado inmediatamente siguiente al domingo o festivo que han trabajado, no así quienes lo hacen a tiempo completo.

4º.- En la empresa demandada se aplica el Convenio Colectivo de Sector Comercio Textil, con ámbito territorial en la Comunidad de Madrid.

5º. - El presente conflicto colectivo afecta a todos los centros de trabajo de PULL AND BEAR, S.A de la Comunidad de Madrid.

6º.- Se celebró el acto de conciliación previo con resultado de intentado y sin efecto».

QUINTO.- En el recurso de casación formalizado por la representación de Pull & Bear España, S.A. se consignan los siguientes motivos: Primero .- Al amparo de lo previsto en el artículo 207 b), incompetencia o inadecuación de procedimiento, o subsidiariamente e) de la LRJS , infracción de las normas del ordenamiento jurídico, por vulneración de los artículos 2 , 9.1 y 9.5 en relación con lo establecido en los artículos 2 y 153 de la LRJS y 25 a) del RD-Ley de 4 de marzo de 1977 .

Segundo.- Al amparo de lo previsto en el artículo 207 e) de la LRJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico por vulneración de los artículos 1.281 y 1.283 del Código Civil.

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 interesar que se declare la procedencia del presente recurso.

Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente D. Rosa María Viroles Piñol se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de marzo de 2017. En dicho acto, la Magistrada Ponente señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastián Moralo Gallego.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. - Por la representación de la empresa Pull & Bear España S.A se interpone recurso de casación frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 15 de febrero de 2016 (proc. 849/2015), que declaró " el derecho de los trabajadores que prestan servicios en jornada a tiempo completo y que trabajen

voluntariamente en domingos o festivos, a librar el sábado siguiente a dichos días trabajados, de igual modo que lo hacen los trabajadores a tiempo parcial ", estimando la demanda de conflicto colectivo formulada por la Federación de Servicios del Sindicato CCOO en la que solicitaban que se reconociere el derecho de los trabajadores a tiempo completo, "en virtud del acuerdo del 9/7/2012 firmado con el Comité de empresa a ser compensados los domingos y festivos trabajados con el sábado siguiente ".

2. - Al amparo del art. 207 LRJS, en su letra b) por incompetencia o inadecuación de procedimiento, o subsidiariamente de la letra e), se formula el primero motivo del recurso que denuncia infracción de los arts.

2, 9.1 y 9.5, en relación con lo establecido en los arts. 2 y 153 de la LRJS y del art. 25 a) del Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977.

En un segundo motivo del recurso se denuncia infracción de los arts.1281 y 1283 del CC, pero como admite la propia recurrente, de forma complementaria a lo alegado en el motivo anterior respecto a la inexistencia de un acuerdo con el comité de empresa sobre la cuestión objeto del litigio, por lo que lo resolveremos conjuntamente al incidir sobre esa misma pretensión.

Dentro del primer motivo se plantean en realidad dos cuestiones distintas que merecen una respuesta diferenciada y que vamos a abordar separadamente.

De una parte se dice que el procedimiento de conflicto colectivo es inadecuado porque no estaríamos ante una verdadera controversia jurídica, sino ante un conflicto de intereses; y de otra, que la decisión empresarial consistente en reconocer esa modalidad de libranza a los trabajadores a tiempo parcial no supone una vulneración del derecho a la igualdad de trato de los trabajadores a tiempo completo, por cuanto prestan servicios en condiciones de horario y jornada diferentes y disponen de su propio régimen de descanso, lo que justificaría el desigual tratamiento.

SEGUNDO. 1. - Lo que la recurrente argumenta en primer lugar, es que la pretensión ejercitada en la demanda se corresponde en realidad con un conflicto de intereses, que no con un verdadero conflicto jurídico que pudiese plantearse a través del procedimiento de conflicto colectivo, porque no es cierto que se hubiere llegado a firmar ningún acuerdo con el comité de empresa del que se desprenda el derecho de los

trabajadores a tiempo completo a librar el sábado siguiente al domingo o festivo en que hubieren trabajado.

Sostiene a tal efecto el recurso que el petitum de la demanda y consiguiente pretensión de la parte actora se sustenta en el "acuerdo del 9 de julio de 2012", como literalmente se indica, que se corresponde con una reunión celebrada entre la empresa y la representación de los trabajadores en la que no se alcanzó ningún pacto en tal sentido, con lo que no puede atribuirse a su contenido la naturaleza jurídica de un acuerdo fruto de la negociación colectiva y de carácter vinculante.

2.- Tiene razón la empresa cuando afirma que en dicha reunión no se llegó a alcanzar ningún tipo de acuerdo respecto al modo de libranza del personal a tiempo completo.

La reunión tuvo lugar tras la implantación del nuevo régimen de aperturas de las tiendas los 365 días del año a partir del 15 de julio de 2012, y su objeto no era otro que negociar los efectos que esa decisión supondría en la jornada y horarios de los trabajadores.

Pero basta la lectura del indiscutido contenido del acta de la misma que refleja el hecho probado primero, para constatar que simplemente recoge los posicionamientos de una y otra parte sobre la cuestión en litigio, sin que en modo alguno contemple un concierto de voluntades al que pudiere atribuirse la naturaleza jurídica de un pacto con el que se reconozca el derecho de los trabajadores a tiempo completo a librar el sábado siguiente al trabajado en festivos.

Se indica literalmente en el acta: " Desde CCOO en Pull and Bear Madrid entendemos "que no existen motivos ni económicos ni organizativos que justifiquen las modificaciones". Ya que sus únicas consecuencias serán más precariedad y menos conciliación de vida laboral y personal. No obstante en aras a regular y no perjudicar las condiciones de los trabajadores y trabajadoras que sean afectados por esta decisión de la empresa, CCOO de forma cautelar y mientras se ve con los Servicios Jurídicos la posibilidad de adoptar Acciones Legales ACUERDA: Que lo festivos y domingos sean VOLUNTARIOS al establecer el convenio colectivo la jornada regular de lunes a sábado".

En lo que no es sino una manifestación unilateral de la postura del comité de empresa, sin que la utilización del término "ACUERDA" suponga un concierto de voluntades con la empresa, sino tan solo la expresión de lo petitionado por la representación legal de los trabajadores.

Recoge el acta la respuesta de la empresa a esa petición bajo la siguiente fórmula "La empresa manifiesta que se mantendrá esa voluntariedad." A continuación, y como se indica en los hechos probados, " En un siguiente punto, por el Sindicato referido se expone "que todos los trabajadores que trabajen voluntariamente en domingos y festivos LIBREN el sábado siguiente al festivo o domingo trabajado sea cual sea su jornada".

Petición a la que la recurrente responde: " La empresa comunica que mantienen la voluntad de que mientras la organización de las tiendas lo permita las libranzas intentarán que sean los sábados. La empresa valorará la opción de pasar el día de libranza al sábado siguiente".

3. - Estas manifestaciones de una y otra parte no suponen en modo alguno la concurrencia de un acuerdo de voluntades, sino la expresión de las pretensiones de cada una de ellas que constituyen el objeto de la negociación colectiva abierta para intentar llegar a un pacto sobre la cuestión en litigio con resultado infructuoso.

Como dispone el artículo 1261 del Código Civil " No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º) Consentimiento de los contratantes. 2º) Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º) Causa de la obligación que se establezca "; y en el mismo sentido, el artículo 1262 CC: " El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato".

Es fácil constatar que lo reflejado en el acta de esa reunión únicamente comporta el acuerdo sobre una cuestión muy concreta y específica, cual es la voluntariedad de trabajar en domingos y festivos, que la empresa acepta de forma expresa.

Sin que por el contrario se hubiere llegado a conseguir un concierto de voluntades sobre aquel otro punto que constituye el objeto de la pretensión ejercitada en la demanda de conflicto colectivo, esto es, que los trabajadores a tiempo completo que

voluntariamente trabajen en domingo o festivo tengan derecho a librar el sábado siguiente al festivo o domingo trabajado.

Sobre esta cuestión lo único que hace la empresa es manifestar su intención de valorar "la opción de pasar el día de libranza al sábado siguiente", sin añadir ninguna otra expresión de la que pudiese derivarse una aceptación de la petición formulada por el comité de empresa en tal sentido.

Ni la literalidad de lo reflejado en el acta de la reunión, ni la aplicación de ninguno de los criterios hermenéuticos de los arts. 1281 y siguientes del Código Civil, conducen al resultado de entender existente un acuerdo fruto del concierto de voluntades del que se derive el derecho de los trabajadores a tiempo completo a librar el sábado siguiente al festivo trabajado.

4.- Lo anteriormente razonado no supone rectificar la interpretación que pudiese haber realizado del Tribunal de instancia del acta que refleja el contenido de aquella reunión, sino, por el contrario, la ratificación el mismo criterio aplicado por la sentencia recurrida, que en el tercero de sus fundamentos jurídicos ha llegado acertadamente a ese mismo resultado de negar la existencia de un acuerdo, cuando señala que el sindicato demandante planteó la propuesta de librar el sábado siguiente al trabajado y de forma expresa concluye que esta "proposición que no fue aceptada por la empresa, limitándose a valorar la opción ofrecida por el Sindicato en este específico aspecto." Resulta con ello evidente que la propia resolución recurrida no admite la existencia de un pacto sobre la cuestión objeto del litigio en el punto concreto referido al derecho a librar al sábado siguiente del trabajo en festivos, lo que en fase de casación no admite discusión al no haber recurrido el sindicato demandante en favor de la tesis contraria.

5. - Pero aun así, y contra lo que sostiene el recurso, esto no comporta la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo.

Siendo cierto que no se llegó a ningún acuerdo- más allá de la voluntariedad del trabajo en domingo y festivos-, no lo es menos que desde entonces se viene produciendo una práctica empresarial consistente en permitir que los trabajadores a tiempo parcial libren el sábado siguiente a trabajar en festivos, que por el contrario niega a los que prestan servicios a tiempo completo.

Ante la indiscutida existencia de esa práctica empresarial se formula la demanda, en la que se interesa la extensión de esa misma decisión a los trabajadores, a tiempo completo.

Tal y como ha concluido la sentencia, es por ello adecuado el cauce del procedimiento de conflicto colectivo que al amparo de lo dispuesto en el art. 153 .1º LRJS permite plantear este tipo de pretensiones cuando versen sobre la interpretación de un pacto, acuerdo o convenio colectivo, pero también cuando estén referidas a una decisión o práctica empresarial de carácter colectivo que afecte a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, como es el caso de autos.

6.- Bien es verdad que la demanda parte del presupuesto de entender existente un acuerdo que habría sido incumplido por la empresa - hasta el punto de que llega a incluir esa circunstancia en el propio petitum como fundamento de la acción ejercitada-, pero no lo es menos que también alude a la supuesta existencia de un trato discriminatorio, desigual e injustificado entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, en detrimento de estos últimos.

Desde esta perspectiva jurídica deberemos concluir que el procedimiento de conflicto colectivo es el cauce procesal adecuado para el ejercicio de la pretensión contenida en la demanda, puesto que no se trata de un mero conflicto de intereses con el que se pretenda extraer un resultado no alcanzado en la negociación colectiva y ajeno a las consecuencias derivadas de los preceptos legales de aplicación frente a la práctica empresarial en litigio, sino de un verdadero conflicto jurídico sobre el alcance y efectos de las normas legales que los demandantes consideran aplicables, cualquiera que sea finalmente la respuesta que su pretensión merezca.

TERCERO.- 1 .- Recordemos que no se discute que el trabajo en festivo sea voluntario, ni tampoco que la empresa pudiese estar incumpliendo el régimen de jornada y descanso aplicable a los trabajadores a tiempo completo, sino que el objeto de la demanda es que se declare el derecho de los trabajadores a tiempo completo a librar el sábado siguiente al domingo o festivo en que hubieren prestado servicios, tal y como así lo hacen los contratados a tiempo parcial.

Una vez descartada la existencia de un pacto de cuya interpretación pudiere desprenderse lo peticionado en la demanda, deberemos analizar si ese mismo derecho en favor de los trabajadores a tiempo completo resulta de la decisión empresarial de reconocerlo a los trabajadores que prestan servicios a tiempo parcial, en la medida en que pueda suponer una desigualdad de trato entre ambos colectivos de trabajadores que vulnere el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Cuestión que la sentencia recurrida aborda en el sexto de sus fundamentos de derecho y resuelve finalmente en favor de la tesis de la empresa, para negar que con su actuación haya vulnerado el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución.

Razona lo siguiente: " ha de significarse seguidamente que la decisión de la empresa que se impugna no vulnera el art. 14 de la Constitución porque, propiamente, en el presente caso no entra en juego ninguna de las circunstancias señaladas en esta norma. Como apunta el Ministerio Fiscal, en el caso de que en el supuesto que se enjuicia se constate diferencia de trato, la cuestión ha de enmarcarse en el plano de la legalidad ordinaria, pues guarda conexión con un determinado aspecto de la organización del trabajo que si bien queda sin justificar por ausencia de prueba, según ya se ha indicado, no presenta indicio alguno de discriminación en los términos postulados en demanda y en el precepto constitucional referido. Debemos de recordar que, como señala la STC 34/1984 (EDJ 1984/34) "la exclusión de un principio absoluto de igualdad en el marco de las relaciones laborales entre sujetos privados «no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales".

Y sigue diciendo que "en la medida en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad".

No es necesario hacer un especial esfuerzo dialéctico para constatar que este razonamiento supone desestimar las alegaciones de la demanda en las que se sostiene que la actuación de la empresa supone una vulneración del derecho a la igualdad de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, en perjuicio - curiosamente- , de estos últimos.

Y puesto que el sindicato demandante no ha recurrido en casación, no podemos ahora revisar ese pronunciamiento para no incurrir en *reformatio in peius*.

2 .- Ahora bien, aun cuando la sentencia concluye que la empresa no ha infringido el derecho a la igualdad que consagra art. 14 de la Constitución , y pese a que anteriormente había negado la existencia de un acuerdo que obligase a la empresa a conceder a los trabajadores a tiempo completo el derecho a librar el sábado siguiente a trabajar en festivo, acoge sin embargo la acción de conflicto colectivo con el argumento que expresa en el quinto de sus fundamentos de derecho, con base a un razonamiento que resulta manifiestamente contradictorio con lo que luego expone en el siguiente fundamento jurídico que hemos reseñado anteriormente.

Se apoya para ello en el hecho de que la responsable de recursos humanos de la empresa manifestó que el descanso en el sábado siguiente al festivo solo era aplicable a los trabajadores a tiempo parcial por razones organizativas, sin exponer las circunstancias que pudieren justificar el que no se haya aplicado ese mismo criterio a los trabajadores a tiempo completo.

Tras lo que concluye que deberían de haberse ofrecido mayores explicaciones por parte de la empresa: "para que haya posibilidad de verificar si hay base legalmente fundada que justifique esta diferencia de trato entre ambos tipos de trabajadores. Cuando se aduce que concurren causas o circunstancias organizativas como base y fundamento de un distinto trato en el sistema de descansos para quienes trabajen en domingo o festivo según lo hagan a tiempo completo o a tiempo parcial, han de proporcionarse los datos y referencias detalladas en cuya virtud se ha adoptado una decisión de semejante signo, y no es dudoso que a la empresa le viene impuesto asumir la carga probatoria en tal sentido, pues así se lo impone el art. 217.3 de la LEC".

A lo que añade finalmente, que " si no se argumenta ni razona la base de la causa por la que se ha puesto en práctica el modo de compensación del trabajo en domingo o festivo, siendo insuficiente la explicación que se da al respecto, se impone dejar sin efecto la medida, dado que el acervo probatorio aportado al proceso en nada esclarece la cuestión. De un lado, el convenio colectivo aplicable no es medio de prueba que pueda resolver el conflicto, al tratarse de problemática que no viene regulada en dicha norma, y, por otra parte, tampoco los documentos unidos a los autos sirven para poder deducir la realidad de las razones organizativas alegadas como fundamento de la distinción de trato; finalmente, la declaración testifical se limita a dejar constancia del mero enunciado de la causa, sin más precisiones".

3. - No podemos compartir ese razonamiento, que en realidad supone aplicar - sin llegar a decirlo- las reglas sobre distribución de la carga de la prueba que los arts. 96.1 ° y 181 .2° LRJS reservan para los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, pese a que la propia sentencia niega de forma expresa como ya hemos puesto de manifiesto, que la empresa haya incurrido en infracción del derecho a la igualdad de trato, y sin que ni tan siquiera identifique cuales puedan ser esos supuestos indicios vulneradores del derecho a la igualdad que debieren obligar a la empresa a ofrecer mayores justificaciones de las razones por las que aplica un régimen de descanso diferente a los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, en perjuicio de estos últimos, más allá de constatar esa diferencia.

Recordemos en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia que recoge la reciente STC número 71/2016 de 14 abril en la que se reitera que " el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE , sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello ... También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o

desmedidos» (SSTC 200/2001, de 4 de octubre (RTC 2001, 200), FJ 4 y 88/2005, de 18 de abril (RTC 2005, 88), FJ 5, entre otras)".

En el mismo sentido la STC número 5/2007 de 15 enero, cuando dice que: " no toda desigualdad de trato supone una infracción de dicho precepto constitucional sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable. El principio de igualdad exige, pues, que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional (por todas, entre las más recientes y recogiendo precedente doctrina, SSTC 154/2006, de 22 de mayo [RTC 2006, 154], F. 4; y 214/2006, de 3 de julio [RTC 2006, 214], F. 2)".

Tras lo que esa misma sentencia señala " que el art. 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad (SSTC 34/1984, de 9 de marzo [RTC 1984, 34] , F. 2 ; ó 34/2004, de 8 de marzo [RTC 2004, 34] , F. 3, entre otras)." De igual manera que establece la STC 34/1984, de 8 de marzo, en la que se sustenta la recurrida para negar la vulneración del derecho a la igualdad de trato, cuando nos dice que: " el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional".

4.- El diferente tratamiento que la empresa concede en el caso de autos a los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo van en detrimento de estos últimos, lo que es muy relevante destacar por las connotaciones de discriminación indirecta en

razón de sexo prohibida por el art. 14 de la Constitución que puedan asociarse a la contratación a tiempo parcial, al ser una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, por estar estadísticamente acreditada la realidad sociológica que demuestra que implica una proporción mayor de mujeres que de hombres, (STC 253/2004 de 22 de diciembre; STS de 23-2-2009, rec.1299/2008 , y las que en ella se citan de 10/7/ 2007; 16/10/2007; 11 /6 / 2008).

Lo anterior supone que no estamos ante un supuesto en el que concurran posibles causas de discriminación en la actuación de la empresa.

Distinto podría ser en el caso contrario, esto es, si la actuación de la empresa incidiera de forma negativa en el colectivo de trabajadores a tiempo parcial, lo que podría dar pie a considerar probada la concurrencia de indicios de discriminación indirecta por razón de sexo.

Dicho eso, estamos en el territorio jurídico del derecho a la igualdad de trato entre ambas clases de trabajadores, que no puede conducir al resultado pretendido en la demanda y alcanzado en la sentencia recurrida, porque resultan manifiestas las diferencias existentes entre ambos colectivos que impiden considerar cualquier posible identidad que pueda servir como referente en la comparación entre uno y otro en materia de jornada y descanso laboral, lo que justifica suficientemente el diverso tratamiento aplicado por la empresa en esta materia, cuando la característica distintiva más relevante de la modalidad contractual de cada uno de ellos reside precisamente en la desigual jornada de trabajo para la que han sido contratados, con la consecuente desigualdad en su régimen de trabajo y descanso.

La contratación a tiempo parcial se justifica en la necesidad que tiene la empresa de cubrir unas específicas y singulares exigencias productivas y organizativas para completar las jornadas de quienes prestan servicios a tiempo completo, y en esta misma circunstancia va de suyo que se les deba aplicar un régimen de descanso diferente.

Como en el presente supuesto se indica en los hechos probados, los trabajadores a tiempo completo disponen de su propio régimen de descanso, en el que realizan una jornada de 8 horas diarias durante cinco días y libran dos días y un sábado al mes, mientras que los trabajadores a tiempo parcial no se rigen por esas mismas reglas.

No podría por lo tanto calificarse en ningún caso de arbitraria la actuación de la empresa cuando aplica a cada uno de estos colectivos un diferente tratamiento en la organización de los descansos generados por el trabajo voluntario en festivos, gestionando conforme a sus facultades de dirección y organización empresarial el calendario de unos y otros en la forma en la que considera más adecuada para ajustar las diferentes jornadas de trabajo a sus necesidades productivas, cuando no hay ninguna norma legal o pactada que imponga un tratamiento igualitario de una situación contractual que es en sí misma desigual en materia de jornada y descansos, justamente, por la causa que sirve de base y es consustancial a la contratación de los trabajadores a tiempo parcial.

Admitir lo contrario es tanto como exigir a la empresa que justifique desde esa perspectiva jurídica las causas organizativas de todas y cada una de sus decisiones por el mero hecho de que afecten a colectivos distintos de sus trabajadores, incluso cuando no concurrieren indicios de vulneración de derechos fundamentales, ni se trate tampoco de introducir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo preexistentes.

Si no se ha establecido mediante pacto o convenio colectivo, tampoco hay razón legal para que los trabajadores a tiempo completo puedan reclamar, a modo de espiguelo, que se les hagan extensivas aquellas condiciones de trabajo que aisladamente consideradas estimen más beneficiosas de entre todas las que aplique la empresa a quienes prestan servicios a tiempo parcial, cuyo régimen de jornada y descanso será necesariamente diferente por la propia naturaleza de su modalidad contractual, lo que puede dar lugar a que algunas de sus particulares condiciones laborales en esta materia resulten en cierta manera mejores si se valoran separadamente del resto y no en función del conjunto del marco global de los diferentes derechos y obligaciones que en cuestiones de jornada y descanso resulta de aplicación a ese colectivo.

CUARTO.- Lo anteriormente razonado, y de conformidad con el Ministerio Fiscal, conlleva la estimación del recurso de la empresa. Sin que haya lugar a la imposición de costas a tener de lo preceptuado en el art.235 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 interpuesto por la representación de PULL & BEAR ESPAÑA S.A., contra la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de febrero de 2016 , en el procedimiento 849/2015, seguido en virtud de demanda de conflicto colectivo formulada contra la recurrente por la representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS de CCOO, casar y anular dicha resolución, y desestimar en su integridad la demanda y absolver a la empresa de las pretensiones ejercitadas en su contra. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excm.a Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la LEC, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación 83/2016, para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, y como se desarrollará en la consideración "cuarta", en el hecho que no se trate en plano de igualdad a los trabajadores a tiempo completo respecto a los contratados a tiempo parcial en similares circunstancias a efectos de compensación de los domingos y festivos voluntariamente trabajados.

Baso el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas: PRIMERA.- Por la representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS, se presenta demanda de Conflicto Colectivo, frente a la empresa PULL & BEAR SA., en la que se interesa se declare "nula, inhábil e ineficaz la decisión empresarial de no compensar a los trabajadores de tiempo completo los domingos y festivos voluntariamente trabajados, reconociendo sus derecho, en virtud del acuerdo del 9/7/2012 firmado con el Comité de empresa a ser compensados los domingos y festivos trabajados con el sábado siguiente al festivo o domingo trabajados". Entienden los demandantes que no existe causa objetiva ni razonable que

justifique el trato diferenciado que la empresa proporciona a los trabajadores a tiempo completo respecto a los trabajadores a tiempo parcial.

SEGUNDA.- La sentencia objeto del presente recurso de casación, es la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 15 de febrero de 2016 (proc. 849/2015), cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimamos la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por PULL AND BEAR ESPAÑA, SA, y estimando la demanda interpuesta por la Federación de Servicios del Sindicato de CCOO, declaramos el derecho de los trabajadores que prestan servicios en jornada a tiempo completo y que trabajen voluntariamente en domingos y festivos, a librar el sábado siguiente a dichos días trabajados, de igual modo que lo hacen los trabajadores a tiempo parcial", condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración. La Sala de instancia funda su resolución en la inexistencia de base legalmente fundada que justifique la diferencia de trato entre los dos colectivos de trabajadores, y ante la inexistencia de razonamiento por parte de la empresa sobre la causa por la que se ha puesto en práctica el modo de compensación y la diferencia de trato resultante.

TERCERA.- 1.- Contra la referida sentencia interpone recurso de casación la empresa PULL & BEAR ESPAÑA SA, articulando dos motivos de recurso: 1.- El primer motivo de recurso se formula al amparo del art. 207 b) de la LRJS por incompetencia o inadecuación de procedimiento; o subsidiariamente del art. 207 e) de la LRJS por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, por vulneración de los arts. 2, 9.1 y 9.5 en relación con lo establecido en los arts. 2 y 153 de la LRJS y 25 a) del RD-L. de 4 de marzo de 1977.

Entiende la recurrente que estamos ante un conflicto económico o de intereses, y no jurídico, por lo que no es competente la jurisdicción social para el conocimiento del mismo, ni adecuado el procedimiento.

Como recuerda esta Sala en la STS. de 4-noviembre-2010 (rco. 64/2010), con referencia a la STS de 9 de noviembre de 2009 : "Entre las numerosas ocasiones en las que esta Sala se ha ocupado del tema relativo a la adecuación o inadecuación del proceso de conflicto colectivo, regulado en los arts. 151 y siguientes de la LPL,

podemos citar por todas - como dos de las más recientes- nuestras Sentencias de 5 de noviembre de 2008 (rec. 178/07) y de 7 de abril de 2009 (rec. 56/08), en cuyo fundamento jurídico 2º se razona en los siguientes términos: Aunque coincidentes en la doctrina que sientan, son diversas las fórmulas empleadas por la Sala para caracterizar el procedimiento de Conflicto Colectivo. Así, en ocasiones se ha dicho que tal proceso especial implica: (1º) la existencia de un conflicto actual; (2º) el carácter jurídico del mismo, diferenciándose así del conflicto de intereses; y (3º) su índole colectiva, entendiendo por tal no la mera pluralidad de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto dotado de homogeneidad que representa de un interés general (en este sentido, las SSTS 25/06/92 -rco 1706/91 -; 17/06/97 -rco 4333/96 -; 24/04/02 -rco 1166/01 -; 05/07/02 -rco 1277/01 -; 17/07/02 -rco 1299/01 -; y 12/06/07 -rcud 5234/04-). Con expresión más reiterada, también se afirma que el Conflicto Colectivo se define por la conjunción de dos elementos: 1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, «entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad». 2) Otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como «indivisible, correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros», o como «un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general» (recientemente, SSTS 16/05/07 -rcud 36/06 -; 21/06/07 -rco 126/06 -; 12/07/07 -rco 150/06 -; 07/11/07 -rco 32/07 -; 19/02/08 -rco 46/07 -; 10/06/08 -rco 139/05 -; 27/06/08 -rco 107/06 -; y 17/07/08 -rco 152/07 -). Y con definición menos usual, pero no menos expresiva, se indica que es «generalmente admitida, por la doctrina y la jurisprudencia, la exigencia, en el proceso de conflicto colectivo, de tres elementos: interés debatido -de carácter colectivo, general e indivisible-; subjetivo -afección indiferenciada de trabajadores-; y finalístico -admisión de los conflictos jurídico o de interpretación y exclusión de los de intereses o de innovación-» (SSTS 24/02/92 -rco 1074/91 -; y 07/02/06 -rco 23/05 -).- Asimismo, esta Sala es constante al afirmar que el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el

procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante o de una práctica o decisión de empresa que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Y ello es así porque «al igual que en los conflictos individuales puede haber un momento colectivo (inicial) que se identifica con la interpretación de una regla general, en los conflictos colectivos divisibles hay también un momento (posterior) individual o plural en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto, como muestra claramente el art. 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 » (reproduciendo la STS 25/06/92 -rco 1706/91 -, prescindiendo de muchas otras, las recientes sentencias de 22/03/07 -rco 114/05 -; 21/06/07 -rco 126/06 -; 12/07/07 -rco 150/06 -; 27/06/08 -rco 107/06 -; y 17/07/08 -rco 152/07 -).

(...) Pero igualmente, bajo la denominación de conflicto colectivo, muchas veces se introducen otras cuestiones que el legislador quiso dejar fuera de este procedimiento, como son los conflictos de intereses, por lo que, si el conflicto colectivo se caracteriza, en base a esos dos aspectos subjetivo y objetivo dibujados, cuando se trata de diferenciarlo con el conflicto de intereses, de acuerdo con lo que dispone el artículo 151 del TRLPL , deberemos introducir otro elemento clarificador, el aspecto finalista (STS de 9 de noviembre de 2009 y 26 de mayo de 2009), o dicho de otra manera, deberemos tener en cuenta cual es el fin perseguido, de tal forma que mientras que el conflicto colectivo alude a la existencia de una controversia que puede ser solventada aplicando una norma, el conflicto de intereses o económico no puede ser solventado en base a la aplicación de una norma sino que se debe resolver a través de la voluntad negociadora de las partes, que no puede ser suplantada en ningún caso por ningún Juez ni Tribunal.

En el presente caso, y de acuerdo con la solución del voto mayoritario aunque precisando los razonamientos, nos encontramos ante un conflicto colectivo jurídico, y no de intereses o económico, que se contrae a que se reconozca a los trabajadores que prestan servicios en jornada a tiempo completo y que trabajen voluntariamente en domingos y festivos, el derecho a librar el sábado siguiente a dichos días trabajados, de igual modo y en plano de igualdad a como lo hacen los trabajadores a tiempo parcial, cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción social. Se trata en el mismo, y,

esto es esencial a los efectos de determinar a quién corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional, de examinar y decidir sobre una pretensión formulada por el Sindicato demandante relativa a un grupo genérico de trabajadores y promovida "dentro de la rama social del derecho", para lo cual es competente, conforme al art. 1 LRJS, la jurisdicción del orden social, tanto en los conflictos individuales como colectivos.

Y este conflicto jurídico, ha de tramitarse, como se ha hecho, conforme a las normas establecidas para el proceso de conflicto colectivo regulado en el art. 153 y sgs. de la LRJS, al versar sobre la interpretación o aplicación de normas. Y contrariamente a cuanto señala el recurrente, ha de rechazarse que nos encontremos ante un conflicto económico o de intereses, pues no persigue la modificación o dar contenido a norma preexistente, sino el alcance o incidencia de un acuerdo colectivo, para todo lo cual es competente la jurisdicción social conforme a lo dispuesto en el art. 9.5 LOPJ y 1, 2 y 153 LRJS.

Dentro de este primer motivo de recurso, denuncia el recurrente la aplicación indebida del principio de igualdad, por cuanto nos encontramos ante dos colectivos de trabajadores (a tiempo completo y a tiempo parcial), cuya realidad es completamente distinta. Es aquí donde radica mi discrepancia respecto al voto mayoritario.

El voto mayoritario, aceptando el parecer de la empresa de que la pretensión vertida en la demanda, se sustenta en el "acuerdo del 9 de julio de 2012", que se corresponde con una reunión celebrada entre la empresa y la representación de los trabajadores, señala que no hubo acuerdo ni pacto alguno. Ello deviene aquí y ahora intrascendente, cuando seguidamente a esa denominación que se hace de "reunión", la Sala acepta -con independencia de la terminología que se utilice- que lo allí tratado se viene aplicando por la empresa, señalándose en un pasaje de la sentencia que "es fácil constatar que lo reflejado en el acta de esa reunión únicamente comporta el acuerdo sobre una cuestión muy concreta y específica, cual es la voluntariedad de trabajar en domingos y festivos, que la empresa acepta de forma expresa", circunstancia que no se cuestiona, pero lo que aquí interesa es que se acepta la existencia de un "acuerdo", aceptándose por otro lado, que desde su fecha "se viene produciendo una práctica empresarial consistente en permitir que los trabajadores a tiempo parcial libren el sábado siguiente a trabajar en festivos, que por el contrario niega a los que prestan

servicios a tiempo completo" Tal circunstancia debidamente acreditada, evidencia un trato discriminatorio, desigual e injustificado entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo en detrimento de estos últimos.

No obstante ello, la sentencia en su voto mayoritario, entiende que no se vulnera el derecho a la igualdad del art. 14 CE , y que las reglas sobre distribución de la carga de la prueba se reservan para los supuestos de vulneración de derechos fundamentales; afirmación en la que discrepo por entender que nos encontramos ante una vulneración del derecho a la igualdad, que como tal comporta la vulneración de un derecho fundamental, por lo que acreditados los indicios de tal vulneración, correspondía a la empresa aportar la justificación a tal actuar, lo cual no ha efectuado. Ciertamente es que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, ni toda desigualdad supone una infracción del mandato constitucional.

Aun partiendo de la realidad diferente de la contratación a tiempo completo y la contratación a tiempo parcial, ha de llegarse a la conclusión de instancia, pues no se aporta razón alguna objetiva ni dato que justifique la diferencia de trato de los trabajadores a tiempo completo respecto de aquellos a tiempo parcial en relación a las libranzas, al igual que tampoco se aporta justificación alguna de la realidad de las alegadas razones organizativas, por lo que la decisión empresarial de no aplicar el acuerdo cuestionado a los trabajadores que prestan sus servicios a tiempo completo, resulta contraria al principio de igualdad.

La sentencia en su voto mayoritario, argumenta la inexistencia de discriminación o de trato desigual, en la inexistencia de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, asociando la contratación a tiempo parcial predominantemente con el sexo femenino. Es obvio que tal cuestión no es objeto de recurso ni de debate, por lo que tampoco lo ha de ser en la resolución del mismo, que ha de centrarse y limitarse a la cuestión planteada. 2.- El segundo motivo de recurso, se formula al amparo del art. 207 e) de la LRJS, "por infracción de las normas del ordenamiento jurídico por vulneración de los artículos 1281 y 1283 del CC". Como recuerda la STS/IV de 18 de enero de 2014 (recurso de casación 123/2013), ".....en orden a la interpretación de los convenios colectivos esta Sala tiene declarado, entre otras en las SSTs/IV 5-abril-2010 (rco 119/2009), 15-junio-2010 (rcud 179/2009), 17-junio-2010 (rcud 97/2009) y 11-

noviembre-2010 (rco 239/2009) que: " a) el carácter mixto del Convenio Colectivo - norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- determina que 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 (así, recientemente, SSTs 03/12/08 -rco 180/07 ; 26/11/08 -rco 139/07 ; 21/07/09 -rco 48/08 ; 21/12/09 -rco 11/09 ; y 02/12/09 -rco 66/09); b) la interpretación de un Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (así, SSTs 16/01/08 -rco 59/07 ; 27/06/08 -rco 107/06 ; 26/11/08 -rco 95/06 ; y 21/12/09 -rco 11/09), junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (por ejemplo, SSTs 26/11/08 - rco 95/06 ; 26/11/08 -rco 139/07 ; y 27/01/09 -rcud 2407/07); y c) las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical; o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes (aparte de otras muchas, SSTs 16/01/08 -rco 59/07 ; 26/11/08 -rco 95/06 ; 26/11/08 -rco 139/07 ; 03/12/08 -rco 180/07 ; 21/07/09 -rco 48/08 ; 21/12/09 -rco 11/09 ; 02/12/09 -rco 66/09)"; y, B) Igualmente, viene reiterando esta Sala -sentencia de 16 de septiembre de 2013 (recurso de casación 75/2012), con cita de las sentencias de 15 de septiembre de 2009 (recurso casación 78/2008), 25 de septiembre de 2008 (rec. casación 109/2007) y 27 de noviembre de 2008 (rec. casación 99/2007) que "es doctrina constante de esta Sala la 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". Así se han pronunciado las sentencias de 12 de noviembre de 1993, 3 de febrero del 2000, 27 de abril del 2001 y 16 de diciembre del 2002. Debiéndose destacar así mismo que las sentencias de 20 de marzo de 1997 y 16 de diciembre del 2002 han 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 "; y, En aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado, esta Sala comparte por razonable la interpretación de la Sala de instancia, en relación al acuerdo de julio de 2012, pues efectivamente, no se ha aportado razón alguna objetiva que justifique un trato diferente entre los colectivos de trabajadores (a tiempo completo y a tiempo parcial) en relación a las libranzas de domingos y festivos objeto de controversia, por lo que de mantenerse tal interpretación, y en su consecuencia desestimar el motivo de recurso. Por todo ello, se imponía la desestimación del recurso, visto el informe del Ministerio Fiscal, y la confirmación de la sentencia recurrida.

Es en el sentido expuesto que discrepo del voto mayoritario. Madrid, 28 de marzo de 2017 PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastián Moralo Gallego, así como el voto particular que formula la Excmo. Sr. Magistrada D. Rosa María Viroles Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por D. Santiago Mariscal Estruga, en nombre y representación de DHL FREIGHT, S.L., se presentó demanda en materia de VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, 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: «estimando íntegramente la presente demanda, se declare la vulneración del derecho al honor a DHL FREIGHT, se estime el abono de la indemnización por daños morales que se solicita y se ordene el cese del comportamiento del sindicato CNT por infringir el derecho al honor de DHL FREIGHT, obligando a la parte demandada a estar y pasar por esta 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 18 de diciembre 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 tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, promovida por DLH FREIGHT SPAIN, SL contra CNT SINDICAT D'OFICIS VARIS DE BARCELONA, adherida a la CONFEDERACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO, desestimamos las excepciones de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia y falta de acción y desestimamos la demanda antes dicha, por lo que absolvemos a CNT SINDICAT D'OFICIS VARIS DE BARCELONA de los pedimentos de la demanda».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO .- El 2-03-2015 DON Rosendo; DON Víctor y DON Luis Carlos , quienes estaban contratados formalmente por C&J GRUPO HANDLING, SL, interpusieron denuncia por cesión ilegal contra las empresas DHL y C&J ante la Inspección de Trabajo.- SEGUNDO.- El 9-03-2015 CNT SINDICAT D'OFICIS VARIS DE BARCELONA notificó a DHL la constitución de una sección sindical con fecha 16-02-2015, compuesta por los tres trabajadores mencionados, cuyo delegado sindical era DON Rosendo . - El 9-03-2015 DHL desestimó dicha medida, por cuanto los trabajadores mencionados no eran empleados suyos.- TERCERO .- El 9-03-2015 dichos trabajadores interpusieron demanda contra ambas empresas, en las que reclamaban la concurrencia de prestamismo laboral, así como determinadas cantidades. - El 25-03-2015 interpusieron nueva demanda en la que reclamaban la concurrencia de prestamismo laboral, así como otras cantidades.- CUARTO. - El 25-03-2015 C&J

notificó a los trabajadores citados más arriba la extinción de sus contratos de trabajo por causas objetivas con base a la extinción del contrato que la empresa mantenía con DHL.- Los trabajadores reiterados interpusieron papeleta de conciliación por despido nulo contra ambas empresas y en el intento de conciliación, celebrado ante el CMAC el 30-04-2015 la empresa demandante les reconvino por 12.500 euros en concepto de daños y perjuicios causados contra la compañía y las personas que trabajan en ella. - Los trabajadores interpusieron posteriormente las correspondientes demandas por despido nulo.- QUINTO.- La empresa DHL tiene representantes unitarios en varios de sus centros. - CCOO tiene sección sindical acreditada en DHL y ha denunciado determinadas actuaciones empresariales.- SEXTO.- EL 27 de marzo de 2015, algunas personas, con banderas de la CNT en mano, se concentraron en la Vía Augusta de Barcelona. Asimismo, desplegaron una pancarta de grandes dimensiones con el lema "DHL TERRORISMO PATRONAL".- El 10 de abril de 2015, el Sindicato de Oficios Varios de la CNT-AIT de Barcelona celebró una concentración en el Aeropuerto de Barcelona, donde repartió octavillas.- Al igual que en ocasiones anteriores, se desplegó una pancarta con el texto "DHL TERRORISMO PATRONAL". Asimismo, en los alrededores de esta instalación se colocaron numerosos carteles en los que aparecía una señal de peligro con una calavera acompañando al texto "DHL TERRORISMO PATRONAL".- El 20 de abril de 2015 la CNT, aprovechando la convocatoria de DHL FREIGHT para la celebración de un acto de conciliación ante el SMAC de Barcelona ubicado en calle de Albareda, desplegó de nuevo una pancarta acusando a DHL FREIGHT de "TERRORISMO PATRONAL". Asimismo, el sindicato colgó distintos folletos donde se acusaba a DHL FREIGHT de fomentar la cesión ilegal de trabajadores, no cumplir el convenio colectivo o despedir a "trabajadores que reclaman sus derechos". Conductas como la descrita ya habían tenido lugar el 20 de marzo, nuevamente con ocasión de la celebración de un acto de conciliación.- El 1 de mayo de 2015, aprovechando la concentración que tenía lugar con motivo del Día Internacional de los Trabajadores en las Cocheras de Sants, el sindicato desplegó, a la vista de todos los asistentes, una gran pancarta donde podía leerse "DHL TERRORISMO PATRONAL".- El 12 de mayo de 2015, un grupo de individuos se concentró en las inmediaciones del restaurante Barceloneta, donde se celebraba un acto de "ThePropeller Club". Nuevamente, los concentrados portaban banderas de la CNT y una pancarta

donde se podía leer "precariedad laboral y cesión ilegal de trabajadores en DHL", y repartieron octavillas bajo el título "TERRORISMO PATRONAL".- También en fecha 12 de mayo de 2015, distintos individuos protestaron en frente de las instalaciones de DHL FREIGHT ubicadas en Coslada (Madrid). En concreto, estas personas se dedicaron a colgar carteles y distribuir octavillas entre trabajadores y las personas que pasaban por el lugar. El contenido de este material era similar al descrito con anterioridad: "TERRORISMO PATRONAL", "cesión ilegal" o "REPRESIÓN SINDICAL", entre otros.- El 3 de junio de 2015, en un acto celebrado en el Barcelona Growth Center, ubicado en el Distrito 22@ de Barcelona, por "Impulsando pymes", se personaron distintos miembros de la CNT entregando octavillas a los asistentes al acto y desplegando pancartas en las que se leía "DHL TERRORISMO PATRONAL" y "precariedad laboral y cesión ilegal de trabajadores en DHL".- El 10 de junio de 2015, el Sindicato de Oficios Varios de la CNT de Barcelona acudió al recinto ferial de Montjuic donde se celebraba el Salón Internacional de la Logística. Allí, los miembros del sindicato, además de acudir con pancartas como las descritas anteriormente, entregaron a D.] Jacinto , Director Territorial de DHL EXEL SUPPLY CHAIN SPAIN, S.L., carta en la que se hablaba de "precariedad laboral y cesión ilegal de trabajadores en DHL" y se explicaba su versión de los hechos.- El 14 de julio de 2015, nuevamente frente al restaurante Barceloneta, y también con motivo de otro acto de "The Club Propeller", la CNT se personó con pancartas en las que se volvía a hacer referencia a "precariedad laboral y cesión ilegal de trabajadores en DNL". En este sentido, el blog del sindicato dice al respecto de este Club: "El Club Propeller practica el terrorismo patronal".- El 17 de septiembre de 2015, el Sindicato de Oficios Varios de la CNT/AIT de Málaga se concentró frente al Hotel Barceló Málaga donde se celebraba un evento de la plataforma "Encuentros Jumps", que tiene como objeto acompañar a las empresas en su proceso de internalización. Al igual que en actos anteriores, la CNT desplegó pancartas donde acusaba a DHL FREIGHT de "TERRORISMO PATRONAL".- El 21 de octubre de 2015, con motivo de la celebración en el WorldTrade Center de Barcelona de la Feria IMEX del Negocio Internacional e Inversiones, la CNT protestó por la situación de los antiguos trabajadores de C&J. Además, como ha venido sucediendo a lo largo de todo este tiempo, se desplegaron pancartas en las que se leía "DHL TERRORISMO PATRONAL" y se repartieron octavillas a los distintos asistentes al

acto.- SÉPTIMO. - CNT ha enviado correos electrónicos a determinados clientes de DHL, que obran en autos y se tienen por reproducidos, en los que explicaba el conflicto de los trabajadores de C&J y sus relaciones con DHL.- OCTAVO. - La expresión "terrorismo patronal" para denunciar determinadas conductas empresariales es utilizada a menudo por sindicatos y partidos políticos de izquierda.- NOVENO. - Obran en autos los Estatutos de CNT, que se tienen por reproducidos.- Se han cumplido las previsiones legales».

QUINTO .-Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por el Letrado D. Rubén Agote Eguizábal, en nombre y representación de DHL FREIGHT SPAIN, S.L., amparándose en el siguiente motivo: 1º.- Al amparo del apartado e) del artículo 207 de la LJRS por Infracción del artículo 18 de la Constitución Española .

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 28 de febrero de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Por sentencia de 18/Diciembre/2015 [autos 344/15], la Audiencia Nacional rechazó demanda en tutela de derechos fundamentales interpuesta por la empresa «DLH FreightSpain, SL» frente a «CNT SindicatsdŽ Oficis Varis», tras declararse probado que en diversas concentraciones convocadas por CNT en el periodo Marzo a Octubre, aprovechando diversos eventos empresariales y sindicales, afiliados a tal Sindicato exhibieron pancartas y repartieron octavillas con el texto «DLH Terrorismo Patronal», así como «precariedad laboral y cesión ilegal de trabajadores en DHL», «represión sindical», etc. Asimismo consta -HDP- que la CNT ha enviado correos electrónicos a clientes de la empresa demandante, explicando el conflicto que de los trabajadores de «C&J» y sus relaciones con «DLH», a las que acusa pública y judicialmente de tráfico ilegal de trabajadores.

2.- La desestimación de la demanda la justifica la sentencia recurrida, básicamente en la consideración de que «aun cuando la expresión controvertida "terrorismo empresarial" ... sea extremadamente dura ... se enmarcan claramente en la

defensa de sus afiliados ante lo que consideran una actuación ilícita de la demandante, que se acreditará judicialmente o no, pero que forman parte del legítimo ejercicio a la acción sindical ... la expresión "terrorismo empresarial" ... no puede descontextualizarse del marco en el que se produjo... la intención de CNT no fue nunca imputar un delito a DLH, ni asociarla con actos propiamente terroristas, sino criticar una política empresarial que, de acreditarse, sería extremadamente grave también. Por lo demás, la expresión controvertida "terrorismo empresarial" se ha convertido en lugar común en nuestra sociedad, al utilizarse de manera habitual para descalificar determinadas actuaciones empresariales por sindicatos e incluso partidos políticos, lo que ha devaluado socialmente su significado ... ninguna persona razonable asocia propiamente al contenido jurídico del término, ni la considera probada, porque se esgrima en concentraciones o manifestaciones, que se producen generalizadamente en la actualidad... los ciudadanos en general no le han dado el crédito propio de su significado formal, sino que lo han integrado en la propia situación de conflicto. Por consiguiente ... debemos concluir que dichas actuaciones están protegidas por su legítimo derecho a la información sindical, así como a la libertad de expresión, por cuanto en las mismas se limitaron a explicar su visión del conflicto, lo que forma parte de su derecho a la acción sindical, protegida por el derecho fundamental a la libertad sindical... ».

3.- Se recurre la decisión de la Audiencia Nacional por la empresa accionante, con un solo motivo en el que denuncia la infracción del art. 18 CE, así como de la restante normativa y jurisprudencia que lo desarrollan e interpretan; singularmente las SSTC 85/1992; 223/1992; y 76/1995. STS -IV- 20/04/05 - rcud 6701/03 -).

SEGUNDO.- 1.- Ciertamente que no cabe negar -en abstracto- a la Empresa recurrente la protección al honor que garantiza el art. 18 CE . Baste recordar al efecto, la constante doctrina de la Sala Primera de este Tribunal Supremo, en la que se mantiene que «aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas [STC 214/1991]. Mediante los fines de la persona jurídico-privada puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad en el sentido de ampararla para el desarrollo de sus fines y proteger las condiciones de ejercicio de su actividad. La persona jurídica puede así ver lesionado su

derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a ella cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En tal caso, la persona jurídica afectada, aunque se trate de una entidad mercantil, no viene obligada a probar la existencia de daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio profesional de la entidad y que tal intromisión no sea legítima [STC 139/1995]. No obstante, como dice la STS 19 de julio de 2006, rec. n° 2448/2002, "tampoco cabe valorar la intromisión con los mismos parámetros que cuando se trata de personas físicas, porque respecto de estas resaltan dos aspectos: el interno de la inmanencia o mismidad, que se refiere a la íntima convicción o sentimiento de dignidad de la propia persona, y el externo de la trascendencia que alude a la valoración social, es decir, a la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás [SSTS, entre otras, 14 de noviembre de 2002 -rec. 3753/97 - y 6 de junio de 2003 -rec. 3094/97 -], y cuando se trata de las personas jurídicas resulta difícil concebir el aspecto inmanente, por lo que la problemática se centra en la apreciación del aspecto trascendente o exterior -consideración pública protegible- [SSTS, entre otras, 15 de abril 1992 - rec. 2532/89 - y 27 de julio 1998 -rec. 1327/94 -], que no cabe simplemente identificar con la reputación empresarial, comercial, o en general del mero prestigio con que se desarrolla la actividad"» (así, la STS I^a16/06/15 -rec. 46/13 -).

2.- Sentado ello, con igual reiteración mantiene la Sala Primera del Tribunal Supremo que en caso de conflicto entre los derechos al honor, al libertad de expresión y a la información [imprescindibles los dos últimos -como veremos- para el adecuado ejercicio de la libertad sindical]: «a) Debe respetarse el ámbito propio y característico de cada derecho fundamental, siendo reiterada la jurisprudencia constitucional y de esta Sala según la cual la libertad de expresión comprende el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, tal y como recoge el art. 20.1. a) de la Constitución , gozando de un campo de acción más amplio que la libertad de información -porque no comprende, como esta, la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo-.... b) La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar

esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. Y también debe respetar que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige [SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5 ; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4 ; y 204/2001, de 15 de octubre , FJ 4], pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe "sociedad democrática" [SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42 , y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España , § 43]» (reproduciendo doctrina constante, STS I^a 21/07/16 - rec. 3084/14 -).

3.- Ciertamente que «ninguna idea u opinión puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a tales propósitos. Es decir, aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, en su comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, pues, de ser así, debe prevalecer la protección del derecho al honor. Así es como debe entenderse la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional de que la Constitución "no reconoce un pretendido derecho al insulto" [SSTC 216/2013 , 77/2009 , 56/2008 , 9/2007 y 176/2006 , entre otras muchas]» (así, la ya referida STS I 21/07/16 - rec. 3084/14 -). Pero no lo es menos que "a la hora de apreciar el carácter ofensivo, insultante o vejatorio de las palabras o términos empleados se ha de prescindir del análisis separado de cada término o de su mero significado gramatical, para optar por su contextualización. En este sentido se viene diciendo [por ejemplo, en recientes SSTs de 14 de noviembre de 2014 rec. n° 504/2013 , y 20 de octubre de 2014, rec. n° 3336/2012] que de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de las libertades de expresión e información cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la noticia o con la opinión que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica, experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables, a lo que se

une que el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor. Este último criterio ha llevado a esta Sala a priorizar las libertades de información y expresión y a considerar legítimo el sacrificio del derecho al honor en casos de contienda, entendida esta en una acepción general comprensiva no solo de enfrentamientos políticos [STS de 14 de noviembre de 2014, rec. nº 504/2013] sino también de conflictos en otros ámbitos como el periodístico, el deportivo, el sindical o el procesal [STS de 12 de noviembre de 2014, rec. nº 955/2013, con cita de la de 29 de febrero de 2012, rec. nº 1378/2010]» (STS Iº04/12/15 -rec. 2337/13 -; y en el mismo sentido, las de 16/06/15 -rec. 46/13 -; 22/09/15 -rec. 328/14 -; 04/12/15 -rec. 2337/13 -; 27/06/16 -rec. 1804/14 -).

4.- En tal línea se ha destacado -entramos en la casuística- la «necesidad de valorar las expresiones litigiosas en un contexto de crítica y de contienda ..., descartando así un exceso o desproporción en la expresión de dicha opinión crítica pese al empleo de términos objetivamente ofensivos como "ramplón", "pedestre", "miserable", "tiparraco", "mendaz", "terminal"...», pues «un contexto de discusión o contienda, a tenor del ámbito social o político en que se produce y los usos relacionados con él, cuando la discusión alcanza recíprocamente un nivel alto de tensión puede justificar la utilización de expresiones ... que "[s]i bien ... pueden resultar hirientes y entrañar una descalificación personal y profesional, este factor no es suficiente en el caso examinado para desvirtuar su amparo en la libertad de expresión. No cabe aislar o desvincular tales manifestaciones del contexto de discusión y polémica..."» (STS 04/12/15 -rec. 2337/13 - y las que en ella se citan).

TERCERO.- 1.- Entrando ya en el examen concreto de autos, hemos de expresar nuestra plena coincidencia con la Audiencia Nacional cuando afirma que si bien la expresión «terrorismo patronal» presenta injustificada - rectius, ilegítima- dureza y como tal es censurable, de todas formas no alcanza a integrar vulneración del derecho al honor. Afirmación que trataremos de justificar, con una serie de consideraciones adicionales a las ya -generales- efectuadas.

2.- Para empezar, hemos de recordar en plano general -abstracto- que aun cuando del tenor literal del art. 28.1 CE pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, una

interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE lleva a entender que el contenido del primer precepto citado comprende «también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponde» (SSTC 94/1995, de 19/Junio, FJ 2 ; 308/2000, de 18/Diciembre, FJ 6 ; 185/2003, de 27/Octubre, FJ 6 ; 198/2004, de 15/Noviembre, FJ 5 ; 281/2005, de 7/Noviembre, FJ 3 ; 200/2006, de 3/Julio, FJ 3 ; 108/2008, de 22/Septiembre , FJ 4); y que entre ellos -muy señaladamente y como instrumento de acción sindical- se encuentra «el empleo de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información respecto de cualquiera asunto que pueda tener una repercusión directa o indirecta en las relaciones laborales» (SSTC 143/1991, de 1/Julio; 1/1998, de 12/Enero; 213/2002, de 11/Noviembre; 185/2003, de 27/Octubre; 198/2004, de 15/Noviembre; y 227/2006, de 17/Julio , FJ 3).

3.- Descendiendo al concreto supuesto que es objeto de debate, procede recordar también los siguientes datos y hacer estas ulteriores consideraciones: a) que estamos en presencia de una persona jurídica, por lo que -conforme a la doctrina arriba citada- ha de relativizarse cualquier posible vulneración del honor, y si conforme al expuesto planteamiento jurisprudencial, «la problemática se centra en la apreciación del aspecto trascendente o exterior - consideración pública protegible-», la propia estimativa de la reclamante respecto de que ni ha sufrido perjuicios materiales ni ha perdido clientela, demuestra bien a las claras que ese aspecto -trascendencia- y su consiguiente «honor» como persona jurídica han permanecido incólumes; b) que el contexto en el que examinar la supuesta vulneración es el de una confrontación laboral prolongada y relativa a extremos -supuesto prestamismo laboral- que de resultar ciertos ofrecerían innegable gravedad [laboral e incluso penal] justificativa de una enérgica respuesta sindical, como la de autos -aunque sin improprios-; y c) que -como acertadamente destaca el Ministerio Fiscal en su informe, reiterando el parecer de la AN-, «la expresión "terrorismo patronal" se ha convertido en lugar común en nuestra sociedad, al utilizarse de manera habitual para descalificar determinadas actuaciones empresariales por sindicatos e incluso por partidos políticos, lo que ha devaluado socialmente su

significado, convirtiéndose así en una crítica dura, pero sin que ninguna persona razonable lo asocie propiamente con el concepto de terrorismo...».

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -en plena coincidencia con el Ministerio Fiscal y reiterando doctrina ya expuesta en nuestra STS 15/12/16 rec. 287/15 - que ha de rechazarse el recurso interpuesto y confirmarse la sentencia absolutoria recurrida. Con pérdida del depósito constituido e imposición de costas a la recurrente [art. 235.1 LRJS].

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de «DLH FREIGHT SPAIN, SL».

2º.- Confirmar la sentencia -desestimatoria- que dictó la Audiencia Nacional en 18/Diciembre/2015 [autos 344/15], absolviendo a la demandada «CONFEDERACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO» [CNT SINDICAT D'ÒFICIS VARIS DE BARCELONA.

3º.- Acordar la pérdida del depósito constituido y la imposición de costas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 9 de abril de 2013, el Juzgado de lo Social nº 8 de Sevilla dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que ESTIMANDO la demanda que en materia de DESPIDO ha interpuesto DÑA. Jacinta contra el AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, debo declarar y declaro la improcedencia del despido del que fue objeto la actora el día 25-9-2012, condenando al demandado a que en el plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de esta resolución, OPTE entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que tenía antes del despido o abonar al actor en concepto de indemnización la cantidad de SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y TRES CÉNTIMOS (6.594,73 euros). De optar por la indemnización, no se devengarán salarios de tramitación quedando la relación laboral extinguida a fecha del despido; de optarse por la readmisión o no efectuarse opción en plazo, sin necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia, el demandado deberá abonar los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido a la fecha de notificación de sentencia a razón de 76,02 euros diarios. Se advierte expresamente al demandado que, de no efectuar la opción en el plazo indicado, expresamente por escrito o comparecencia en el Juzgado, y sin necesidad de esperar a la firmeza de esta sentencia, se entenderá que opta por la readmisión y deberá abonar los salarios posteriores a la fecha de la notificación de sentencia»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «Primero.- Doña. Jacinta, mayor de edad y con DNI NUM000, ha venido prestando servicios por cuenta del Ayuntamiento de Sevilla, durante los siguientes periodos y en las siguientes condiciones: 1º. Desde el día 1-8-2006, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, identificado en contrato como "auxiliar administrativo Programa Andalucía Orienta" con la categoría profesional de auxiliar administrativo. Se pactó una duración condicionada a la finalización de la obra que, de forma aproximada se fijó en el día 30-4-2007. Llegado el día 30-4-2007, el Ayuntamiento comunicó por escrito a la trabajadora que el contrato quedaría prorrogado hasta el 31-5-2007. El día 15-5-2007, el Ayuntamiento comunicó por escrito a la trabajadora que el contrato se prorrogaba hasta el día 30-6-2007. El día 6-7-2007 el Ayuntamiento comunicó por escrito a la trabajadora que el contrato se prorrogaba hasta el día 31-7-2007. El día 24-7-2007 el Ayuntamiento comunicó a la

trabajadora por escrito que el contrato se prorrogó hasta el día 30-4-2008. El día 29-4-2008, la Jefa del Servicio de Desarrollo Local propuso al Alcalde que, toda vez que el SAE había autorizado el inicio anticipado del Programa Orienta, para no interrumpir el funcionamiento de los Servicios de dicho programa, prorrogara los contratos del personal adscrito a dicho programa con fecha 1-5-2008. Consecuencia de lo anterior el contrato de Doña. Jacinta se prorrogó hasta la fecha de finalización del servicio, lo cual fue comunicado por escrito a la trabajadora el día 29-4-2008. La duración de la prórroga quedó posteriormente fijada hasta el día 30-4-2009, lo cual fue comunicado a la trabajadora por escrito el día 26-6-2008. El día 21-4-2009 el Ayuntamiento comunicó la prórroga del contrato a la trabajadora por escrito hasta nueva fecha, que con fecha 30-7-2009 fue fijada en el día 30-4-2010.- Con fecha 5-2-2010 a la trabajadora se le comunicó por escrito que su contrato finalizaría el día 30-4-2010, fecha en que cesó, causando baja en la Seguridad Social como empleada del Ayuntamiento.- 2º. Desde el día 19-8-2010, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, identificado en contrato como "auxiliar administrativo Programa Andalucía Orienta" con la categoría profesional de auxiliar administrativo. Se pactó una duración condicionada a la finalización de la obra que, de forma aproximada se fijó en el día 18-8-2011, fecha en que el contrato se dio por finalizado por el Ayuntamiento de Sevilla, causando la trabajadora baja en la Seguridad Social.- 3º. Desde el día 26-9-2011, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, identificado en contrato como "auxiliar administrativo Programa Andalucía Orienta 2011-2012" con la categoría profesional de auxiliar administrativo. Se pactó una duración condicionada a la finalización de la obra que, de forma aproximada se fijó en el día 25-9-2012.- En el periodo 1-1-2012 a 25-9-2012, Doña. Jacinta ha percibido una retribución total de 20.451,49 euros, por todos los conceptos salariales.- La contratación de Doña. Jacinta ha estado vinculada a los Programas de Orientación Profesional, subvencionados por la Consejería de Empleo y de la Junta de Andalucía.- Segundo.- El día 21-8-2012, Doña. Jacinta recibió escrito del Ayuntamiento de Sevilla escrito con el siguiente contenido: "Por la presente le comunico a todos los efectos pertinentes que la obra objeto del contrato Andalucía Orienta 2011-2012, que sostiene usted con este Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, de fecha 26-9-2011, finalizará el próximo día 25-9-2012; en

consecuencia la relación laboral se dará por concluida en dicha fecha".- Llegado el día 25-9- 2012 Doña. Jacinta cesó en el Ayuntamiento. En concepto de liquidación percibió la cantidad de 561,87 euros en concepto de liquidación de contrato de duración determinada.- Tercero.- No consta que Doña. Jacinta ostente o haya ostentado durante la vigencia de la relación laboral la condición de representante legal de los trabajadores.- Cuarto.- El día 22-10-2012 se presentó escrito de reclamación previa. El día 22-11-2012 se presentó demanda».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D^a. Jacinta y por el AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 17 de septiembre de 2014, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Con DESESTIMACIÓN del recurso de suplicación interpuesto por D^a. Jacinta y por el AYUNTAMIENTO DE SEVILLA contra la sentencia de fecha 9 de abril de 2.013 dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de los de Sevilla en virtud de demanda sobre despido formulada por D^a. Jacinta contra el AYUNTAMIENTO DE SEVILLA debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia de instancia».

CUARTO.- Por el Letrado D. José M^a. Sequeiros Esteve, en la representación que ostenta de D^a. Jacinta, 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 Madrid, de 4 de febrero de 2013 (R. 4945/2012).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de noviembre de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se suscita en las presentes actuaciones es la relativa al tiempo de servicios computables para el cálculo de la indemnización por

despido improcedente, en aquellos supuestos de sucesivas contrataciones laborales con alguna solución de continuidad entre ellas, y -más exactamente- a la incidencia de las mismas en la llamada «unidad esencial del vínculo».

2.- Consta como hechos declarados probados: a) las partes iniciaron relación laboral en 01/08/06, a virtud de contrato para obra o servicio determinado, como Auxiliar Administrativa para el programa «Andalucía Orienta», con finalización inicialmente prevista para 30/04/07, pero que fue sucesivamente prorrogada hasta 31/05/07, 30/06/07, 31/07/07, 30/04/08, 01/05/08, 30/05/09 y 30/04/10; b) nuevamente fue contratada en 19/08/10, con la misma categoría profesional y para igual programa, habiendo finalizado la actividad laboral en 18/08/11; c) volvió a ser contratada, en idénticas condiciones laborales en 26/09/11, con cese y baja en la Seguridad Social a fecha 25/09/12.

3.- Por sentencia de fecha 09/04/13 , dictada por el J/S nº 8 de los de Sevilla [autos 1383/12], se declaró que el cese de la actora comportaba despido improcedente y se condenó al demandado Ayuntamiento de Sevilla -entre otros extremos de accesoria indicación en este trámite- a optar entre readmitir a la trabajadora o indemnizarle con 6.593, 73 euros, en cuyo cálculo se computaron exclusivamente los servicios prestados desde el 19/08/10, por considerar que la solución de continuidad respecto de la extinción del precedente contrato [30/04/10] obstaba apreciar la unidad esencial de todos los servicios realizados por cuenta del referido Ayuntamiento, al no constar en el indicado periodo de interrupción «la coincidencia con un periodo de enfermedad, maternidad u otra causa que impidiera prestar servicios efectivos». Decisión confirmada por la STSJ Andalucía/Sevilla 17/09/14 [rec. 2031/13], que hace suyo el argumento de instancia e insiste que no está acreditado «que durante ese período hubiese alguna situación excepcional de enfermedad, excedencia o período vacacional... que justificase tal interrupción». Y además la «actora... no impugnó el cese, lo que en aplicación de lo dispuesto en la STS de 8 de marzo de 2007 impide aplicar la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo laboral que se acoge por el Alto Tribunal a partir de entonces y que fue seguida en las SSTS de 17 de diciembre de 2007, y de 12 de julio de 2010 ».

SEGUNDO.- 1.- Se formula recurso para la unidad de la doctrina por la representación de la trabajadora - Sra. Jacinta -, denunciando la infracción del art. 56.1

ET y de la doctrina jurisprudencial sobre la unidad esencial del vínculo contractual emanada tanto de la STS 08/03/07 cuanto de la STJU 04/07/06. Y al efecto presenta como decisión de contraste la STSJ Madrid de 04/02/13 [rec. 4945/12], que en supuesto similar al de autos -acto continuo lo precisaremos- llegó a la opuesta conclusión de que concurría la cuestionada unidad contractual, habida cuenta de que la interrupción en los servicios prestados no era significativa en el marco de los mismos.

2.- En efecto, entre las sentencias a contrastar media la sustancial identidad que comporta que sus fallos opuestos sean contradictorios en los términos que requiere el art. 219 LJS, en tanto que sus respectivas partes dispositivas contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 07/07/16 -rcud 615/15 -; 12/07/16 -rcud 3314/14 -; y 19/07/16 -rcud 2258/14 -). Así, tanto en uno como en otro caso el contratante es Administración Pública -un Ayuntamiento-, los sucesivos contratos lo son con la misma categoría profesional y para la misma actividad -de competencia local-, habiéndose producido entre las contrataciones una misma interrupción contractual de aproximadamente cuatro meses, con la única diferencia de que en la decisión referencial había mediado también una interrupción voluntaria adicional de cinco semanas y de que la relación laboral había durado doce años. Diferencias que - como se desprenderá de nuestra exposición sobre la cuestión de fondo- no son trascendentes a los efectos de excluir la exigible contradicción.

TERCERO.- 1.- Desde muy tempranamente, la doctrina de la Sala sostuvo que «[e]n el ámbito del Derecho del Trabajo es regla y principio general [...] que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe... la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal. La novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la diversidad de

contratos no provoca la existencia de relaciones [sucesivas] diferentes» (STS 12/11/93 - rco 2812/92 -).

Planteamiento que si bien inicialmente fue establecido a efectos retributivos del complemento de antigüedad y en los supuestos de ausencia de solución de continuidad, posteriormente también fue aplicado a la hora de determinar los servicios computables para calcular la indemnización propia del despido improcedente y se amplió a todos los supuestos en que pudiera apreciarse la unidad esencial del vínculo, de forma que -como recuerda la STS 08/03/07 rcud 175/04 , dictada en Sala General- «[e]l tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1.a. del Estatuto de los Trabajadores sobre la indemnización de despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma».

2.- Toda la cuestión de autos se reduce, pues, determinar lo que haya de entenderse por la interrupción «significativa» que lleve a excluir la «unidad esencial» del vínculo, cuya frontera -la de aquélla- si bien inicialmente fue situada en los veinte días del plazo de caducidad para accionar por despido, en los últimos tiempos se ha ampliado a periodos que carezcan de relevancia en relación con la duración total de los servicios prestados, como evidencia la casuística jurisprudencial reciente (así, 69 días naturales en la STS 23/02/16 -rcud 1423/14 -).

A los referidos efectos ha de indicarse que si bien es claro que no necesariamente la unidad del vínculo está ligada la existencia de fraude de ley, pues parece innegable que pudiera apreciarse aquélla en la sucesión de contratos temporales perfectamente ajustados a derecho, no lo es menos cierto que la concurrencia de fraude parece que haya de comportar -razonablemente- que sigamos un criterio más relajado - con mayor amplitud temporal- en la valoración del plazo que deba entenderse «significativo» como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora. Máxime cuando -como ya observamos en la precitada STS 08/03/07 rcud 175/04- en interpretación del Anexo a la Directiva 99/70/CE y en la lucha contra la precariedad en el empleo, la doctrina comunitaria ha entendido que aquella disposición de la Unión Europea «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que

considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales» (STJCE 04/Julio/2006, asunto «Adeneler»); doctrina que ciertamente ha de tenerse en cuenta, en tanto que resulta obligada la interpretación de la normativa nacional en términos de conformidad con el derecho y jurisprudencia de la Unión Europea (SSTS -por ejemplo- de 27/09/11 -rcud 4146/10 -; SG 08/06/16 -rco 207/15 -; y SG 17/10/16 -rco 36/16 -).

3.- Las precedentes consideraciones nos llevan a acoger el recurso de la trabajadora, como muy razonadamente informa el Ministerio Fiscal, habida cuenta de que nos hallamos en presencia de seis años de servicios prestados a virtud de contratación fraudulenta por parte de un Ayuntamiento [aquietado a tal pronunciamiento de la recurrida], en tanto que dirigida a satisfacer una actividad habitual y ordinaria del mismo, y que ni tan siquiera -la actividad- se acreditó concluida en la fecha del cese de la trabajadora, la cual -por otra parte- ya había adquirido en todo caso la cualidad de indefinida de la Corporación municipal, a virtud de las previsiones contenidas en el art. 15.5 ET respecto de la duración de las contrataciones temporales, «con o sin solución de continuidad»; acusada prolongación en el tiempo de una situación ilegal, que minora la relevancia de las dos interrupciones contractuales acaecidas, primero de algo más de tres meses y después de uno solo.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada en los términos que se dirán. 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.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D^a Jacinta. 2º.- Revocar en parte la sentencia dictada por el TSJ de Andalucía/Sevilla en fecha 17/Septiembre/2014 [recurso de Suplicación nº 2031/13], que a su vez había confirmado la resolución que en 09/Abril/2013 pronunciara el

Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Sevilla [autos 1383/12]. 3º.- Estimar el recurso de Suplicación en su día interpuesto por la ahora también recurrente, declarando que la indemnización por despido ha de calcularse teniendo en cuenta -conforme se indicó en el apartado 3 del FJ Tercero- los servicios prestados desde el 1 de Agosto de 2006. 4º.- Confirmar los restantes pronunciamientos contra el demandado Ayuntamiento de Sevilla, a la que se condena a estar y pasar por los presentes. Sin imposición de costas a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por el Procurador D. Guzmán de la Villa en representación del SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS (SEPLA), por el Letrado D. Pedro Arriola Turpín en representación de la SECCIÓN SINDICAL DEL SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS EN AIR EUROPA, LÍNEAS AÉREAS SAU (SEPLAIR) y en nombre de D. Gervasio y 34 tripulantes pilotos más, y por el Letrado D. Pedro Mulet Mas en representación de D. Virgilio y cinco más, se presentaron demandas de impugnación de la resolución de la Ministra de Empleo y Seguridad Social, confirmatoria de las Resoluciones de la Dirección General de Empleo de 2 y 9 de marzo de 2012, recaídas en el Expediente de Regulación de Empleo NUM000 . Demandas de las que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, procediendo a su acumulación y en las que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia estimatoria de la demanda declarando: "1º) No ser conformes a Derecho las Resoluciones de la Dirección General de Empleo de 2 y 9 de marzo de 2012, y la Resolución ministerial confirmatoria de las mismas, anulándolas respecto de los codemandantes, por las

infracciones de no respetar las garantías anti-ERE del III Convenio Colectivo, y/o por deficiencias en la aportación de la documentación preceptiva en el periodo de consultas y/o por el cómputo indebido y cierre irregular de dicho periodo, con el efecto de retrotraer las actuaciones al momento en el que se cometieron las infracciones de referencia, condenando a la compañía promotora del ERE a celebrar las negociaciones previas exigidas por el III Convenio Colectivo o, en su caso, a iniciar un nuevo periodo de consultas, con entrega a las representaciones sindicales codemandantes de toda la documentación preceptiva para la tramitación del ERE. 2º) Subsidiariamente, se declare no ser conformes a Derecho las Resoluciones de la Dirección General de Empleo de 2 y 9 de marzo de 2012, y la Resolución ministerial confirmatoria de las mismas, anulándolas respecto de los codemandantes, por la inexistencia y/o insuficiencia de las causas económicas y/o productivas invocadas por AIR EUROPA y aplicadas en sus propios términos por aquellas Resoluciones para la autorización del despido de los pilotos afectados. Con el efecto de reconocer las situaciones jurídicas individualizadas de los mismos, declarando la nulidad o, en su caso, la improcedencia, de los despidos de los treinta y cinco (35) pilotos codemandantes, con las consecuencias legales correspondientes. 3º) Para el caso de desestimación de los dos pedimentos precedentes, y confirmación de la validez de las Resoluciones administrativas impugnadas en cuanto respecta al despido de los pilotos a los que las mismas se refieren, declare la no conformidad a Derecho de tales Resoluciones en el extremo relativo a la aceptación del criterio propuesto por la compañía para la selección de los treinta y cinco (35) pilotos codemandantes, en atención a la Especialidad desempeñada (Comandante o Copiloto) y a la Flota de adscripción, con infracción de lo dispuesto en el III Convenio Colectivo sobre la antigüedad escalafonal. Con el efecto de reconocer las situaciones jurídicas individualizadas de los pilotos afectados, declarando la preferencia de permanencia en la empresa de los veintisiete (27) despedidos escalafonados con los números 118 a 337, sobre los pilotos no despedidos escalafonados con los números 473 a 505, declarando improcedentes los despidos de aquellos, con las consecuencias legales anejas a esa calificación. Despidos que habrán de ser declarados nulos en el caso de los tres pilotos Don Jose Enrique (miembro del Comité de Empresa), Don Severiano (jornada reducida por cuidado de hijos), y Don Elias (tratado desigualmente respecto del también Comandante de la misma Flota E-190, Don Leandro), con el efecto de su readmisión en

los anteriores puestos de trabajo y derechos legales anejos. 4º) Subsidiariamente del pedimento anterior, en el caso de entender ajustado a Derecho el criterio selectivo de los pilotos despedidos por su especialidad y flota, y no por la antigüedad escalafonal, declare la nulidad de los despidos de los cuatro pilotos designados nominativamente en el anterior pedimento. Con el efecto de su readmisión en su puesto anterior de trabajo, y derechos legales anejos. 5º) En el caso de desestimación de los pedimentos tercero y cuarto, declare el derecho de los pilotos afectados a percibir la indemnización correspondiente a los veinte (20) días de salario por año de antigüedad, recalculada conforme al importe efectivo de sus salarios y fecha de su antigüedad, así como la indemnización correspondiente a los quince (15) días de preaviso, descontando del importe total que corresponda, el importe de la indemnización ya percibida de la empresa, conforme a lo expuesto en el hecho séptimo de la demanda. En la demanda presentada por D. Virgilio y cinco más se solicita que se declare que el criterio de designación de los Tripulantes Técnicos de Vuelo afectados por el Expediente de Regulación de Empleo NUM000 , autorizado y aplicado en la Resolución impugnada, no es ajustado a Derecho y se anule parcialmente en cuanto a tal extremo y en cuanto a la inclusión de los actores D. Virgilio , D. Arturo , D. Felix , D. Modesto , D. Carlos Manuel y D. Benjamín en el Anexo de Tripulantes Técnicos de Vuelo afectados, declarando su derecho a la reincorporación en sus puestos de trabajo y que el criterio a seguir para dicha designación debe ser la aplicación estricta y literal del Art. 9 del III Convenio Colectivo de Tripulantes Técnicos de Vuelo de Air Europa condenando a la demandada y a todos quienes pudiesen resultar afectados a estar y pasar por tales pronunciamientos y sus efectos legalmente inherentes."

SEGUNDO.- Por auto de 14 de febrero de 2013, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resolvió el conflicto de competencia planteado entre la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, acordando que la competencia correspondía a la Audiencia Nacional. 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 21 de abril de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "De conformidad con lo solicitado se tiene por desistidos de la demanda formulada a D. Carlos , D. Jose María , D. Juan Antonio , D. Dionisio , D. Marcos y D. Marcial . Desestimamos las excepciones de falta de acción, caducidad de la acción, falta de agotamiento de la vía administrativa en relación a Pedro Jesús y falta de legitimación pasiva alegadas por la legal representante de AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS, S.A.U., desestimamos la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por el ABOGADO DEL ESTADO, en lo que se refiere al punto quinto del suplico de la demanda del SEPLA y parte del suplico contenido en el apartado cuarto de dicha demanda. DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS en su pretensión principal las demandas acumuladas formuladas por GUZMÁN DE LA VILLA DE LA SERNA, Procurador de los Tribunales de Madrid en nombre y representación del SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS (SEPLA), y por D.PEDRO ARRIOLA TURPÍN, Letrado, en representación de la SECCIÓN SINDICAL DEL SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS EN AIR EUROPA, LÍNEAS AÉREAS S.A.U., actuando, asimismo, en nombre y representación de los veintinueve (29) TRIPULANTES PILOTOS siendo parte el Ministerio Fiscal. Debemos declarar y declaramos que no son conformes a derecho las Resoluciones de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 2 y 9 de marzo de 2012 y las Resoluciones ministeriales confirmatorias de las mismas de fechas 3 de agosto y 26 de septiembre de 2012, únicamente en lo relativo al despido colectivo autorizado de los Tripulantes Técnicos de Vuelo. Anulamos parcialmente las referidas resoluciones en cuanto autorizan el despido colectivo de los Tripulantes Técnicos de Vuelo. Se declara el derecho de los afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo y debemos condenar y condenamos a la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y a los codemandados a estar y pasar por esta declaración y a la empresa AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS SAU a reincorporar en su puesto de trabajo a los trabajadores afectados por el acto en su parte anulada."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:
"1º.- La empresa demandada se dedica al transporte aéreo de pasajeros, fue fundada en

1986 y es la compañía aérea del holding Globalia Corporación Empresarial. Su actividad está concentrada en vuelos regulares domésticos e internacionales. La empresa posee 22 centros de trabajo, estando afectados por el expediente de regulación de empleo trabajadores pertenecientes a 15 centros de trabajo. Air Europa tiene una presencia relevante dentro del Grupo Globalia, representando el 44% del importe de la cifra de negocios y el 28% de su plantilla de personal. (Informe de la inspección de trabajo documento 39 del expediente administrativo); 2º.- El día 10 de enero de 2012, la representación de AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS, S.A.U. [en adelante, AEA] comunicó a SEPLAIR, que, al día siguiente 11 de enero, iniciaría el trámite de un Expediente de Regulación de Empleo (ERE), a efectos de extinguir contratos de trabajo de personal de distintas categorías y oficios, entre los cuales se incluía, inicialmente, a cuarenta y seis (46) tripulantes técnicos de vuelo o pilotos, cifra reducida posteriormente a cuarenta y cinco (45); 3º.- La Dirección de la empresa motiva su solicitud de extinción de contratos en el las razones que están afectando negativamente a la viabilidad de Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U.: 1º Razones económicas. En el año 2011 el resultado de Air Europa ha sido de 13 millones de Euros de pérdidas, arrastrando incluso al resultado consolidado del Grupo Globalia a un resultado negativo. Y en relación con el año 2012, las previsiones realizadas son aún más negativas, con unas pérdidas estimadas que podrían ser superiores a los 81 millones de Euros. El ROE de la empresa, relación entre resultados netos y fondos propios ha pasado del 27,2% en 2009 a un porcentaje del -22,3% en el 2011. El deterioro de la cuota de mercado de Air Europa junto con su estructura empresarial, le dificulta competir tanto con las grandes compañías como con las compañías de bajo coste. La empresa se encuentra en un posicionamiento intermedio entre los dos modelos operativos que se han impuesto en el sector del transporte aéreo de pasajeros. Los costes de la compañía se han incrementado en el período 2009-2011 en un 21,2%, mientras que los ingresos lo han hecho sólo en un 17%. Destaca la evolución del precio del combustible y su previsión para el 2012, el impacto de la cotización euro-dólar y el importe creciente de las tasas que debe afrontar Air Europa. 2º Razones productivas. Respecto a la competencia en el mercado, Air Europa compite con dos grandes sectores diferenciados, las compañías tradicionales y las compañías de bajo coste. Su tamaño le dificulta posicionarse en el modelo de las compañías tradicionales con líneas de alto recorrido altamente rentables y fusiones y

alianzas en grandes grupos. Al mismo tiempo, por su estructura de costes le dificulta poder competir con compañías de bajo coste con costes más bajos y por tanto, más eficientes. En concreto los costes de personal son menores en 3 puntos en el caso de Easyjet y hasta en 5 puntos en el caso de Ryanair que los correspondientes a Air Europa. Esta competencia ha llevado a que una serie de rutas que opera Air Europa, nueve en total, sean totalmente deficitarias, habiéndose fijado como límite un 'full costing' negativo superior a 1,5 millones de Euros de pérdidas, por lo que dichas rutas deberían ser amortizadas. Como consecuencia de la desaparición de dichas rutas, Air Europa debe retirar del vuelo 5 aeronaves que se detallan. Asimismo debe redimensionar la base de Santiago de Compostela y cerrar las bases operativas de Barcelona y Tenerife Sur, así como cerrar la base de Salamanca. La reducción de las rutas y de la flota de aviones supondrá la amortización de los puestos de trabajo directamente asociados al funcionamiento de los mismos, que incluye pilotos y tripulantes de cabina de pasajeros (TCP). Del ajuste de las rutas y flota se deriva también la amortización de los puestos de trabajo asociados a las tareas de mantenimiento y autohandling vinculados a dichas rutas, aeronaves y bases. Por último el ajuste alcanza al personal indirecto, de oficinas de venta y de servicios centrales proporcional a la actividad comercial, lo que se ha estimado en un 13% de la plantilla de dicho personal; 4º.- El 11-1-12, tuvo entrada en la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social el expediente de regulación de empleo presentado por la empresa AIR EUROPA LINEAS AEREAS S.A.U solicitando la autorización para la extinción de 260 contratos de trabajo de los que componen la totalidad de su plantilla, afectando a los centros de trabajo radicados en 11 Comunidades Autónomas. La solicitud se fundamenta en las causas económicas y productivas contempladas en el art 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. La empresa adjunta con su solicitud, y entre otros, los siguientes documentos: Escrito de solicitud de expediente de regulación de empleo, escritura de poderes de representación y Memoria Explicativa de las causas que determinan el expediente. Comunicación de apertura del período de consultas, e información sobre la representación de los trabajadores. Número y clasificación de trabajadores contratados habitualmente durante el último año. Criterios de designación de los trabajadores afectados. Actas de

elecciones sindicales. Justificación de razonabilidad de la medida en relación con las causas alegadas. Escrito de solicitud de informe a los representantes de los trabajadores. Informes técnicos. Plan de acompañamiento social. Documentación económica de los dos últimos ejercicios completos. El 13 de enero de 2012 tiene estrada en dicho Organismo, escrito de la empresa aportando Plan de Acompañamiento Social, ya que en la solicitud inicial, este se había aportado por error de forma incompleta. El 16 de febrero de 2012 la empresa presenta escrito de solicitud final SIN ACUERDO, donde el número de afectados asciende a 224 trabajadores con la advertencia de que este número puede verse reducido en dos colectivos; colectivo de tierra y técnicos de mantenimiento aeronáutico y ello debido a la existencia de preacuerdos que han de ser sometidos a asambleas de trabajadores. Respecto al colectivo de tripulantes de cabina, se señala la existencia de un acuerdo en el seno de la referida subcomisión. No existen afectados por extinción de contratos en este colectivo, A cambio, se pacta la movilidad geográfica de 17 tripulantes de cabina de pasajeros desde Santiago de Compostela a Madrid. El Acuerdo alcanzado el 6-02-2012 está firmado por la dirección de la empresa y los sindicatos USO, SITCPLA y CCOO, que han negociado en representación del colectivo de TCP. El 23 de febrero de 2012 se pone en conocimiento por parte de la representación de la empresa la existencia de ACUERDOS para todos los colectivos a excepción del colectivo de tripulantes técnicos de vuelo, en los siguientes términos: 1- Acuerdo con el colectivo de tierra. Autohandling y personal indirecto (excepto técnicos de mantenimiento). Se concretan 61 extinciones de contratos de los 147 inicialmente afectados. No obstante, fruto de las incorporaciones voluntarias el número final de extinciones asciende a 70. El Preacuerdo alcanzado el 9-02-2012 está firmado por la dirección de la empresa y los sindicatos USO, UGT y CCOO, que han negociado en representación del colectivo de tierra. Las Secciones Sindicales mencionadas han ratificado el Acuerdo alcanzado, tras las oportunas consultas, los días 15 y 16 de febrero. Se recoge en dicho acuerdo el Plan Social y las medidas alternativas a aplicar, reducciones de jornada, recolocaciones, fijándose la indemnización por despido en 20 días por año de servicio, con un mínimo de 3.000 Euros, y un máximo de 12 mensualidades. 2- Acuerdo con el colectivo de técnicos de mantenimiento aeronáutico. Se concretan 9 extinciones de contratos, a las que hay que añadir 5 prejubilaciones, total 14 afectados. El Acuerdo alcanzado el 16-02-2012 está firmado por la dirección de la

empresa y el sindicato ASETMA, que ha negociado en representación del colectivo de técnicos de mantenimiento aeronáutico. El Plan Social incluye 12 traslados desde Barcelona a Madrid y 10 traslados desde Tenerife a Madrid, así como otras medidas de opción a la reincorporación en la empresa y preferencia en la incorporación en Globalia Mantenimiento Aeronáutico, S.L.U., fijándose la indemnización por despido en los 20 días por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades. 3- Acuerdo con el colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros. No existen afectados por extinción de contratos en este colectivo. A cambio, se pacta la movilidad geográfica de 17 tripulantes de cabina de pasajeros desde Santiago de Compostela a Madrid. El Acuerdo alcanzado el 6-02-2012 está firmado por la dirección de la empresa y los sindicatos USO, SITCPLA y CCOO, que han negociado en representación del colectivo de TCP. 4- Desacuerdo con el colectivo de tripulantes técnicos de vuelo. Afectados, 45 trabajadores, adjuntándose anexo con el listado de los trabajadores de este colectivo afectados por la extinción del contrato.

A la vista de todo ello, y una vez ratificados los Acuerdos con los colectivos mencionados por parte de los sindicatos USO, SITCPLA, CCOO, UGT y ASETMA, la representación de AIR EUROPA LINEAS AÉREAS, S.A.U. realiza una solicitud final de autorización para extinguir los contratos de trabajo de 129 trabajadores, con arreglo a la siguiente distribución: Pilotos 45 trabajadores. TCP 0 trabajadores. Personal indirecto y Autohandling 70 trabajadores. Mantenimiento 14 trabajadores. Total 129 trabajadores. El 28 de febrero de 2012 la empresa aporta listado definitivo de afectados, entre los que se encuentran 45 pilotos. El 1 de marzo de 2012 tiene entrada escrito de la empresa aportando documentación económica contable consolidada y auditada. (Descripción 39); 5º.- Por Resolución de la DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO de fecha el 2 de marzo de 2012, rectificada por Resolución de 9-3-2012 recaídas en el expediente NUM000 se acuerda: AUTORIZAR a la empresa AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS S.A.U. para la EXTINCIÓN de 129 contratos de trabajo que se distribuyen: Colectivo de Tierra: 70 trabajadores y ello en los términos y condiciones establecidos en el Preacuerdo alcanzado el 9-02-2012 firmado por la dirección de la empresa y los sindicatos USO, UGT y CCOO ratificado el Acuerdo alcanzado en fechas 15 y 16 de febrero de 2012. Colectivo de técnicos de mantenimiento: 14 trabajadores y ello en los

términos y condiciones establecidos en el Acuerdo alcanzado el 16-02- 2012 firmado por la dirección de la empresa y el sindicato ASETMA. Colectivo de tripulantes técnicos de vuelo. 45 trabajadores adjuntándose anexo con el listado de los trabajadores de este colectivo afectados por la extinción del contrato. En este caso no hubo acuerdo con el sindicato negociador (SEPLA). Las extinciones para los distintos colectivos, se llevarán a cabo desde la fecha de la presente resolución hasta el 31 de mayo un de 2012.

Se adjuntan a la resolución las Actas de Acuerdo de los distintos colectivos así como el listado de trabajadores afectados. La Resolución incorpora una relación nominativa de los 45 Pilotos afectados, de los que 17 pertenecen a la flota de Boeing 767 (B767), en la que prestaban servicios los pilotos demandantes de la demanda acumulada y los 28 restantes a la flota de Embraer 190 (E190). En relación a criterio de designación de los pilotos afectados, en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Resolución, tras dejar constancia de la discrepancia existente entre el criterio de afectación de Pilotos propuesto por la Empresa y el establecido en el Art. 9 del Convenio Colectivo (que se transcribe literalmente), se dice: La cuestión que se suscita no es otra que determinar si el criterio de afectación determinado por la empresa es un criterio objetivo teniendo en cuenta que los derechos de prioridad que se establecen no son de carácter absoluto como ocurre con los representantes legales de los trabajadores la Doctrina Jurisprudencial sentada al respecto (Sentencia de 27-7-89. RJ/1989/5636, Sala 4ª y 10-7-96, RJ/1996/5973. Sala 3ª así como la Sentencia del Tribunal constitucional de 26-11-96 , RTC/1996/191". Planteado así el tema, en el mismo Fundamento de Derecho se concluye: "Desde este Órgano Directivo, se considera que los criterios determinados por la empresa para la afectación de los Tripulantes Técnicos de Vuelo, son objetivos y no discriminatorios" añadiendo un nuevo argumento, a saber: "La aplicación de los dispuesto en el Artículo 9 del Convenio Colectivo implicaría un sobrecoste anual salarial de 1.068.517 euros derivado de una configuración de la plantilla con pilotos de categoría superior a la necesaria para ocupar los puestos restantes y adicionalmente supondría unos costes adicionales derivados de la necesaria instrucción de tripulantes, cursos de habilitación, parada temporal de aviones, etc. como consecuencia de proceso progresivo de adecuación de la plantilla al nuevo contexto operativo que ascendería a 6,56 millones de euros". (Descripciones 39 y 40); 6º.- El día 17 de enero de 2012 se constituyó la Comisión del Negociadora que se ha articulado,

formada por la representación de la Dirección de la empresa y la representación de los Sindicatos con presencia en la empresa, con 11 miembros, USO. 4 representantes; SEPLA, 2 representantes, SITCPLA, 2 representantes, CCOO, 1 representante; UGT, 1 representante y ASETMA, 1 representante, junto con los asesores respectivos, tanto de la empresa como de los sindicatos presentes. Dentro de la citada comisión negociadora para desarrollar el periodo de consultas se han articulado cuatro (4) Subcomisiones independientes unas de otras, respectivamente para los Tripulantes de Cabina de Pasajeros, para los Tripulantes Técnicos de Vuelo, para los Técnicos de Mantenimiento de Aeronaves y para el Colectivo de los Trabajadores en Tierra. La representación sindical en la segunda de estas Subcomisiones, corrió a cargo de SEPLAIR, sin intervención de ninguna otra (Fundamento de Derecho Segundo, párrafo primero, de la Resolución impugnada, de 2 de marzo de 2012, descripción 39). Constituida de ese modo la Comisión Negociadora como órgano colegiado, se adoptó el siguiente Acuerdo expreso: "manifiesta su decisión vinculante de que no va a imponer acuerdo alguno a aquel colectivo que no esté a favor del mismo, respetándose los acuerdos o desacuerdos que se alcancen en el seno de las subcomisiones de trabajo formadas por los distintos colectivos y, por tanto, cualquier acuerdo al que llegue no producirá efecto alguno al colectivo cuya representación no esté conforme con el mismo, siguiendo la doctrina de la DGT manifestada en el ERE de la empresa Air Nostrum resuelto en octubre del 2009" (documento nº 36 de la parte demandante, descripción 37); 7º.- Aunque el ERE promovido por la empresa es único, el periodo de consulta se fraccionó en cuatro subcomisiones como se menciona en el anterior hecho probado: pilotos, técnicos de mantenimiento, colectivo de tierra y TCP. El período de consultas se inició en fecha de 11 de enero de 2012 y finalizó en fecha de 10 de febrero de 2012, según consta en el Acta de constitución de la comisión negociadora de carácter sindical de 17 de enero, firmada por todos los sindicatos presentes incluido el SEPLA. En el Acta de finalización del período de consultas de 10 de febrero de 2012 por la representación de SEPLA se hace constar que no se ha iniciado el periodo de consultas con dicha representación por estar incompleta la documentación, y todo ello sin perjuicio de lo reflejado en el Convenio correspondiente en relación con la tramitación de expedientes de regulación de empleo. SEPLA no firmó el Acta citada. La correspondiente a los tripulantes técnicos de vuelo se reunió los días 23 26 y 30 de enero, y 7 de febrero de

2012, levantándose las oportunas Actas que figuran aportadas a los autos y cuyo contenido se da por reproducido. (Descripción 41, 50,43 y 302) En las dos primeras reuniones el SEPLA plantea numerosas cuestiones y solicitudes de información a la empresa sobre diferentes aspectos. En la primera reunión de fecha 23 de enero el SEPLA manifestó la falta de documentación necesaria para considerar iniciado el periodo de consultas, si bien reconoce que en la reunión de constitución de la comisión negociadora del 17 de enero se le permitió ver la copia sellada de la solicitud ante la Autoridad Laboral. El SEPLA presentó el 25-1-2012 ante la Dirección General de Empleo escrito en el que se manifestaba el incumplimiento de aspectos formales del ERE y se solicitaba de dicho Organismo que se inadmitiera el ERE instado o subsidiariamente declarar su nulidad y en todo caso no tener por iniciado el periodo de consultas (Descripción 42 y 293). La documentación cuya falta se denunciaba consistía en: Escrito de solicitud del ERE ante la autoridad laboral (copia sellada), anexo I (poder notarial y DNI del representante de la empresa), anexo III (copias de las comunicaciones de inicio del periodo de consultas efectuadas a los comités de empresa y delegados de personal) y parte del anexo VI, puesto que del plan de acompañamiento social se habían entregado solamente las hojas impares, faltando las pares. Además denunciaba que no se le había solicitado por la empresa a la sección sindical el informe del artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores. En el escrito de fecha 25 de enero dirigido a la Autoridad Laboral se reconoce que ya se ha subsanado lo relativo a la falta de los folios pares del plan de acompañamiento social. En la segunda reunión de fecha 26 de enero de 2012 nada se reitera por el SEPLA en relación con la falta de la documentación anteriormente indicada, pero sí se manifiesta lo siguiente: "En referencia a parte de la documentación aportada por Air Europa, respecto a la solicitud de ERE y analizada la documentación observamos que la relativa a las cuentas provisionales a la fecha de solicitud del ERE, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del RD 801/2011 , carece del detalle adecuado y elementos necesarios para poder hacer una valoración económica de lo ocurrido durante el ejercicio 2011 e incluso después del cierre de dicho ejercicio hasta la formulación de las cuentas anuales por parte de sus Administradores. Dado que la Ley de Sociedades de Capital obliga a un plazo máximo para la formulación de cuentas anuales de tres meses desde el cierre del ejercicio social (Art. 253.1 del RD Legislativo 1/2010 de 2 de Julio) y que este plazo, para el caso de Air

Europa y de su Grupo Consolidado vence el próximo 31 de Enero, dentro del período de consultas del ERE resulta esencial disponer de esta información como parte de la información prevista en el artículo 6.2 del citado RD 801/2011 , por ser una información existente y disponible dentro del periodo de consultas y totalmente necesaria para ampliar las cuentas provisionales inicialmente aportadas. El no disponer de esta información sería totalmente contrario al espíritu del citado artículo 6 y al objetivo del período de consultas entre las partes. Por este motivo, solicitamos la ampliación de las cuentas anuales provisionales de 2011, tanto de Air Europa como de su Grupo Consolidado, aportando las cuentas anuales formuladas en los términos y con el contenido previsto en el artículo 254 del RD Legislativo 1/2010 de 2 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital". En el acta se recogen a continuación una serie de referencias normativas. Con fecha 27 de enero de 2012 tiene entrada en dicho organismo escrito formulado por D. Nicanor, y por D. Jose Augusto. Ambos trabajadores realizan alegaciones en contra de los criterios de afectación de los trabajadores afectados determinados por la empresa. En la tercera reunión del periodo de consultas, celebrada el día 30 de enero, en relación con el tema de la documentación, el acta contiene las siguientes manifestaciones: "Tras la exposición efectuada por la parte social, la representación de la empresa manifiesta que la reiterada solicitud de copiosa documentación, información y otras cuestiones a la empresa, únicamente persiguen el fin de obstruir y dilatar las negociaciones, no favoreciendo que en el seno de las reuniones de esta subcomisión se discutan las propuestas que la empresa realiza, y cuyo fin persigue evitar el impacto de este expediente de regulación de empleo en el colectivo de los tripulantes técnicos de vuelo, así como garantizar el mantenimiento y la viabilidad de la empresa, y que lógicamente revierte y repercute en el mantenimiento del empleo en el resto de los colectivos de la compañía. Asimismo, la representación de la empresa manifiesta su absoluto rechazo con respecto a las manifestaciones efectuadas por la parte social en cuanto a la huelga convocada por ese colectivo. La parte social rechaza rotundamente esta manifestación. Las cuestiones y solicitud de información requeridas son básicas para valorar la razonabilidad y concurrencia de las causas que motivan el ERE, siendo todas ellas consecuencia del estudio de la documentación justificativa de las causas alegadas, medidas a adoptar y expectativas de repercusión en la viabilidad de la empresa". El 31

de enero de 2012 SEPLA remitió nuevo escrito a la Autoridad Laboral, solicitando a la Dirección General que dictase resolución por la que no se tenga por iniciado el período de consultas (descripción 44, y 295 cuyo contenido se da por reproducido). En concreto se manifiesta lo siguiente: "De la documentación que se nos entregó el día 10 de enero, falta la siguiente documentación: 1.- Solicitud sellada instando el ERE por la representación de la Empresa, documentación que sí ha sido entregada al resto de las representaciones. 2.- Anexo I- Falta entero. 3.- Anexo III.- Falta entero menos comunicación a la representación unitaria. 4.- Anexo IV.- Falta Solicitud de informe a las representaciones, cuando al resto de las representaciones parece ser que si se les ha entregado. Falta igualmente Actas de escrutinio de comités, elecciones., .etc. 5.- Falta Anexo VI completo. 6.- Anexo XI no se nos entrega debidamente el plan de acompañamiento por cuanto le faltan todas las hojas pares al mismo. b) Ante nuestras reiteradas denuncias de que no se podía dar por iniciado el periodo de consultas por no habernos entregado la documentación completa que establece la Legislación Vigente, el día 24 de enero y por correo electrónico, se nos remite la siguiente documentación: 1.- Anexo III (todo menos la comunicación a los trabajadores sin representación unitaria). 2.- Anexo VI 3.- Anexo XI. De todo ello se desprende que a esta fecha sigue faltando que se nos entregue la siguiente documentación: 1.- Copia sellada del escrito solicitando ERE por AIR EUROPA ante la Dirección General de Empleo. 2.- Anexo I 3.- Anexo IV. Siguen sin solicitarnos el informe preceptivo del artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores. 4.- Actas escrutinio comités, elecciones....etc. Por lo dicho, resulta evidente que no se puede dar por iniciado el periodo de consultas, hasta que la Sección Sindical de SEPLA en AIR EUROPA, tenga la documentación completa, por lo que solicitamos a esa Dirección General de Empleo, que requiera a la Dirección de AIR EUROPA a efectos de que se nos entregue la documentación que nos falta, y sólo una vez cumplimentado dicho requerimiento por AIR EUROPA, se podrá dar por iniciado el periodo de consultas, y todo ello sin perjuicio de las acciones legales que esta parte va a interponer por considerar que el ERE instado vulnera el artículo 9 y al anexo 9º del Texto Refundido del III Convenio Colectivo de Pilotos de AIR EUROPA ". En la reunión de 7- 2-2012 se dice, según consta en el acta, en relación con los problemas de documentación, lo siguiente: igualmente la parte social requiere de nuevo la documentación inicial no aportada a esta representación en la solicitud de ERE. Y

también: en este sentido, la representación social manifiesta y reiterada que sigue sin tener respuesta a su correo del pasado día 13, así como a los interrogantes planteados por esta representación en las anteriores reuniones sobre cuestiones objetivamente útiles y necesarias para valorar la razonabilidad y concurrencia de causas que motiven este ERE (cuentas formuladas del año 2011, presupuesto para el 2012, movimientos de aeronaves, etc.). Por lo que una vez más solicita se dé respuesta a las mismas. De nuevo, el 8-2-2012 el SEPLA se dirigió a la Dirección General interesando se dictase Resolución por la que no se tenga por iniciado el periodo de consultas. En estos escritos SEPLA denunció el incumplimiento por la empresa del art. 9 del Convenio y el anexo 9.3 del mismo. Reiterando la falta de documentación y solicitando de nuevo que se dictase resolución por la que no se tuviese por iniciado el período de consultas (Descripción 296), que se da por reproducida. En el Acta de finalización del período de consultas de 10 de febrero de 2012 por la representación de SEPLA se hace constar que no se ha iniciado el periodo de consultas con dicha representación por estar incompleta la documentación, y todo ello sin perjuicio de lo reflejado en el Convenio correspondiente en relación con la tramitación de expedientes de regulación de empleo. SEPLA no firmó el Acta citada. El 14 de febrero de 2012 tiene entrada en la Dirección General escrito del SEPLA de oposición al expediente al entender que no concurren las causas productivas y económicas alegadas por la empresa. El 16 de febrero de 2012 tiene entrada en la Dirección General escrito formulado por SEPLA ampliando escrito de oposición al expediente. Con fecha 16 y 20 de febrero de 2012 tienen entrada escritos formulados por D. Marcial, y D. Félix trabajadores de la empresa, formulando alegaciones en contra de su inclusión en el expediente. El 27 de febrero de 2012 se presenta escrito por D. Jesús Rodríguez Altamirano en nombre y representación del sector aéreo FSC-CCOO, ante la Dirección General formulando alegaciones en contra del listado de afectados. El SEPLA, denunció diversas irregularidades ante la DGE, y ante el Inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante, entre otras:

A) Denuncias sobre la infracción de las garantías pactadas en el III Convenio Colectivo 1º) En la reunión del día 23 de enero de 2012, celebrada en Palma de Mallorca, SEPLAIR, además de exponer diversas irregularidades en la tramitación del ERE, según consta en el Acta de la sesión (Doc. Nº 40), denunció expresamente que la

Compañía ... "al instar el ERE ha vulnerado el artículo 9 de nuestro Convenio Colectivo, que impide que se insten ERES que afecten al Colectivo de Pilotos, mientras haya producción cedida a terceros e, igualmente, ha vulnerado el Anexo 9 del Convenio, que establece que, en todo caso, antes de instar un ERE que afecte a los Pilotos, si hay producción cedida a terceros, deberá ser negociado y acordado con la Sección Sindical del SEPLA en AEA, y en el presente caso la compañía no ha negociado, ni ha acordado la solicitud del ERE con la Sección Sindical de SEPLA en dicha compañía. Como respuesta a esta denuncia, la representación de la compañía alegó lo siguiente: primero, "porque el ERE afecta a la totalidad de los colectivos que integran la plantilla de la compañía y no exclusivamente al colectivo de tripulantes técnicos de vuelo" y, segundo, "que no es el momento de discutir si son de aplicación todas y cada una de las disposiciones de su Convenio Colectivo que en la actualidad está denunciado". 2º) En el escrito de alegaciones de 25 de enero de 2012, dirigido por SEPLAIR a la DGE (documento nº 41 y Antecedente Sexto de la Resolución impugnada de 2 de marzo de 2012), se solicita de la dependencia administrativa que se tenga por no iniciado el periodo de consultas del ERE en trámite, que se obligue a la compañía a cumplir lo establecido en el III Convenio Colectivo sobre el mismo y, además, que se requiera a la compañía AEA entregue al sindicato la documentación completa presentada para la solicitud del ERE, se incluye una extensa alegación segunda en la que se narra con detalle la producción con medios ajenos que AEA lleva a cabo, denuncia formulada en los términos siguientes : "AEA ha incoado ERE que afecta según la compañía a 46 Pilotos de la compañía en contra de lo establecido en el artículo 9 del Convenio Colectivo , en relación con el Anexo IX del texto refundido del III Convenio Colectivo de Trabajo entre la Compañía AEA LINEAS AEREAS SA U, SL, y sus Tripulantes Técnicos de Vuelo". 3º) En la reunión del día 30 de enero de 2012, celebrada en Palma de Mallorca, SEPLAIR solicitó la inclusión en el Acta de la sesión (Doc. nº 42), de la siguiente propuesta "no se incoará expediente de regulación de empleo sin acuerdo con la Sección Sindical de SEPLA en AEA en el escalafón de Pilotos mientras exista producción con medios ajenos a AEA dentro del Grupo GLOBALIA. Por lo tanto, esta representación hace constar que cualquier posible acuerdo que se alcanzara en esta materia (ERE) deberá ajustarse íntegramente a lo que establece en el Convenio Colectivo en su totalidad y en particular en su artículo 9 y Anexo IX'. 4º) En el escrito

de alegaciones de SEPLAIR, de 31 de enero de 2012, (documento .nº 43 y Antecedente Octavo de la Resolución impugnada de 2 de marzo de 2012), nuevamente presentado ante la DGE, además de reiterar nuevamente la entrega de la documental completa, se remite a ... "las acciones legales que esta parte va a interponer por considerar que el ERE instado vulnera el artículo 9 y el Anexo 9º en el juego del Texto Refundido del III Convenio Colectivo de Pilotos de AEA ". 5º) En escrito, ante la propia DGE, de 8 de febrero de 2012, (Doc.nº44 y Antecedente Noveno de la Resolución impugnada de 2 de marzo de 2012), SEPLAIR reiteró la denuncia de incumplimiento del III Convenio Colectivo en los términos siguientes "todo ello sin perjuicio de las acciones legales que esta parte va a interponer por considerar que el ERE instado vulnera el artículo 9 y el Anexo 9º del texto refundido del III Convenio Colectivo de Pilotos de AEA". 6º) Con fecha 9 de febrero de 2012 se presentó, por SEPLA y SEPLAIR, en la DGE, trámite conciliatorio previo a la vía jurisdiccional social para que la empresa AEA reconociese el incumplimiento de las garantías anti-ERE establecidas en el III Convenio Colectivo celebrándose la conciliación sin avenencia el día 27 de febrero de 2012. Y, con fecha 2 de marzo de 2012, SEPLA y SEPLAIR presentaron demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, suplicando, en el primer pedimento, que se declarase al juego que la entidad demandada, AEA, había vulnerado el artículo 9 y el Anexo IX, en su punto 3º, en relación con el Anexo XII, del IIICC, al iniciar un ERE que afecta a pilotos, infringiendo las cláusulas de referencia.

B) Denuncias sobre la insuficiencia de la documentación aportada para acreditar la existencia de las causas organizativas y económicas alegadas por AEA 1º) En el escrito de alegaciones de 25 de enero de 2012, dirigido por SEPLAIR a la DGE (descripción 42, doc. nº 41 y Antecedente Sexto de la Resolución impugnada de 2 de marzo de 2012), se solicita de la dependencia administrativa que se obligue a la empresa promotora a entregar al SEPLA la documentación completa presentada para la solicitud del ERE. 2º) En el escrito de alegaciones de SEPLAIR, de 31 de enero de 2012, (descripción 44, documento nº 43 y Antecedente Octavo de la Resolución impugnada de 2 de marzo de 2012), nuevamente presentado ante la DGE, se solicita el requerimiento a la compañía AEA para la entrega de la documentación. 3º) En escrito de 8 de febrero de 2012, SEPLAIR se dirigió a la DGE (descripción 45 documento nº 44 y Antecedente

Noveno de la Resolución impugnada de 2 de marzo de 2012), denunciando no estar disponible la documentación preceptiva para la negociación del ERE. 4º) En el Acta Final de la Comisión negociadora plenaria del periodo de consultas, extendida el día 10 de febrero de 2012 (descripción 49, documento. nº 48) se hace constar por SEPLAIR que no se ha iniciado el periodo de consultas con dicha representación por estar incompleta la documentación, debido a lo cual el SEPLA no suscribió dicho Acta. 5º) El 1 de marzo de 2012, SEPLAIR denuncia la falta de documentación ante la Inspección de Trabajo, según consta en el expediente administrativo. 6º) En el recurso de alzada de SEPLA y SEPLAIR, de 4 de abril de 2012, (descripción 46, documento nº 45), se insta la nulidad de la Resolución de la DGE por la aportación inicial incompleta del Plan de Acompañamiento y, sobre todo, porque al subsanar la deficiencia, se trasladó copia del Plan a todas las representaciones sindicales menos al SEPLA.

C) Denuncias sobre la paralización del plazo del periodo de consultas al no disponer de la documentación preceptiva 1º) En el escrito de alegaciones de 25 de enero de 2012, dirigido por SEPLAIR a la DGE (descripción 42 Doc nº41 y Antecedente Sexto de la Resolución impugnada de 2 de marzo de 2012), se solicita de la dependencia administrativa que se tenga por no iniciado el periodo de consultas del ERE en trámite, a la vista de los incumplimientos de las garantías del III Convenio Colectivo y de la documentación preceptiva. 2º) En la reunión del 26 de enero de 2012 (descripción 50, documento nº 49), SEPLAIR deja constancia en el acta de las irregularidades cometidas por la DGE en la tramitación del ERE, solicitando que no se tuviera por iniciado el periodo de consultas. 3º) En la reunión del 7 de febrero de 2012 (descripción 51, documento nº 50), SEPLAIR reiteró las denuncias sobre insuficiencia documental y necesaria interrupción del periodo de consultas. 4º) En escrito, ante la DGE, de 8 de febrero de 2012, (descripción 44, documento 43 y Antecedente Noveno de la Resolución impugnada de 2 de marzo de 2012), SEPLAIR solicitó de aquella dependencia administrativa que no se tuviera por iniciado el periodo de consultas debido a las irregularidades formales cometidas por AEA. 5º) En el Acta Final de la Comisión negociadora plenaria del periodo de consultas, extendida el día 10 de febrero de 2012 (descripción 49, documento nº 48), se hace constar por SEPLAIR, que no debe considerarse iniciado el periodo de consultas con dicha representación sindical, vistas

las irregularidades cometidas a lo largo de las negociaciones; 8º.- La documentación presentada por la empresa en el expediente fue la siguiente: relación de los criterios que serán tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el expediente; memoria explicativa/informe técnico justificativa de las causas económicas y de producción; cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo, auditadas de los dos últimos ejercicios económicos (2009 1010) cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos (2009-2010) integradas por el balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión auditadas y el avance a 10-01-2012, correspondientes a Air Europa líneas Aéreas, S.A.U. En la comparecencia ante la inspección, el día 24 de febrero de 2012, presentan también las cuentas anuales provisionales de AEA correspondientes al ejercicio de 2011 no se presentaron las del grupo consolidado. Constan asimismo en el expediente la documentación acreditativa de la representación social y el Plan de Acompañamiento Social. Que se presentó incompleto siendo objeto de subsanación posterior por la propia compañía el 13 de enero de 2012 (informe de la inspección de trabajo, descripción 39 del expediente administrativo y descripción 1.2 a 1.9, 2:05. 2001 del expediente administrativo). En 1 de marzo de 2012, la empresa presenta en la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social las cuentas anuales auditadas e informe de gestión de a Air Europa correspondiente al ejercicio terminado a 31 de octubre de 2011 (descripción 36 del expediente administrativo). Las cuentas anuales del grupo consolidado Globalia para el ejercicio 2011 auditadas no constan en autos; 9º.- Con fecha 4 de abril de 2012, SEPLA y SEPLAIR formalizaron recurso de alzada (descripción 46), contra las Resoluciones de la DGE, de 2 y 9 de marzo de 2012, por las que se autoriza el ERE promovido por AEA, conteniendo diversos fundamentos ... "sin perjuicio de señalar que entendiendo la parte recurrente que la admisión a trámite por la DGE del Expediente de Regulación de Empleo instado por AEA, en cuanto a lo que afecta al colectivo de Pilotos, vulnera radicalmente el artículo 9 y el Anexo IX del Texto refundido del III Convenio Colectivo de Trabajo y Anexos entre la Compañía AEA LINEAS AEREAS , S.A.U. y los Tripulantes Técnicos de Vuelo, a cuyo tenor, no se incoarán expedientes de regulación de empleo, sin acuerdo de la S.S. de SEPLA en AEA, en el escalafón de pilotos de AEA, mientras

exista producción con medios ajenos a AEA dentro del Grupo Globalia, extremo que ha quedado acreditado en el expediente de referencia, constando en las cuentas del año 2011 una partida superior a cuarenta y nueve millones de euros por pagos a otras empresas por servicios de externalización y que ha dado lugar a la interposición por parte de SEPLA de un conflicto colectivo". Dicho recurso de alzada ha sido desestimado por resolución de 26 de septiembre de 2012 confirmando la Resolución impugnada en todos sus extremos. (Descripción 67 del expediente administrativo). Asimismo, D. Virgilio, D. Arturo, D. Félix, D. Modesto, D. Carlos Manuel Y D. Benjamín, presentaron recurso de alzada contra la referida resolución, cuyo contenido, obrando en autos (descripción 155) se da por reproducido. Por resolución de la Dirección General de empleo de fecha 3 de agosto de 2012 se desestimó el recurso de alzada interpuesto (descripción 178) habiéndose presentado en fecha 17 de octubre de 2012, escrito de aclaración de la demanda frente a la referida Resolución expresa. (Descripción 177); 10º.- Con fecha 30 de abril de 2012, en el conflicto de referencia (procedimiento 43/2012), se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (descripción 47, Doc. Nº 46) en la que, sin entrar en el fondo del asunto, se apreció la excepción de falta de acción, estableciendo expresamente en el fallo que los demandantes "deberán acudir a la vía procesal que se contempla y regula en el art. 151 de la Ley de la Jurisdicción Social" La citada sentencia es firme; 11º. - Por Resolución del 21 de mayo de 2003, de la Dirección General de Trabajo, se dispone la inscripción en el registro y publicación del texto refundido del III Convenio Colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas S.A.U. y los Tripulantes Técnicos de Vuelo, publicado en el BOE de 9 de Junio de 2003, que afecta a todos pilotos de la plantilla de AENA encuadrados en el grupo de Pilotos. Tal convenio que tenía vigencia hasta el 31/12/2004 ha sido prorrogado tácitamente por períodos de 12 meses, a tenor de lo previsto en su art. 3 que dispone: "el presente Convenio tendrá vigencia desde la firma del mismo, una vez registrado por la autoridad laboral, hasta el 31 de diciembre de 2004. Este Convenio será prorrogable tácitamente por períodos de 12 meses a partir de la finalización de la vigencia del mismo, si con una antelación mínima de dos meses a la fecha de su vencimiento no ha sido expresamente pedida su revisión total o parcial, por cualquiera de las dos partes". El artículo 9 del referido convenio dispone : " Artículo 9. Regulación de empleo. Deberá cumplir el requisito especificado en el Anexo IX punto

3° de este Convenio Colectivo. No se podrá plantear expediente de regulación de empleo mientras existan vuelos bajo el indicativo de vuelo AEA, o bien que sean comercializados por el grupo Globalia, realizados por empresa distinta de AEA Líneas Aéreas, S.A.U. Viajes Halcón y Travelplan podrán vender y comercializar cualquier vuelo de otra compañía o bien comercializar paquetes turísticos realizados por otras compañías aéreas siempre que se trate de compañías no participadas por el grupo Globalia. No se podrán ceder o alquilar líneas de AEA a otras compañías, mientras no haya vuelto o ser le haya ofertado el retorno, siendo rehusado por el mismo, al último Tripulante Técnico piloto cesado en virtud del expediente." El párrafo cuarto, inciso primero del artículo 9 dispone: ... "cuando la suspensión o resolución de contratos fuera aprobada por la autoridad laboral competente, y no afectara a la totalidad de la plantilla, se considerará el escalafón administrativo en orden inverso entre la totalidad de los Tripulantes Técnicos sin distinción de categorías profesionales. A estos efectos, la plantilla no afectada por la regulación de empleo deberá desglosarse entre Comandantes y Copilotos, pasando los Comandantes de menor antigüedad técnica que así les corresponda a realizar las funciones de la especialidad de Copiloto, manteniendo no obstante los emolumentos como primero (salvo la prima de responsabilidad), hasta el número que haga falta para normalizar la composición de las tripulaciones. Añade el precepto citado, en sus siguientes incisos y párrafos: "si desaparecieran las causas que hubieren originado la regulación de empleo se tenderá a volver a la situación de origen por el mismo orden de escalafón y se hará en orden inverso al aplicado en el párrafo anterior. No podrá contratarse nuevo personal Tripulante Técnico Piloto por parte de AEA, hasta tanto en cuanto no se haya ofertado el trabajo a los que hubieran cesado como consecuencia de un expediente de regulación de plantilla, siempre y cuando dicha contratación afecte a los puestos de trabajo que hayan ocupado los Tripulantes Técnicos implicados en el referido expediente, sin perjuicio de las indemnizaciones percibidas, y no haya transcurrido tres años de los respectivos ceses. En caso de aceptarse la oferta de trabajo, los contratos a suscribir lo serían "ex novo "y de acuerdo con las disposiciones legales de aplicación en estos casos. A los efectos de regulación de empleo, el número mínimo de tripulaciones por avión será de 6 en la flota de B-737 y en la de B-757 y de 8 en la de B-767. Se calcula que los cargos de Dirección de Operaciones, Jefe de Pilotos y Jefe de Flota de B-767/B-757 contarán como 1 '5 pilotos" Por su parte, el punto 3° del

Anexo IX, al que remite el transcrito artículo 9, figura pactado en los siguientes términos literales: "Externalización de la producción" "3) No se incoarán expedientes de regulación de empleo, sin acuerdo de la S.S. de SEPLA en Air Europa, en el escalafón de pilotos de Air Europa, mientras exista producción con medios ajenos a Air Europa dentro del Grupo Globalia. 4) De existir producción con medios ajenos, en la programación se atenderá a la calidad de producción correspondiente a los pilotos de Air Europa. 5) No se utilizará ningún sistema de externalización de la producción dentro del Grupo Globalia, con la excepción de los apoyos puntuales previstos en los puntos 8 y 10 del presente anexo 6) El crecimiento de la producción del Grupo Globalia será siempre a través de la matriz Air Europa. 7) Cualquier operación regional, de 3er. nivel o de baja capacidad, entendiéndose como tal aviones con módulos de menos de 100 plazas en el certificado de tipo del fabricante, será efectuada dentro de Air Europa como operación de una nueva flota, pactándose las condiciones particulares de dicha operación entre la Empresa y la Sección Sindical antes de su inicio. Air Europa renuncia expresamente a la externalización de la producción en la modalidad de franquicia. 8) Air Europa se reserva el derecho a utilizar los medios habituales de subcharter, alquileres de aviones, etc., que puntualmente son utilizados en el entorno de negocio en que ésta se desenvuelve. Quincenalmente la Dirección de Air Europa facilitará a la S.S. información sobre los apoyos puntuales previstos y las causas que los motivan. 9) El Grupo Globalia renuncia expresamente a cualquier tipo de segregación de la producción de Globalia en otra u otras compañías aéreas. 10) La modalidad de externalización de la producción. CÓDIGO COMPARTIDO, se regulará teniendo en cuenta las siguientes Limitaciones. Excepciones y Condiciones...

Limitaciones: El número máximo de horas de vuelo, sin incluir las excepciones con templadas en este acuerdo que podrían ser operadas en código compartido con AEA por otras compañías con pilotos ajenos al escalafón de Air Europa, será el que resulte menor de los siguientes límites: a. Los vuelos en código compartido operados por pilotos no pertenecientes al escalafón de AEA, sólo se darán sobre el incremento de horas que se pueda producir sobre la producción actual', estableciéndose la cantidad de 104.000 horas de vuelo u horas block reales como referencia de "producción actual" de AEA a los efectos de este Acuerdo. b. Los vuelos en código compartido operarios por

pilotos no pertenecientes al escalafón de AEA, no serán superiores al 10% de la producción anual de AEA, definiéndose como tal la suma de las horas de vuelo realizadas por los pilotos del escalafón de AEA más las horas de vuelo efectuadas en la modalidad de código compartido por pilotos que no pertenecen al citado escalafón, excluidas en este caso las correspondientes a las excepciones contempladas en este Acuerdo. c. Los vuelos en código compartido operados por pilotos no pertenecientes al escalafón de AEA, no podrán superar el 50 % del incremento de horas de vuelo sobre las 104.000 horas fijadas como producción actual. No obstante lo anterior, en tanto que no se haya ofertado un puesto de trabajo a todos los pilotos incluidos en el acuerdo del ERE, según lo establecido en el Convenio Colectivo vigente, el porcentaje antes citado no podrá superar el 25%.

Excepciones: Los siguientes vuelos incluidos en las presentes excepciones no serán considerados a los efectos de las Limitaciones establecidas en este documento ni sumados dentro de la producción anual; a. Los vuelos de cabotaje en código compartido dentro de otros estados. b. Los vuelos internacionales en código compartido que no tengan su origen o destino en un aeropuerto español. c. El vuelo en código compartido con Continental Airlines operado por esta compañía que, con una frecuencia diaria, une las ciudades de Madrid y Nueva York. d. El vuelo en código compartido con Malev y operado por esta compañía que, con una frecuencia diaria y seis veces a la semana, une las ciudades de Budapest y Madrid. e. Los vuelos en código compartido con Alitalia y operados por esta compañía que, con frecuencia de 3 vuelos diarios respectivamente, unen las ciudades de Madrid y Roma así como Madrid y Milán. f. Si AEA llegase a acuerdos comerciales con otras compañías que supongan un aumento de la producción anual de manera que los pilotos del Escalafón de AEA efectúen por lo menos un 50% de los vuelos, éstos no computarán a efectos de las limitaciones establecidas en el presente documento. Para el cómputo de este 50% se podrán considerar los distintos acuerdos que pudiesen existir de manera que, aunque en uno en particular no se alcance el citado porcentaje, en conjunto sí se efectúe por pilotos del escalafón de AEA el 50% de los vuelos computados en horas de vuelo. Las horas realizadas por los pilotos del escalafón de AEA sumarán para el cálculo de las horas de producción anual. g. Para facilitar que la red comercial de Air Europa venda billetes, lógicamente en porcentajes reducidos

sobre la capacidad del avión que realiza la ruta o el que a través de esta modalidad de código compartido se pueda cooperar en el desarrollo de nuevas rutas que sirvan como alimentadoras a los vuelos de AEA, no contarán a efectos de los límites de este Acuerdo, ni como horas de producción anual, los vuelos no operados por pilotos del escalafón de AEA en código compartido, cuando: g.1) Se trate de vuelos de cabotaje nacional, en aviones de 800 menos plazas máximas según la hoja de tipo del fabricante y el tanto por ciento de pasajes vendidos y/o comercializados por la red de AEA sea inferior al 25% del máximo de plazas máximas, según la hoja de tipo del fabricante, del avión que se emplee, o g. 2) Se trate de vuelos con origen o destino en aeropuertos españoles y el tanto por ciento de pasajes vendidos y/o comercializados por (a red de AEA sea inferior al 25 % del máximo de plazas según la hoja de tipo del fabricante para el avión de medio alcance que actualmente utiliza AEA. es decir B-737/800. Si en este tipo de vuelos se realizase alguna escala intermedia en territorio español se consideraría este trayecto como de cabotaje nacional, contemplado en el punto anterior g.1) a todos los efectos. En ambos casos la participación se computará semestralmente según las temporadas comerciales (noviembre-abril y mayo-octubre). La información precisa para comprobar este punto será facilitada por la Empresa a la S.S. antes (le 15 (lías después de finalizada la temporada y deberá ser comprobable, no siendo suficiente el mero aserto de los datos. h. El vuelo en código compartido con Southern Winds operado por dicha compañía que, con una frecuencia de cuatro vuelos semanales, unirá las ciudades de Madrid y Buenos Aires. De aumentar dicho número de frecuencias en esa ruta deberán ser operadas por AEA si bien la efectiva realización por parte de AEA del citado aumento podrá, en su caso, ser pactado según lo dispuesto en la disposición i) siguiente. i. No obstante los casos previstos anteriormente, reconociendo ambas partes el interés en permitir mediante el presente acuerdo las operaciones en código compartido así como lo complejo y difícil de prever en cuanto a evoluciones futuras y posibles singularidades en este campo, al tiempo que existiendo acuerdo en que el crecimiento de los vuelos en esa .modalidad en tanto fomenta las posibilidades de crecimiento en operación propia es de mutuo interés, ambas partes se comprometen a que los vuelos en código compartido no operados por los pilotos del escalafón de AEA no incluidos dentro de los exceptuados, y que pudieran exceder de las limitaciones establecidas .en este Acuerdo, puedan realizarse si bien, en su caso, deberán contar

indispensablemente con el acuerdo, previo a la realización del primer vuelo, de la S.S. Dicho acuerdo, en su caso, deberá ser reflejado en acta de la Comisión de Seguimiento del Convenio Colectivo convocada para tal efecto. La Dirección de AEA deberá entregar a la Sección Sindical con la suficiente antelación la documentación sobre, la propuesta de código compartido que deberá incluir entre otras informaciones; duración estimada del acuerdo, trayectos, número y horas de vuelo, cláusulas económicas del acuerdo, estimaciones de volúmenes de ventas con código AEA, etc. al objeto de que por parte de la S.S. pueda realizarse la oportuna evaluación de la propuesta. j. En todo caso, en los vuelos operados por los pilotos pertenecientes al escalafón de Air Europa, la Empresa tendrá libertad absoluta, dentro de las normas legales vigentes, para acordar con otras compañías la instalación del código de éstas en dichos vuelos, en todos aquellos casos en que por cualesquiera razones, ello fuese considerado positivamente por la Dirección de AEA.

Condiciones: 1. La Dirección de AEA informará por escrito a la Sección Sindical antes de la firma de nuevos acuerdos de código Compartido de las características de éstos y de forma específica de lo concerniente a duración, número de horas, frecuencias, cláusulas económicas, etc. que puedan incidir en la consideración de dichos vuelos a los efectos de este acuerdo. 2. La Dirección de AEA informará por escrito a la Sección Sindical, en el plazo de 30 días desde la firma de este Acuerdo, de las características de los vuelos en Código Compartido excepcionados y de forma específica lo concerniente a duración, número de horas, frecuencias, cláusulas económicas, etc. 3. Finalmente y con objeto de mantener los derechos de los Tripulantes Técnicos que contempla el artículo 90 del vigente Convenio Colectivo, la Empresa se obliga a negociar expresamente con las otras compañías aéreas con las que se pudieran establecer en el futuro este tipo de acuerdos, el uso de billetes free sujetos a espacio para TTPS y beneficiarios en términos análogos a los contemplados en el Convenio Colectivo o a conseguir los mismos acuerdos para los pilotos de AEA que los existentes para los pilotos de la otra línea aérea. Caso de no ser posible lo acordado en el párrafo anterior, AEA se compromete, previamente a la culminación del acuerdo de Código compartido en que se diesen esas circunstancias, a analizar con la S.S. las alternativas posibles y en su caso acordando eventuales compensaciones sobre la red operada por

AEA en términos de billetes free sujetos a espacio sin que en ningún caso el total supere los 20 billetes al año. Con esta misma filosofía, se revisarán los acuerdos ya operativos evaluándose entre las partes de forma global la forma de inscribir estos en el marco de los antes especificado. d. Todos los acuerdos de Código Compartido se efectuarán con compañías de vuelos regulares con concesión administrativa, propia, para volar esa ruta.

Finalmente El Anexo XII del mismo Convenio establece lo siguiente: "Reconocimiento a la representación sindical" Con objeto de dar mayor claridad al reconocimiento que por parte de AEA se hace de la representación de los TTP y para que pase a formar parte del presente Convenio Colectivo, pasa a transcribirse en su totalidad la cláusula acordada entre las partes de fecha 11 de julio del 2001. I.- Que, en fecha 12 de diciembre de 1994, la entidad "Air Europa Líneas Aéreas, S.A." y la Sección Sindical del SEPLA en la misma suscribieron el I Convenio Colectivo de Trabajo entre aquélla y los Tripulantes Técnicos de vuelo, en el que se recoge, como anexo IV .que la entidad "Air Europa Líneas Aéreas, S.A." acepta y reconoce como único interlocutor válido del colectivo comprendido en su ámbito personal a la Sección Sindical del SEPLA en "Air Europa Líneas Aéreas. SA.", siempre y cuando ésta reúna la mayoría representativa de dicho colectivo. Reconocimiento que aparece ratificado nuevamente en el vigente II Convenio Colectivo de Trabajo para Tripulantes Técnicos de vuelo firmado el 23 de octubre de 1997. II.- Que, en fecha 12 de julio de 1999. la Asociación Española de Compañías Aéreas (AEGA) y los Sindicatos CCOO y UGT suscribieron el II Convenio Colectivo Supra empresarial para el Sector del Transporte Aéreo, cuyo ámbito funcional comprende a la entidad "Air Europa Líneas Aéreas, S.A." y de cuyo ámbito personal se excluye, expresamente, a los trabajadores contratados por las empresas afectadas como tripulante técnicos de vuelo, en el que se recoge la posibilidad de constituir comités ínter centros de empresa, posibilidad hecha realidad por acuerdo de la Comisión Negociadora del citado Convenio Colectivo, publicado en el BOE del 17 de mayo de 2000, en virtud de Resolución de la Dirección General de Trabajo de 3 de mayo (le 2000. III.- Que, dado que el comité intercentros creado en razón del Convenio Supra empresarial para el Sector aéreo afecta sólo a la totalidad de los sujetos a los que resulta de aplicación el Convenio Colectivo que lo crea. Siendo, además, que dicho Convenio Colectivo, publicado en el BOE nº180., mandata en su

capítulo XI.artículo.60 a las partes negociadoras del Convenio para desarrollar un acuerdo sobre constitución y funcionamiento antes del 30 de junio de 1999, y toda vez que el acuerdo se alcanzó en fecha muy posterior a la fecha máxima autorizada, y fue acordada su publicación por resolución de 3 de mayo del 2000. Se entiende que el comité intercentros, por lo antedicho, carece de funciones que puedan afectar al colectivo de pilotos." Por su parte, el contenido del Acuerdo tercero es el siguiente: " negociación o en su caso acuerdo. En el supuesto de que por la empresa se incumpliese lo anterior, se indemnizará a cada piloto que preste sus servicios en Air Europa, en el momento que se produjo tal cesión, se adquiere asimismo el compromiso de que por la empresa, no se cederá, en Convenio Colectivo, ni de ninguna otra forma, a ningún Comité intercentros funciones que pudieran alterar lo anteriormente pactado en este documento, es decir que la Sección Sindical del SEPLA, en tanto ostente la representación mayoritaria, es la única legitimada para negociar con la empresa todos aquellos extremos que les afecten, sin que ningún otro órgano pueda tener competencia sobre tal con una cantidad equivalente a la fijada para despido improcedente en el documento firmado el 26 de noviembre de 1998. Igualmente se percibirá la precitada indemnización si por la empresa se pactase con otras secciones sindicales o sindicatos, asuntos que afecten al colectivo de pilotos pues su único interlocutor válido es la Sección Sindical de SEPLA en AEA siempre que dicho sindicato ostente la representatividad de la mayoría de dicho colectivo " El Art. 21 del Convenio Colectivo , "Escalafón Profesional", dispone: "Los pilotos fijos estarán relacionados en un escalafón único, bajo el epígrafe «pilotos». Contendrá, además del número de orden, la antigüedad administrativa, la antigüedad técnica en la especialidad, el nivel y la fecha en que lo alcanzó, el grupo laboral, la especialidad, la fecha de nacimiento y cualquier otro dato que pueda ser considerado de interés." 12º.- Códigos compartidos. AEA mantiene acuerdos de código compartido en vuelos operados por las siguientes compañías del sector: Aeroflot, Aeroméxico, Air France, Transavia, Alitalia, Delta, Iberworld, Airlines, KLM y Tarom. Además mantenía código compartido con la compañía Spanair hasta el reciente cese de operaciones de ésta última (descripción 51 a 58, 303 a 309,361 y 426) En las cuentas de AEA del ejercicio 2011 aparece por primera vez una partida nueva por valor de 49.435.000 € asignada a "trabajos realizados para otras empresas" que no había figurado nunca en las cuentas auditadas de años anteriores

que corresponde, entre otros conceptos, a determinados vuelos realizados por la entidad Iberworld Airlines (anteriormente denominada Orbest), para pagar vuelos a Canarias que hizo Orbest, sin que exista acuerdo alguno entre SEPLA y AEA para operar dichas líneas. En esas cifras estaban incluidas tanto operaciones de código compartido como operaciones no incluidas en código compartido (según se reconoce en prueba de interrogatorio de la representante de la empresa y se declara en prueba testifical por Raúl , director de alianzas de AEA) Otra parte se destinó, entre otras partidas, a pagar a Alitalia, sin perjuicio de que esta partida no se aclara en las cuentas auditadas de la empresa de 2011; 13º. - Los datos de los 35 pilotos codemandantes, se contienen en el hecho séptimo de la demanda que se da íntegramente por reproducido. (Se deducen de las nóminas, descripción 61, documento número 60; los escalafones de 2001, descripción 62 documento número 61; y de 2011 descripción 63, documento número 62) D. Jose Enrique , ha sido miembro del Comité de empresa de Tenerife hasta la fecha de su despido el día 31 de marzo de 2012 y ha ejercido su derecho a permanecer en la empresa (descripción 65, documento número 64). Don Severiano tiene un régimen de jornada reducida por el cuidado de sus hijos menores (descripción 67, documento número 66). D. Elias (número escalafón 255, descripción número 63, documento número 62, página 3) y don Leandro (número escalafón 258, descripción 63, documento número 62, página 3) tienen la misma especialidad de comandantes y están adscritos a la misma flota Embraer- 190 habiendo sido despedido el señor Elías. La antigüedad reconocida a los pilotos codemandantes Gervasio, Benigno, Baltasar, Carlos Alberto, Ramón, Abel y Nicanor , corresponde a la reconocida en virtud del Acuerdo 3º del ERE pactado en el seno de AEA, en el año 2001 (descripción 64, documento número 63). Los datos escalafonales de los 35 pilotos codemandantes son los que se recogen en el hecho probado octavo de la demanda, que se da por reproducido. Los datos escalafonales de los 34 pilotos, con interés legítimo en el presente procedimiento, conforme al escalafón de pilotos vigente a la fecha 31 de diciembre de 2011 (orden escalafón de mayor a menor antigüedad) son los que se reflejan en el hecho probado noveno de la demanda que se da por reproducido. (Descripción 62,63 y 64); 14º.- Los demandantes de la demanda acumulada vienen prestando servicios por cuenta de la empresa demandada en la flota B-767, con las siguientes circunstancias de antigüedad y categoría: Virgilio: 1/01/1995; piloto 1, nivel 2 Arturo: 13/11/1995; piloto 1, nivel 2.

Felix : 26/01/1996; piloto 1, nivel 1 Modesto : 19/05/2003, piloto 2, nivel 5. Carlos Manuel : 21/01/2004; piloto 2, nivel 6. Benjamín: 15/02/2004; piloto 2, nivel 6; 15°.- Los actores figuran en el escalafón profesional de pilotos de la compañía, cerrado a fecha 31/12/2011, según el artículo 21 del Convenio Colectivo, y que comprende un total de 516 pilotos, con los siguientes números de orden y antigüedad administrativa: Virgilio: 114; 01/01/1995 Arturo: 134; 13/11/1995; Félix: 142; 26/01/1996. Modesto: 288; 10/02/2003 Carlos Manuel: 323; 21/01/2004; Benjamín: 327; 15/02/2004; 16°.- En aplicación de la Resolución Administrativa la empresa procedió a extinguir los contratos de trabajo de los demandantes mediante cartas con fecha de efectos de la extinción de 21/03 2012 Virgilio. 31/03/2012 Arturo, Modesto y Carlos Manuel. 26/03 2012 Félix, Benjamín. Asimismo, la empresa puso a su disposición una indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año de antigüedad. A los codemandantes que se relacionan en la documentación de la empresa, se les ha entregado carta de despido y se les ha abonado la indemnización reflejada en los documentos (documentos 16 a 23 de la empresa demandada). La empresa ha ofrecido a los demandantes de la demanda acumulada una oferta de empleo para el ingreso en la flota de medio radio en el tipo D737 o ERJ 195 en fecha 25 de marzo de 2013. Don Modesto y don Pedro Jesús han aceptado la oferta de la empresa. A los demandantes que han desistido la empresa les ha ofrecido trabajo en la empresa y prestan servicios en la empresa en las condiciones ofrecidas por la empresa; 17°.- En el momento de la promoción del ERE, la flota operativa de AEA estaba compuesta por cuarenta (40) aeronaves, distribuidas en nueve Airbus A 330-200, dos Boeing 767-300, 18 Boeing 737-800 y 11 Embraer-190, tal y como aparece en el anexo II del certificado de operador aéreo (AOC) de Air Europa. De tales aeronaves, 11 operan vuelos transoceánicos, aportando dicha operación por sí misma un 40% de los ingresos totales de la compañía. A 31 de octubre de 2011 la flota de la sociedad estaba compuesta por un total de 42 aeronaves nueve (9) Airbus A330-200, dos (2) Boeing 767-300, veinte (20) Boeing 737-800 y once (11) Embraer-190, tal como aparece en el Anexo II del Certificado de Operador Aéreo (AOC) de Air Europa. (Descripción 36, página 8 del expediente administrativo). La empresa demandada ha firmado un acuerdo con Privilege Style compañía aérea privada con base en Palma de Mallorca, para que ésta opere todos los vuelos de la aerolínea de Globalia con destino a Roma durante el verano. El acuerdo entre en vigor el 1 de julio de 2012 y tiene una

duración inicial de tres meses, además existen contratos en vigor con otras aerolíneas como Orbest (descripción 414); 18º.- La empresa ha declarado pérdidas económicas actuales, que han alcanzado los -13 millones de Euros como resultados antes de impuestos en el ejercicio de 2011, según las cuentas anuales auditadas correspondientes a dicho ejercicio; y con una proyección de pérdidas para el ejercicio de 2012 superiores a los -81 millones de Euros-. Estas previsiones se basan, según la empresa, por una parte en el contexto económico de recesión para este ejercicio y el descenso de los ingresos proporcionados por los vuelos chárter, y por otra parte, por el mantenimiento del precio del combustible, la evolución del valor del dólar, y en definitiva por el incremento continuado de los costes variables operacionales. El número de pasajeros transportados ha pasado de 8,9 millones en 2009 a 8,7 millones en 2011, con un empeoramiento de la cuota de mercado en vuelos de corto y medio recorrido con origen o destino en España. (Informe de la inspección de trabajo descripción 39 del expediente administrativo y cuentas anuales de 2011). La sociedad tributa en régimen consolidado con otras sociedades del grupo empresarial Globalia integrado por Globalia Corporación Empresarial como sociedad dominante y por las sociedades dependientes incluida la propia sociedad: Air Europa líneas aéreas, SAU y 35 sociedades más, tal y como se refleja en la memoria de las cuentas anuales unida al expediente administrativo. Con fecha 15 de diciembre de 2006 la sociedad AEA formalizó un contrato de compraventa para la adquisición de ocho aeronaves Boeing 787 que se entregarán a partir del ejercicio 2016 ascendiendo a un importe total de 1 500.000 miles de dólares USA. A 31 de octubre de 2011 la sociedad AEA tiene depósitos entregados para doce aeronaves por importe de 3.214 miles de dólares USA con un contravalor a 31 de octubre de 2011 de 2663 miles €. De las cuales serán entregadas cuatro aeronaves en 2013, cuyo compromiso asciende a un total de 324.133 miles de euros. Mediante contrato de 13 de octubre de 2011 la sociedad AEA transfirió a un Trust (Pony Express) los derechos y obligaciones de adquisición de cinco aeronaves Boeing 737 de las doce aeronaves antes mencionadas. A pesar de haber transmitido los anticipos pagados, la sociedad sigue teniendo los compromisos de compra de estas aeronaves por un importe de 378. 889. Miles de euros (descripción 36, página 34 del expediente administrativo) En el ejercicio 2010 AEA aportó el 112,2 % del resultado del grupo Globalia, modernizándose la flota (dejándola en una media de 6,1 años de edad media), optimizando las rutas de baja

intensidad de pasaje a través de la flota Embraer e incrementando sus ventas en un 7,86% respecto a 2009, además se redujo la cifra de pilotos en 25 entre 2009 y 2010. En 2010, los fondos propios de Globalia presentan una evolución creciente en los últimos cinco años, situándose en la cifra de 184,4 millones de euros. Los ingresos consolidados de Globalia en 2010 ascienden a 3021,4 millones de euros, contra 2828,9 millones en 2009. El resultado de explotación en 2010 asciende en miles de euros a 44.909 frente al resultado de 2009 que ascienden a 32.230. El resultado antes de impuestos es de 25.185 en 2010 y de 23.146 en 2009. La Tesorería en 2010 asciende a 29.533 miles de euros. El beneficio del ejercicio ha ascendido a 17,2 millones de euros siendo algo superior al del ejercicio anterior, que ascendió a 16,5 millones de euros. Los Administradores del Globalia Corporación Empresarial S.A., han formulado el 27 de enero de 2011 las cuentas anuales consolidadas del ejercicio anual terminado el 31 de octubre de 2010 que muestran unos beneficios consolidados de 19.795 miles de euros y un patrimonio neto consolidado de 180.386 miles de euros. Se han distribuido beneficios del ejercicio por importe de 16532 miles de euros. El importe neto de la cifra de negocios de la sociedad AEA ha ascendido a 1171,3 millones de euros, lo que ha representado un incremento del 6,2% respecto al alcanzado en el ejercicio anterior. Las remuneraciones relativas al personal de alta dirección ha ascendido a 162 miles de euros durante el ejercicio 2010. El número medio de empleados de la sociedad durante el ejercicio 2010 es de 2762, según el siguiente desglose: 11 directivos, 183 mandos intermedios, 588 administrativos, 514 pilotos, 1123 auxiliares de vuelo, 168 personal de handling, 175 personal de mantenimiento (descripción: documento 1.6, cuentas anuales 2010, unido al expediente administrativo) los gastos de personal ascendieron a 174.194 miles de euros (documento 1.6 del expediente administrativo) En el ejercicio 2011 disminuyó el ratio de gastos de explotación, al pasar del 56,04% en 2010 a un 51,99% en 2011 .- En las cuentas de AEA del ejercicio de 2011, hay una partida por valor de cuarenta y nueve millones cuatrocientos treinta y cinco mil (49.435) miles de euros, bajo el epígrafe de "Trabajos realizados por otras empresas" que corresponde, entre otras partidas, al pago realizado por AEA a determinados vuelos realizados por la entidad Iberworld Airlines (anteriormente denominada Orbest) En la cuenta de pérdidas y ganancias se refleja: Aprovisionamientos-nota 25-(445.452) Consumo de materias primas y otras materias consumibles (396.017) Trabajos realizados para otras empresas (49.435) En la

explicación de la nota 25 de la memoria se detallan lo siguiente: Aprovisionamientos- el detalle de los consumos de mercaderías, materias primas y otros aprovisionamientos es como sigue: Consumo de materias primas y otros Compras de combustible 386.787 (2011) 276.606 (2010) Otros compras 58.665 (2011) 16.183 (2010) Conclusión los 445.452 miles de euros, cambian de criterio de desglose y de nomenclatura ya que la partida "trabajos realizados con otras empresas" aparece bajo la rúbrica "otras compras" Las cuentas del ejercicio anual terminado el 31 de octubre de 2011 se han formulado el 31 de enero de 2012. El fondo de maniobra circulante (diferencia entre el activo corriente y el pasivo corriente) de AEA en el ejercicio 2011 era de 40.0740 miles de euros y la Tesorería (caja y bancos) ascendía a 19.599 miles de euros (descripción 36 del expediente administrativo) El importe neto de la cifra de negocios de 2011 (1314.489 miles de euros) ha experimentado un incremento del 12,97% respecto del ejercicio anterior (1 171 276) El resultado de la explotación asciende a (7308) miles de euros, mientras que en el ejercicio 2010 fue de 44.909 miles de euros. Las pérdidas del ejercicio después de impuestos han ascendido a 9,2 millones de euros, mientras que en el ejercicio 2010 el resultado positivo fue de 17,2 miles de euros. El número medio de empleados en 2011 ascienden a 2824 (13 directivos, 144 mandos intermedios, 597 administrativos, 514 pilotos, 1052 auxiliares de vuelo, personal de handling 169 personal de mantenimiento 212, otros 123) los gastos de personal ascendieron a 194.099 miles de euros. La remuneraciones relativas al personal de alta dirección ha ascendido a 333 miles de euros durante el ejercicio 2011 (162 miles de euros durante el ejercicio 2010) (descripción 36 del expediente administrativo) En el ejercicio 2012 aparece una partida "costes variables de operaciones/2012" en la que aparece un incremento de 67 millones de euros, pese a que el precio del combustible y de las tasas se mantuvo en los mismos índices para dicho periodo. En la empresa, ha habido un 16% de crecimiento una vez iniciado el ERE con el cierre de Spanair y la crisis de Iberia ya que la demandada opera rutas de esas empresas (hecho conforme); 19º.- La empresa alega como causas productivas las siguientes: puesta en marcha un plan de reestructuración de las rutas que opera en la actualidad o que preveía operar en el 2012, con el objetivo de reducir los costes variables y reducir las pérdidas de la compañía, dado que una serie de ellas resultan deficitarias. Así ha identificado las rutas con un Full Costing (Ingresos Totales- Costes Totales) negativo superior a 1,5 millones de Euros, aquellas cuyos

costes totales son muy superiores a los ingresos generados. De todas ellas, ha seleccionado 9 rutas actuales y 2 rutas de nueva creación con apertura prevista en el 2012. El ajuste de estas 9 rutas y la no apertura de las otras 2 mencionadas conllevan una reducción de la flota, dejando de operar los 5 aviones asociados directamente a dichas líneas, 4 Embraer 190 y 1 Boeing 767, pasando la flota de la compañía de 40 a 35 aeronaves. El ahorro obtenido mediante el ajuste de rutas propuesto por la empresa sería de 34.318 370 € según manifiesta la empresa. Los datos de Full Costing de la página 63 y 66 del informe económico de la sociedad no coinciden, existiendo una discrepancia de 1.114.627 €. En el ahorro, computa la empresa dos rutas en concreto, GVA y CTG, que aún no se han operado, cuyo ahorro previsto, era de 5.320.683, por tanto el ahorro real del plan se sitúa en 27.883.060 €, tal y como se desprende del informe pericial de la parte demandante (descripción 59) y prueba de interrogatorio del representante legal de la empresa. El día 6 de febrero de 2012 se remitió desde la jefatura de flota de B- 737, el memorándum AHG/0017/ng, en el que se da cuenta de la llegada de nuevas unidades a la flota en el mes de abril. En concreto se trata de dos aviones. Además se va incorporar un nuevo avión a la flota de A 330. Los cuatro Embraer que iban a dejar de operar siguen perteneciendo a la compañía y siguen en el AOC de la empresa. De las siete rutas que se cerraban, tan sólo se han cerrado dos Málaga-Palma y Madrid-Miami, que se van a seguir operando (interrogatorio del representante de la empresa). AEA ha firmado un acuerdo con Privilege Style compañía aérea privada con base en Palma de Mallorca, para que esta opere todos los vuelos de la aerolínea de Globalia con destino a Roma durante el verano. El acuerdo entró en vigor el 1 de julio y tiene una duración inicial de tres meses. La compañía privada cuenta con dos aviones con capacidad para 200 pasajeros (descripción 414); 20°.- Criterio de designación de los afectados. Respecto del criterio para la designación de los trabajadores afectados por la extinción de los contratos, respecto del colectivo de tripulantes técnicos de vuelo, la Empresa ha definido como criterio, la amortización de los puestos de trabajo consecuencia de la reducción de rutas y aeronaves, y, en consecuencia, lo hace aplicándolo por flotas y especialidad. Con ocasión de la salida operativa de la compañía de una aeronave Boeing 767-300 y cuatro aeronaves Embraer 195, solicita la extinción de los contratos de trabajo vinculados a dichas aeronaves. La plantilla total de Tripulantes Técnicos de Vuelo de las 2 aeronaves Boeing 767-300 en

la compañía asciende a 36 TTV (comandantes y copilotos). La plantilla total de Tripulantes Técnicos de Vuelo de las 11 aeronaves Embraer 195 existentes en la compañía asciende a 105 TTV (comandantes y copilotos). Resultan afectados 45 trabajadores de dichas plantillas con la siguiente distribución: De la flota Boeing 767, 8 comandantes (nº 150 a 111) y 9 copilotos (total 17) (nº 337 a 286) quedan segundos pilotos de esta flota más modernos (nº 283, 284 y 285) que no son objeto de regulación. . La cifra final de afectados es de 8 comandantes, al haber causado baja por jubilación 1 comandante. De la flota Embraer 195, 17 comandantes y 11 copilotos (total 28). En el caso de la flota de Embraer existen menos copilotos afectados que comandantes, al haberse producido la finalización de distintos contratos temporales. La cifra final de extinciones de contratos de Tripulantes Técnicos de Vuelo se reduce, en consecuencia, de 46 a 45 trabajadores afectados. Una vez concretadas las plantillas totales adscritas a las 5 aeronaves que se dejan de operar, se atiende al criterio del escalafón administrativo en orden inverso entre los Tripulantes Técnicos de Vuelo sin distinción de categorías profesionales, lo que ha sido comprobado por la Inspección de trabajo, conforme a lo establecido en el art. 9 del III Convenio Colectivo. La representación del SEPLA entiende que debe utilizarse directamente entre todos los Tripulantes Técnicos de la empresa el criterio fijado en el art. 9 del Convenio Colectivo que indica que "cuando la resolución de los contratos fuera aprobada por la autoridad laboral competente y no afectara a la totalidad de la plantilla, se considerará el escalafón administrativo en orden inverso entre la totalidad de los tripulantes técnicos sin distinción de categorías profesionales", es decir con independencia de la adscripción de los afectados a cualquiera de las aeronaves existentes en la compañía, Airbus A 330-200, Boeing 767-300, Boeing 737-800 y Embraer 195. Los pilotos demandantes en la demanda acumulada y afectados por el ERE operan únicamente en los modelos de aviones que se pretende retirar. En el informe de la Inspección de Trabajo, en relación al criterio de designación de los pilotos afectados se dice literalmente: "A Juicio del que suscribe, la aplicación del criterio utilizado por la Compañía, la consideración del colectivo de trabajadores, comandantes y copilotos, adscritos al tipo de aeronave que deja de operarse y, dentro de este colectivo, la aplicación del criterio del escalafón administrativo en orden inverso entre la totalidad de los Tripulantes Técnicos sin distinción de categorías profesionales, se estima congruente y objetiva, por cuanto se

trata de la plantilla adscrita a la actividad productiva que desaparece, una aeronave B-767 y cuatro aeronaves E-190, y, dentro del colectivo que opera dicho tipo de aeronaves en la compañía, se aplica la norma establecida en el art. 9 del Convenio Colectivo "añadiendo, "desde este Órgano Directivo, se considera que los criterios determinados por la empresa para la afectación de los Tripulantes Técnicos de Vuelo, son objetivos y no discriminatorios"; 21º.- Consta en autos el Acuerdo de 26 de mayo de 2011, suscrito entre Damaso -Globalia Corporación Empresarial- Isidro - Air Europa-y por parte de la sección sindical de SEPLA en Air Europa, Romeo, Bernabé y Fidel, en el que, entre otras cuestiones, se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2011 el Texto Refundido del III Convenio Colectivo y anexos entre AIR Europa y sus pilotos incorporando al mismo los acuerdos alcanzados desde su firma inicial el 3 de abril de 2003. A la finalización de su vigencia se prorrogará tácitamente por períodos de 12 meses, (descripción 411 que se da por reproducida.) El convenio se denuncia por la empresa el 28/09/11. El 12 de junio de 2013 tuvo lugar una reunión de la Comisión negociadora del IV Convenio Colectivo entre la empresa demandada y los tripulantes técnicos de vuelo en el que ambas partes reconocen la ultra actividad del III Convenio Colectivo (descripción 505) cuyo contenido se da por reproducido; 22º.- Las partes del expediente comparecieron ante el Inspector de Trabajo los días 22 y 24 de febrero de 2012, habiéndose emitido el preceptivo informe de la inspección de trabajo, cuyo contenido, obrando en autos (descripción 39 del expediente administrativo), se da por reproducido; 23º.- En el juzgado de instrucción número 41 de Madrid se siguen diligencias previas por prevaricación administrativa en relación a las actuaciones seguidas en el ERE NUM000 . (Descripción 73 y 74 del expediente administrativo)."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS, S.A.U. y del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, admitidos 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, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó que la

deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala, fijándose para el día 18 de noviembre de 2015, actos que tuvieron lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Demanda y pretensión.-

Por la representación del SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS (SEPLA), y de la SECCIÓN SINDICAL DEL SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS EN AIR EUROPA, LÍNEAS AÉREAS S.A.U (citado en adelante con el acrónimo SEPLAIR), actuando, asimismo, en nombre y representación de los treinta y cinco (35) TRIPULANTES PILOTOS DE IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA MINISTRA DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, confirmatoria de las RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO (DGE) DE 2 y 9 DE MARZO DE 2012 -, recaídas en el Expediente de Regulación de Empleo NUM000 , contra, el Ministerio de Empleo y Seguridad social , la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, la Compañía AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS, S.A.U. La Confederación Sindical Unión Sindical Obrera (USO), la Confederación Sindical Comisiones Obreras (CC.OO), el Sindicato Independiente de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Líneas Aéreas (SITCPLA), la Asociación Sindical Española de Técnicos de Mantenimiento Aeronáutico (ASETMA), La Confederación Sindical Unión General de Trabajadores (UGT),y 34 pilotos siendo parte el Ministerio Fiscal.

Asimismo por D. Virgilio, D. Arturo, D. Félix, D. Modesto, D. Carlos Manuel, D. Benjamín, presentaron demanda de IMPUGNACIÓN de la RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de fechas 02 y 9 de marzo 2012, y 3.08.2012 recaídas en el Expediente de Regulación de Empleo NUM000 contra el MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Interesan en las demandas que se dicte sentencia por la que se declare:

1º) No ser conformes a Derecho las Resoluciones de la Dirección General de Empleo de 2 y 9 de marzo de 2012, y la Resolución ministerial confirmatoria de las mismas, anulándolas respecto de los codemandantes, por las infracciones de no respetar las garantías anti-ERE del III Convenio Colectivo, y/o por deficiencias en la aportación

de la documentación preceptiva en el periodo de consultas y/o por el cómputo indebido y cierre irregular de dicho periodo, con el efecto de retrotraer las actuaciones al momento en el que se cometieron las infracciones de referencia, condenando a la compañía promotora del ERE a celebrar las negociaciones previas exigidas por el III Convenio Colectivo o, en su caso, a iniciar un nuevo periodo de consultas, con entrega a las representaciones sindicales codemandantes de toda la documentación preceptiva para la tramitación del ERE.

2º) Subsidiariamente, se declare no ser conformes a Derecho las Resoluciones de la Dirección General de Empleo de 2 y 9 de marzo de 2012, y la Resolución ministerial confirmatoria de las mismas, anulándolas respecto de los codemandantes, por la inexistencia y/o insuficiencia de las causas económicas y/o productivas invocadas por AIR EUROPA y aplicadas en sus propios términos por aquellas Resoluciones para la autorización del despido de los pilotos afectados.

Con el efecto de reconocer las situaciones jurídicas individualizadas de los mismos, declarando la nulidad o, en su caso, la improcedencia, de los despidos de los treinta y cinco (35) pilotos codemandantes, con las consecuencias legales correspondientes.

3º) Para el caso de desestimación de los dos pedimentos precedentes, y confirmación de la validez de las Resoluciones administrativas impugnadas en cuanto respecta al despido de los pilotos a los que las mismas se refieren, declare la no conformidad a Derecho de tales Resoluciones en el extremo relativo a la aceptación del criterio propuesto por la compañía para la selección de los treinta y cinco (35) pilotos codemandantes, en atención a la Especialidad desempeñada (Comandante o Copiloto) y a la Flota de adscripción, con infracción de lo dispuesto en el III Convenio Colectivo sobre la antigüedad escalafonal.

Con el efecto de reconocer las situaciones jurídicas individualizadas de los pilotos afectados, declarando la preferencia de permanencia en la empresa de los veintisiete (27) despedidos escalafonados con los números 118 a 337, sobre los pilotos no despedidos escalafonados con los números 473 a 505, declarando improcedentes los despidos de aquellos, con las consecuencias legales anejas a esa calificación.

Despidos que habrán de ser declarados nulos en el caso de los tres pilotos Don Jose Enrique (miembro del Comité de Empresa), Don Severiano (jornada reducida por cuidado de hijos), y Don Elías (tratado desigualmente respecto del también Comandante de la misma Flota E-190, Don Leandro), con el efecto de su readmisión en los anteriores puestos de trabajo y derechos legales anejos.

4º) Subsidiariamente del pedimento anterior, en el caso de entender ajustado a Derecho el criterio selectivo de los pilotos despedidos por su especialidad y flota, y no por la antigüedad escalafonal, declare la nulidad de los despidos de los cuatro pilotos designados nominativamente en el anterior pedimento.

Con el efecto de su readmisión en su puesto anterior de trabajo, y derechos legales anejos.

5º) En el caso de desestimación de los pedimentos tercero y cuarto, declare el derecho de los pilotos afectados a percibir la indemnización correspondiente a los veinte (20) días de salario por año de antigüedad, recalculada conforme al importe efectivo de sus salarios y fecha de su antigüedad, así como la indemnización correspondiente a los quince (15) días de preaviso, descontando del importe total que corresponda, el importe de la indemnización ya percibida de la empresa, conforme a lo expuesto en el hecho séptimo de la demanda.

En la demanda presentada por D. Virgilio y cinco más se solicita que se declare que el criterio de designación de los Tripulantes Técnicos de Vuelo afectados por el Expediente de Regulación de Empleo NUM000 , autorizado y aplicado en la Resolución impugnada, no es ajustado a Derecho y se anule parcialmente en cuanto a tal extremo y en cuanto a la inclusión de los actores D. Virgilio , D. Arturo , D. Félix , D. Modesto , D. Carlos Manuel y D. Benjamín en el Anexo de Tripulantes Técnicos de Vuelo afectados, declarando su derecho a la reincorporación en sus puestos de trabajo y que el criterio a seguir para dicha designación debe ser la aplicación estricta y literal del Art. 9 del III Convenio Colectivo de Tripulantes Técnicos de Vuelo de Air Europa condenando a la demandada y a todos quienes pudiesen resultar afectados a estar y pasar por tales pronunciamientos y sus efectos legalmente inherentes.

Don Carlos en escrito de fecha 4 de febrero de 2014, y en el acto del juicio, la Sección Sindical de SEPLA desistió de la demanda de D. José María D. Juan Antonio, D. Dionisio, D. Marcos y D. Marcia.

La empresa demandada, se opuso a las demandas alegando las excepciones de falta de acción y caducidad de la acción, ya que la Resolución de 26 de septiembre de 2012 que desestima el recurso de alzada al no haber sido recurrida, ha devenido firme. En el recurso de alzada no se impugna la Resolución de 9 de marzo de 2012 y por tanto esta Resolución también adquirió firmeza; falta de agotamiento de la vía administrativa en relación a Pedro Jesús. Falta de legitimación pasiva respecto al de la demanda ya que la empresa no puede anular una resolución administrativa. Respecto a Pedro Jesús, Modesto, Constancio, Iván, Gonzalo, Eloy, Carlos Alberto, y Fulgencio alega que están prestando servicios en la empresa.

En cuanto al fondo alega que no hay externalización en la empresa, puesto que una cosa son los códigos compartidos y otra la externalización; concurren causas económicas y organizativas; no se ha vulnerado el Convenio ya que hay que hacer valer la primacía de la Ley; se han contratado pilotos en cumplimiento del plan social de acompañamiento y por ello se les ha mandado cartas a algunos pilotos que han vuelto a la empresa; alega que no ha habido externalizaciones y en cualquier caso, la aplicación del artículo 9 del convenio va en contra del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y del Real Decreto 801/2011 ya que el convenio franja data del año 2003 cuya situación es diferente a la actual siendo de aplicación la cláusula "rebus sic stantibus", manifiesta que el convenio fue denunciado el 28/09/11 y ,al tratarse de una cláusula obligacional y no normativa, cuando se inicia el ERE ya no estaba en vigor. En cuanto a las cuentas, manifiesta que el año económico de la empresa es del 1 de noviembre a 31 de octubre del siguiente año. En cuanto al Convenio Colectivo, alega que en 2011 se estuvo a punto de pactar un convenio, en mayo de 2011 se ratifican unos acuerdos y anexos que se venía negociando desde 2003 a 2011 y en cuanto a las negociaciones durante el período de consultas se ha negociado de buena fe y se ha aportado toda la documentación legalmente exigida siendo correctos los criterios de determinación de los trabajadores.

SEGUNDO.- Sentencia recurrida.-

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sala Social de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2014 (proc. 218/2012), en materia de Impugnación de Actos Administrativos que, tras desestimar las excepciones de falta de acción, caducidad de la acción, falta de agotamiento de la vía administrativa en relación a Pedro Jesús y falta de legitimación pasiva alegadas por la legal representante de AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS, S.A.U., y desestimar la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por el ABOGADO DEL ESTADO, en lo que se refiere al punto quinto del suplico de la demanda del SEPLA y parte del suplico contenido en el apartado cuarto de dicha demanda, estima la demanda interpuesta por los tripulantes técnicos de vuelo por no haberse respetado las garantías anti -ERE establecida en el anexo 9, punto 3º en relación con el párrafo primero del artículo 9 y por no haberse aplicado para la designación de los pilotos afectados por el ERE el criterio del artículo 9 del III Convenio Colectivo de Tripulantes Técnicos de Vuelo de Air Europa y por deficiencias en la aportación de la documentación preceptiva en el período de consultas determinante de la nulidad del mismo. Refiere respecto de la cláusula que impide incoar expedientes de regulación de empleo que afecten a los pilotos sin previo acuerdo con SEPLAIR, si la producción se realiza con medios ajenos contemplada en el convenio franja, es válida; su vigencia se había renovado en fechas próximas a la iniciación del ERE y no puede considerarse abusiva, al haber quedado acreditada la externalización denunciada. Señala además que la resolución administrativa además debería haberse ajustado, en todo caso, en cuanto a los trabajadores despedidos, a los criterios fijados en el convenio colectivo aplicable; que la administración no puede cuestionar sorpresivamente la validez del convenio colectivo cuya vigencia y licitud había admitido pacíficamente durante años; y que la documentación contable del año 2011, cuya entrega se había omitido, era esencial para la negociación y fue reclamada por la sección sindical en la mesa negociadora, dado que se trata de un despido por causas económicas.

TERCERO.- Recurso de Casación.-

1.- Formalización.-

Contra la referida sentencia se formalizan dos recursos de casación:

1º.- El Abogado del Estado en la representación que ostenta del MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, articulando cuatro motivos de recurso, en los términos que luego se dirá.

2º.- La empresa AIR EUROPA LINEAS AÉREAS SAU, articulando un motivo por quebrantamiento de forma, nueve por error de hecho y siete por infracción de normas, en los términos que asimismo oportunamente se dirá.

2.- Impugnación.-

Los recursos son respectivamente impugnados:

Por el Abogado del Estado en la representación que ostenta, y en este trámite de impugnación, se adhiere al recurso formulado por la empresa.

Por la representación del SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS EN AIR EUROPA, para interesar la desestimación de los recursos, confirmando en todos sus términos la sentencia recurrida.

Y por la representación de D. Virgilio, D. Arturo, D. Félix, D. Modesto, D. Carlos Manuel y D. Benjamín, que asimismo interesa la desestimación de los recursos y confirmación de la sentencia recurrida, y subsidiariamente, de estimarse alguno de los motivos formulados por los recurrentes, que se dicte sentencia resolviendo lo que corresponda sobre el fondo del litigio dentro de los términos en que aparece planteado el debate y, en todo caso, con estimación del petitum de la demanda.

3.- Informe del Ministerio Fiscal.-

El Ministerio Fiscal emitió informe en el que interesa se declare la improcedencia de los recursos.

CUARTO.- Motivos de los recursos formulados.-

1.- Recurso formulado por el Abogado del Estado en representación del MINISTERIO DE EMPLEO y SEGURIDAD SOCIAL.-

Son cuatro los motivos de recurso que se formulan:

a).- El primero, al amparo del art. 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por infracción de los arts. 51 y 20.1 ET, y 5 y ss. del RD. 801/11, Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, todos ellos en relación con el art. 9 y Anexo IX del III Convenio Colectivo de la empresa AIR EUROPA con los Tripulantes Técnicos de Vuelo (TTV), con el art. 9.3 CE , con los arts. 3.1 y 2 ET, art. 14 CE , y los arts. 1258 CC y 20.2 ET.

Estima el recurrente que la sentencia impugnada ha infringido el principio de jerarquía normativa prevista en el art. 9.3 de la CE y del art. 3.1 y 2 del ET , en punto a la relación entre la Ley y el III Convenio Colectivo, ya que se ha impedido el acceso al procedimiento de despido colectivo; que la sentencia ha vaciado de contenido las potestades de la empresa, conferidas por normas legales, en punto, por un lado, al acceso al procedimiento de despido colectivo (ex art. 51 ET y 5 del Reglamento de despidos colectivos); que la solución dada por la sentencia recurrida infringe el deber de igualdad de trato en las relaciones laborales que -señala- se proyecta aquí en que el empleador deba tramitar con igual régimen jurídico un ERE respecto de la totalidad de los trabajadores de la empresa; y que la sentencia recurrida viene a reconocer al Sindicato actor una posición preeminente para impedir de forma indefinida y sin riesgo alguno que Air Europa pueda promover un ERE que afecte a los Tripulantes Técnicos de Vuelo, señalando que estamos ante una conducta contraria a la buena fe y abuso de derecho.

b).- En el segundo motivo, al amparo del art. 207 e) de la LRJS, se denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia respecto al cumplimiento del III Convenio Colectivo, art. 9 y anexo IX del mismo, en relación con los arts. 37.1 CE y 82 ET. El motivo se formula subsidiario del inmediatamente anterior.

Alega el recurrente en primer lugar que la empresa cumplió debidamente los requisitos formales del propio III Convenio Colectivo al plantear el ERE, al comunicar al Sindicato de Tripulantes Técnicos de Vuelo su intención de promover un ERE. En segundo lugar refiere que ha quedado acreditado que la empresa ha externalizado con medios ajenos parte de la producción, y que las operaciones llamadas de código

compartido están expresamente previstas en el III CC, y no suponen ninguna suerte de externalización prohibida.

c).- En el tercer motivo, subsidiario también del motivo primero, al amparo del art. 207 e) de la LRJS, se denuncia la infracción de las normas del ordenamiento relativas al incumplimiento de los criterios de designación contenidos en el III Convenio Colectivo, en relación con los arts. 20.1 y 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, arts. 9 y 21 del III Convenio Colectivo y con los arts. 37.1 CE y art.82 ET.

d).- El motivo cuarto se formula con igual amparo procesal (art. 207. e) LRJS), y en relación con la insuficiencia de la documentación aportada para justificar las causas económicas del ERE, denuncia la "infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en relación con el art. 51.2 del ET, el art. 6 del Reglamento de despido colectivos.

2.- Recurso formulado por la entidad AIR EUROPA LINEAS AÉREAS SAU.-

Se articulan por el recurrente dieciséis motivos de recurso:

1º.- Al amparo del art. 207 c) de la LRJS , se interesa la nulidad de la sentencia recurrida por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales que causan indefensión, por entender que la sentencia no da respuesta a la pretensión principal.

2º al 9º.- Se formulan al amparo del art. 207 c) de la LRJS, para denunciar el error en la apreciación de la prueba basado en los documentos que señala y que entiende demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, proponiendo los redactados que oportunamente se dirán.

10º a 16º.- Se formulan al amparo del art. 207 e) de la LRJS para denunciar la infracción -según señala en los siete motivos- "de las normas del procedimiento", aunque en realidad se refiere a las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, siguientes:

- Arts. 86.3 del ET y art. 24 CE.

- Arts. 3.2 y 1258 del Código Civil y art. 37 CE.
- Arts. 3.3, 4 , 17 , 51 y 83.1 ET y arts. 6.2 CC y 14 y 37 CE.
- Arts. 9 y anexo 9 del III Convenio Colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas SAU y los Tripulantes Técnicos de Vuelo en relación con los códigos compartidos y la externalización de la producción.
- Arts. 51 del ET y 14 CE en relación a los criterios de designación.
- Y por último, arts. 51 del ET y 5, 6 y 7 del RD. 811/2011 de 19 de junio, para denunciar el control judicial ejercido sobre el desarrollo del periodo de consultas que - señala- "es una novedad de la legislación de 2012".

QUINTO.- Examen de los motivos de recurso y solución que se adopta respecto a los mismos.-

1º.- Respecto al motivo de Nulidad por quebrantamiento de forma.-

Por tratarse de cuestión afectante al orden público procesal, procede examinar en primer lugar el motivo primero del recurso formulado por la empresa AIR EUROPA, que se formula al amparo del art. 207 c) de la LRJS para interesar la nulidad de la sentencia recurrida, al entender que la sentencia no da respuesta a la petición principal.

Denuncia el recurrente -sin concreción alguna-, 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" que hayan producido indefensión, si bien dedica este primer motivo de recurso a interesar la nulidad de la sentencia por ser incongruente el fallo de la misma con el petitum de las demandas acumuladas, sin cita de precepto alguno que se considere infringido, salvo los referidos en la sentencia que transcribe en relación a las exigencias del art. 218 LEC (STS/IV de 11/11/2011). Se plantean en este motivo de recurso tres cuestiones: la incongruencia de la sentencia por no resolver ni la pretensión principal ni la accesorio de la demanda suscrita por el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas y de la Sección Sindical del Sindicato en Air Europa; la incongruencia de la sentencia por no resolver la petición única de seis pilotos que formulan demanda acumulada; y la redacción indebida de los suplicos de las demandas que contienen el petitum.

Cabe por ello examinar las concretas peticiones de las demandas acumuladas y la respuesta dada por la sentencia recurrida a las mismas, para determinar si en la misma se ha incurrido o no en el vicio de incongruencia denunciado.

a.- El petitum de la demanda formulada por el SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS (SEPLA), y por la SECCIÓN SINDICAL DEL SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS EN AIR EUROPA, LÍNEAS AÉREAS S.A.U, consistía -como se ha dicho anteriormente- en interesar que se dicte sentencia por la que se declare:

1º) No ser conformes a Derecho las Resoluciones de la Dirección General de Empleo de 2 y 9 de marzo de 2012, y la Resolución ministerial confirmatoria de las mismas, anulándolas respecto de los codemandantes, por las infracciones de no respetar las garantías anti-ERE del III Convenio Colectivo, y/o por deficiencias en la aportación de la documentación preceptiva en el periodo de consultas y/o por el cómputo indebido y cierre irregular de dicho periodo, con el efecto de retrotraer las actuaciones al momento en el que se cometieron las infracciones de referencia, condenando a la compañía promotora del ERE a celebrar las negociaciones previas exigidas por el III Convenio Colectivo o, en su caso, a iniciar un nuevo periodo de consultas, con entrega a las representaciones sindicales codemandantes de toda la documentación preceptiva para la tramitación del ERE.

2º) Subsidiariamente, se declare no ser conformes a Derecho las Resoluciones de la Dirección General de Empleo de 2 y 9 de marzo de 2012, y la Resolución ministerial confirmatoria de las mismas, anulándolas respecto de los codemandantes, por la inexistencia y/o insuficiencia de las causas económicas y/o productivas invocadas por AIR EUROPA y aplicadas en sus propios términos por aquellas Resoluciones para la autorización del despido de los pilotos afectados.

Con el efecto de reconocer las situaciones jurídicas individualizadas de los mismos, declarando la nulidad o, en su caso, la improcedencia, de los despidos de los treinta y cinco (35) pilotos codemandantes, con las consecuencias legales correspondientes.

3º) Para el caso de desestimación de los dos pedimentos precedentes, y confirmación de la validez de las Resoluciones administrativas impugnadas en cuanto respecta al despido de los pilotos a los que las mismas se refieren, declare la no conformidad a Derecho de tales Resoluciones en el extremo relativo a la aceptación del criterio propuesto por la compañía para la selección de los treinta y cinco (35) pilotos codemandantes, en atención a la Especialidad desempeñada (Comandante o Copiloto) y a la Flota de adscripción, con infracción de lo dispuesto en el III Convenio Colectivo sobre la antigüedad escalafonal.

Con el efecto de reconocer las situaciones jurídicas individualizadas de los pilotos afectados, declarando la preferencia de permanencia en la empresa de los veintisiete (27) despedidos escalafonados con los números 118 a 337, sobre los pilotos no despedidos escalafonados con los números 473 a 505, declarando improcedentes los despidos de aquellos, con las consecuencias legales anejas a esa calificación.

Despidos que habrán de ser declarados nulos en el caso de los tres pilotos Don Jose Enrique (miembro del Comité de Empresa), Don Severiano (jornada reducida por cuidado de hijos), y Don Elías (tratado desigualmente respecto del también Comandante de la misma Flota E-190, Don Leandro), con el efecto de su readmisión en los anteriores puestos de trabajo y derechos legales anejos.

4º) Subsidiariamente del pedimento anterior, en el caso de entender ajustado a Derecho el criterio selectivo de los pilotos despedidos por su especialidad y flota, y no por la antigüedad escalafonal, declare la nulidad de los despidos de los cuatro pilotos designados nominativamente en el anterior pedimento.

Con el efecto de su readmisión en su puesto anterior de trabajo, y derechos legales anejos.

5º) En el caso de desestimación de los pedimentos tercero y cuarto, declare el derecho de los pilotos afectados a percibir la indemnización correspondiente a los veinte (20) días de salario por año de antigüedad, recalculada conforme al importe efectivo de sus salarios y fecha de su antigüedad, así como la indemnización correspondiente a los quince (15) días de preaviso, descontando del importe total que corresponda, el importe

de la indemnización ya percibida de la empresa, conforme a lo expuesto en el hecho séptimo de la demanda.

b.- Y en el petitum de la demanda presentada por D. Virgilio y cinco más se solicita que se declare que el criterio de designación de los Tripulantes Técnicos de Vuelo afectados por el Expediente de Regulación de Empleo NUM000 , autorizado y aplicado en la Resolución impugnada, no es ajustado a Derecho y se anule parcialmente en cuanto a tal extremo y en cuanto a la inclusión de los actores en el Anexo de Tripulantes Técnicos de Vuelo afectados, declarando su derecho a la reincorporación en sus puestos de trabajo y que el criterio a seguir para dicha designación debe ser la aplicación estricta y literal del Art. 9 del III Convenio Colectivo de Tripulantes Técnicos de Vuelo de Air Europa condenando a la demandada y a todos quienes pudiesen resultar afectados a estar y pasar por tales pronunciamientos y sus efectos legalmente inherentes.

El fallo recurrido declara que no son conformes a derecho las Resoluciones de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 2 y 9 de marzo de 2012 y las Resoluciones ministeriales confirmatorias de las mismas de 3 de agosto y 26 de septiembre de 2012, únicamente en lo relativo al despido colectivo autorizado de los Tripulantes Técnicos de Vuelo, declarando el derecho de los afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo.

El análisis comparativo de cada una de las pretensiones de la demanda, con el fallo de la sentencia de instancia, nos lleva a aceptar las alegaciones de los demandantes ahora impugnantes del recurso:

Ciertamente, la demanda de SEPLA y SEPLAIR contiene los cinco pedimentos antes señalados, y el fallo de la sentencia atiende los pedimentos alternativos en cuanto que declarando la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas, decide no retrotraer las actuaciones al momento de las infracciones declaradas, para su corrección, sino que aplicando el principio de tutela judicial efectiva, reconoce las situaciones individualizadas y condena a la readmisión de 29 trabajadores demandantes, en sus puestos de trabajo, efecto propio y exclusivo de los despidos nulos. En la demanda la pretensión se refería a 35 trabajadores (pilotos), y ciertamente la condena a la

readmisión se refiere a 29, pero ello es debido a que la sentencia acepta el desistimiento efectuado en el momento procesal oportuno por seis de ellos. En lo demás la sentencia se ajusta en su pronunciamiento a lo dispuesto en el art. 151.11 de la LRJS vigente. En consecuencia no se aprecia la incongruencia denunciada.

Por otro lado, se denuncia por el recurrente el defectuoso redactado de los suplicos de las demandas, que entiende no se ajustan a lo establecido en el art. 151 de la LRJS; ahora bien, sobre tal extremo el recurrente se limita a alegarlo -lo cual es insuficiente- sin concretar la infracción producida ni la concurrencia del requisito de indefensión requerido para acceder a la pretensión de nulidad, por lo que ha de rechazarse.

2º.- Respecto a los motivos de revisión de los hechos declarados probados.

A.- Por AIR EUROPA LINEAS AÉREAS SAU, se articulan nueve motivos de recurso (2º al 9º) al amparo del art. 207 c) de la LRJS, para denunciar el error en la apreciación de la prueba basado en los documentos que señala y que entiende demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, interesando la revisión de los hechos probados que se dirán, para los que propone los redactados que señala. Así:

a.- Respecto al hecho probado tercero, señala el recurrente que la sentencia de instancia reproduce literalmente el informe de la Inspección de Trabajo de fecha 1/3/2012, en concreto las páginas 5 y 6 del mismo. Ahora bien -señala-, dicho informe es un resumen de la Memoria Jurídica Explicativa aportada por la empresa al inicio del expediente, por lo que entiende que aun siendo correcto el informe, el hecho probado tercero hace un resumen "demasiado breve que omite datos que constan acreditados en Autos", por lo que propone una nueva redacción para el hecho probado tercero, que basa en las págs. 9, 11, 12 y 21 de la Memoria Técnica Explicativa, cuyo texto obra a los folios 5, 6, 7 y 8 del escrito de recurso que se da aquí por reproducido.

b.- Respecto al hecho probado cuarto, pretende un nuevo redactado teniendo en cuenta que se omite la referencia a la documentación entregada a la Sección Sindical del SEPLA el día 10/01/2012. Solicita se adicione tras la frase "documentación económica de los dos últimos ejercicios completos" lo siguiente:

"La empresa adjunta con su solicitud, y entre otros, los siguientes documentos (...): Cuentas provisionales firmadas por los representantes de la empresa a 31 de octubre de 2011 y provisión de resultados del 1 noviembre de 2011 al 10 de enero de 2012". Designa los folios 94 y 95 escaneados del documento nº 1 del expediente administrativo, y los folios 178 y 179 del documento 1.4 del expediente, que es la carta de comunicación de la empresa.

c.- Respecto al hecho probado quinto, interesa su revisión para que conste la transcripción completa de cuanto señala el fundamento de derecho séptimo de la resolución administrativa de 2/3/2012, en los términos que reproduce en los folios 12 y 13 del escrito de recurso que se dan aquí por reproducidos.

d.- Respecto al hecho probado octavo, señala el recurrente que contiene una "descripción parcial y sesgada de los documentos que fueron aportados y que obran en los autos" junto con el escrito de 11/01/2012, por lo que propone el redactado extenso que señala en los folios 13 y 14 de su escrito de recurso, que se da aquí por reproducido.

e.- Respecto al hecho probado decimosegundo, y con base en los documentos obrantes en la descripción 514 a 519 de los autos, señala el recurrente que en el hecho probado se evidencia que existen acuerdos comerciales de código compartidos, como se acredita con los documentos que designa ratificados en el acto de juicio y conocidos y consentidos por el SEPLA que no los impugnó. Propone redacción alternativa en relación a los códigos compartidos en los términos que se dan aquí por reproducidos.

f.- Respecto al hecho probado vigésimo, señala el recurrente que la sentencia recoge en parte lo manifestado en el Informe de la Inspección de Trabajo en relación con el criterio de designación de los afectados, pero omite el final del apartado 6º "Criterio de designación de los afectados", obrante en la página 10 del mencionado informe, que pretende introducir en su totalidad al relato fáctico, proponiendo un redactado alternativo en los folios 20 y 21 del escrito de recurso, que se da aquí por reproducido.

g.- Respecto al hecho probado vigésimo primero, con base en los documentos aportados junto con el escrito de 29 de enero de 2014, propone el recurrente modificar los dos párrafos finales de dicho hecho probado para que diga:

"El convenio se denunció por la empresa el 28 de septiembre de 2011.

El 12 de junio de 2013 tuvo lugar una reunión de la Comisión Negociadora del IV Convenio Colectivo entre la empresa demandada y los tripulantes técnicos de vuelo en el que estos últimos solicitaron la ultractividad del III Convenio por el plazo de un año o hasta la firma del IV Convenio Colectivo (descripción 505). Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo en relación con el IV Convenio Colectivo, el III Convenio Colectivo perdió definitivamente su vigencia y dejó de aplicarse a los Tripulantes Técnicos de Vuelo de la empresa en fecha 8 de julio de 2013 (descripción 366 y 507)".

h.- Respecto al hecho probado vigésimo cuarto, designando genéricamente la "prueba obrante en autos" y en concreto el Informe Técnico obrante al anexo II y el informe de la Inspección de Trabajo obrante como doc. Nº 39 del expediente administrativo, propone la siguiente adición:

"En el supuesto de que se hubieran aplicado los criterios de designación de trabajadores establecidos en el artículo 9 y Anexo IX del Convenio Colectivo de la empresa, se hubiera producido un sobre coste de 6,5 millones de euros"

B.- Procede la desestimación de la totalidad de los motivos formulados por el recurrente al amparo del art. 207 d) de la LRJS , 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 alcance 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, en nuestra 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, no concurren los señalados requisitos jurisprudenciales. Las amplias adiciones propuestas son fruto de una interpretación interesada de la prueba cuestionando la realizada por la Sala de instancia producto del análisis de una amplia documental, sin tener en cuenta que la autenticidad y valor probatorio de los documentos incorporados al expediente administrativo no han sido en ningún momento cuestionados, y que han sido valorados por la Sala de instancia para fijar el relato fáctico. Deviene intrascendente la adición de la entrega de determinada documentación como son las cuentas provisionales de la empresa a 31.10.2011 y la provisión de resultados del 1.11.2011 al 10.01.12, por cuanto ello no puede modificar el fallo que se basa en el indiscutido hecho , entre otros, de que el periodo de consultas finalizó el 10 de febrero de 2012 sin que la empresa entregara a los representantes de los trabajadores las cuentas anuales provisionales del grupo consolidado Globalia del año 2011 y las mismas cuentas auditadas, y que en cuanto a las cuentas de Air Europa hubo que esperar a la reunión de 24 de febrero de 2012, finalizado ya el periodo de consultas. Tampoco cabe la transcripción completa de la documental, valorada ya por la Sala aunque el hecho probado contenga un resumen esencial de la misma.

También resulta intrascendente la fijación de los códigos compartidos con otras compañías aéreas, pues ello deviene inútil e intrascendente para la solución de la litis. Pretende la empresa recurrente acreditar que el SEPLA conocía que se iban a realizar vuelos en código compartido con ORBEST, con cita de extensa documental con carácter no exhaustivo, y de los que se deduce lo que el recurrente pretende sin necesidad de interpretaciones ni conjeturas, pero ello carece totalmente de virtualidad a efectos de modificación del fallo.

Tampoco procede adicionar el hecho probado 20º en relación a los criterios de designación de los afectados, con el que se intenta acreditar la realidad de las causas económicas y en concreto el ahorro que supondría la implementación de las medidas adoptadas de amortización de puestos de trabajo, pues, sin perjuicio que en modo alguno se refiere el error concreto en que haya podido incurrir la sentencia de instancia al valorar la prueba, la parte simplemente considera que el hecho probado queda más completo con una frase más, obviando que la amplia documental a que se refiere ha sido valorada por la Sala de instancia, y que además, su estimación no alteraría el resultado de instancia, ya que la pretensión no desvirtúa el hecho de que en los criterios de designación no se ha respetado el Convenio Colectivo que resultaba de aplicación.

Con el fin de alterar el hecho probado 21º, señala la recurrente que no es correcto que en la reunión del 12.06.2013 de la C.N. del IV Convenio Colectivo se reconociera la ultraactividad del III Convenio Colectivo. Ello es así, porque la ultraactividad del convenio se produjo el 8 de julio de 2013; ahora bien, aun así, ha de desestimarse por irrelevante para el fallo, pues en todo caso, dicha fecha es posterior al ERE y a las resoluciones que se impugnan. Lo que está claro, en definitiva, es que está vigente el III Convenio colectivo cuando se inicia el ERE, cuando se celebra el periodo de consultas y cuando se dictan las Resoluciones administrativas impugnadas.

Por último, tampoco cabe la adición de un nuevo hecho que comporta modificación del fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida en cuanto - señala la recurrente- contiene consideraciones con valor fáctico para incorporarlas al relato de hechos probados, pues obviamente la modificación postulada invade la argumentación jurídica que la acompaña, pues ello excede de la previsión del apartado d) del art. 207 LRJS ; en su caso, la recurrente debió interesar en forma la adición

fáctica e impugnar el FD por la vía del apartado e) del art. 207 LRJS sin interferencias que provoquen contradicción.

Por cuanto antecede, han de rechazarse los motivos de revisión del relato de hechos probados formulado.

3º.- Respecto a los motivos de censura jurídica que formulan ambos recurrentes al amparo del art. 207 e) LRJS.-

Por razones de técnica procesal, teniendo en cuenta ciertas coincidencias en las infracciones denunciadas, se examinan los motivos de censura jurídica de ambos recursos conjuntamente.

A.- Sobre la aplicación del III Convenio Colectivo de Air Europa, Líneas Aéreas SAU, Ultraactividad del Convenio y la naturaleza jurídica de las cláusulas anti-ERE.-

Se denuncia por los recurrentes la infracción del art. 86.1 ET y art. 24.1 CE , al igual que lo hicieron en instancia, por entender que no es de aplicación del III Convenio Colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas S.A.U. y los Tripulantes Técnicos de Vuelo, publicado en el BOE de 9 de Junio de 2003, que afecta a todos pilotos de la plantilla de Air Europa encuadrados en el grupo de Pilotos, señalando al efecto, en primer término, que no cabe duda que este convenio estaba en vigor en la fecha del ERE, tenía una vigencia limitada hasta 31 de diciembre de 2004 y ha sido prorrogado tácitamente por períodos de 12 meses, a tenor de lo previsto en su artículo 3:"el presente Convenio tendrá vigencia desde la firma del mismo, una vez registrado por la autoridad laboral, hasta el 31 de diciembre de 2004. Este Convenio será prorrogable tácitamente por períodos de 12 meses a partir de la finalización de la vigencia del mismo, si con una antelación mínima de dos meses a la fecha de su vencimiento no ha sido expresamente pedida su revisión total o parcial, por cualquiera de las dos partes", debiendo añadirse que, por Acuerdo de 26 de mayo de 2011, se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2011 el Texto refundido del III Convenio Colectivo y anexos entre AIR Europa y sus pilotos incorporando al mismo los acuerdos alcanzados desde su firma inicial el 3 de abril de 2003. Y en el mismo se pacta: a la finalización de su vigencia se prorrogará tácitamente por períodos de 12 meses, si con una antelación mínima de tres meses a la fecha de su

vencimiento no ha sido expresamente pedida su revisión total o parcial por cualquiera de las dos partes.

Entienden los recurrentes que con base en el art. 86 ET debe considerarse que sólo estaba vigente el contenido normativo del Convenio y que el art. 9 y anexo 9, tienen contenido obligatorio.

Se constata acreditado que en fecha 12 de junio de 2013 tuvo lugar una reunión de la Comisión negociadora del IV Convenio Colectivo entre la empresa demandada y los tripulantes técnicos de vuelo en la que ambas partes reconocen la ultraactividad del III Convenio Colectivo, así como que por Acuerdo de 26 de mayo de 2011, suscrito entre Globalia, Air Europa y la Sección Sindical de SEPLA en Air Europa, en el que entre otras cuestiones, se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2011 la vigencia del III Convenio Colectivo.

Conforme al art. 82. 1 ET: "Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva". Y en el apartado 3 el aludido precepto añade: "Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia".

Por otro lado, el art. 86.3 ET , en la versión vigente al momento de publicarse el convenio (Real Decreto Ley 7/2011), decía lo siguiente: "1. Corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio. 2. Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes. 3. La vigencia del 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....". La voluntad del legislador fue, en lo que respecta a tales cláusulas que,

una vez denunciados oportuna y formalmente los convenios colectivos, en defecto de pacto, mantuvieran su vigencia prorrogada, es decir, que se vieran afectadas por los efectos extensivos de la ultraactividad.

Ninguna duda cabe sobre la naturaleza normativa de las cláusulas anti-ERE, como han sido calificadas por la sentencia recurrida siguiendo la doctrina de esta Sala IV/TS. La sentencia recurrida se refiere a la doctrina contenida en la STS/IV de 28 de septiembre de 2011 (rco. 25/11), en cuanto señala que: "(...) Aun cuando la distinción entre cláusulas normativas y obligacionales de un Convenio Colectivo nunca ha resultado fácil ni pacífica, ni en la doctrina científica ni en la judicial, la jurisprudencia de esta Sala ha venido perfilando la distinción formulando criterios objetivos de distinción. En este sentido, la sentencia de 26 de abril de 2007 (recurso 84/2006), (...), resume la doctrina de esta Sala, recordando que: '... la opinión dominante, seguimos la STS 21/12/94, en rco 2734/93 , entiende que mientras el contenido obligacional está integrado por los compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, como pueden ser las cláusulas de paz (art. 82.2 ET), los compromisos tendentes a evitar y solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la creación de órganos o comisiones ad hoc, el contenido normativo está integrado por los pactos generales de carácter formal que lo configuran como norma jurídica (el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 85.2 ET), y por los pactos particulares reguladores de las condiciones de trabajo (materias incluidas en el art. 85.1 ET), tanto en su aspecto individual como colectivo. Doctrina que reitera la Sala cuando afirma que la materia normativa comprende las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos y las reglas que definen los ámbitos del Convenio (STS 16/06/98, rco 4159/97), pero también las 'normas que definen estructuras estables para la gestión de las acciones previstas en el Convenio (STS 20/12/95, rco 3837/94) (SSTS 01/12/03, rco 138/02; y 11/12/03, rco 55/03); y también cuando sostiene que es conforme a la doctrina científica más autorizada mantener que la parte normativa del convenio pretende básicamente regular las singulares relaciones laborales incluidas en su ámbito, fijando las llamadas 'condiciones de trabajo' (condiciones relativas al régimen de

trabajo: duración de los contratos, jornada, vacaciones, seguridad y salud laborales, faltas y sanciones...; a la carrera del trabajador: ingresos, ascensos, trabajos de distinta categoría, excedencias...; y al régimen salarial), pero que también se extiende a la regulación de aspectos 'colectivos' (cobro de cuotas sindicales, canon de negociación sindical, fondos sociales) (STS 29/04/03, rco 126/02).

Asimismo, la STS/IV de 1-diciembre-2003 (rco.138/02), señala que: "(...) Pero ha de ser rechazada la pretendida infracción jurídica, porque las discutidas cláusulas forman parte del contenido normativo del convenio por las siguientes razones: 1) regulan materias directamente conectadas con los derechos colectivos de los trabajadores, como son los concernientes a la creación y existencia de un órgano de representación unitaria en el seno de la empresa con unas concretas competencias y atribuciones, que se proyectaran sobre los trabajadores y empresa; 2) se trata por ello de normas orgánicas que configuran estructuras estables para la gestión de las funciones que expresamente se les conceda en el Convenio Colectivo en que se acuerda su creación; 3) estas estructuras estables (Comité Intercentros), son órganos representativos y colegiados del conjunto de los trabajadores, en cuanto a las funciones expresamente concedidas, aunque de representación de segundo grado y; 4) el carácter normativo, de la cláusula impugnada, también aparece en la propia voluntad de los negociadores del convenio, cuando su artículo 67, atribuye al Comité Intercentros, entre otras atribuciones (la representación de los trabajadores, en el ámbito sindical y de contratación colectiva y todas las que establece la legislación vigente), no sólo la facultad de seguimiento 'del actual colectivo', sino también, 'y de la negociación del próximo' y, cuando el artículo 70 establece 'el Comité Intercentros es el órgano responsable de la negociación colectiva con la empresa, de solicitar la declaración de conflicto colectivo si fuera necesario y de proponer a los trabajadores las medidas oportunas para llevar a buen término las negociaciones, sin perjuicio de los derechos reconocidos a las secciones sindicales', pues esta facultad de negociar sólo cabe, si la cláusula tiene carácter normativo". Y continúa: "(...) El carácter normativo de las cláusulas del convenio en materia de derechos colectivos aparece en nuestra jurisprudencia en reiteradas sentencias de esta Sala, así cabe citar: La de 16 de junio de 1998 (recurso 4159/97) cuando dice que "como señala la sentencia de esta Sala 20

diciembre 1995 , el contenido normativo comprende tanto las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, como la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos, y también las reglas que definen los propios ámbitos del convenio", doctrina reiterada en la sentencia de 20 de diciembre de 1995 (recurso 3837/94), en donde lo discutido era el carácter normativo de la cláusula contenida en el artículo 64 del Convenio sobre la Comisión Permanente y, sobre ello dice que "... hay que entender que se trata de normas sobre administración del convenio que forman parte del contenido normativo de éste, en la medida que tiene por objeto la creación de un órgano y la determinación de sus competencias. En este sentido, hay que tener en cuenta que el contenido normativo no se agota en las normas de relación, que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos, sino que comprenden también las reglas que definen los propios ámbitos del Convenio (disposiciones de delimitación) y, desde luego, las normas orgánicas que definen estructuras estables para la gestión de las acciones previstas en el Convenio".

Acertado es pues, de acuerdo con la sentencia de instancia y con el informe del Ministerio Fiscal (así como con los impugnantes de los recursos), concluir que el contenido del artículo 9 y anexo IX del Convenio Colectivo que impide a la empresa incoar ERES que afecten al colectivo de pilotos sin un previo acuerdo con SEPLAIR mientras haya producción cedida a terceros o en tanto que una parte de la producción se realice con medios ajenos a AEA dentro del grupo Globalia y que prevé para los supuestos de suspensión o resolución de contratos aprobados por la autoridad laboral competente cuando no afecta a la totalidad de la plantilla que se considere el escalafón administrativo en orden inverso entre la totalidad de los tripulantes técnicos sin distinción de categorías profesionales, tienen carácter normativo.

B.- Sobre la inaplicación al caso de la cláusula rebus sic stantibus.-

Por los recurrentes se denuncia la infracción de los arts. 3.2 y 1258 del Código Civil, y art. 37 CE, por entender que es de aplicación al caso la cláusula rebus sic stantibus, debido a la onerosidad que para la empresa supondría mantener los criterios de selección establecidos en el Convenio Colectivo.

El argumento de los recurrentes se apoya en que el III Convenio Colectivo se pactó en 2003, en que la situación era muy distinta a la de 2012 cuando se plantea el ERE, por lo que de aplicar la empresa la cláusula en ese momento, debería afrontar un sobrecoste de 6,5 millones de euros.

El motivo ha de desestimarse, no sólo porque en modo alguno se constata acreditado el alegado sobrecoste que el cumplimiento de la cláusula supondría, lo que ha provocado el rechazo de la alteración del relato fáctico relativo a este extremo, sino y además de acuerdo con la doctrina de esta Sala IV/TS, contenida entre otras en la STS. 14/10/2008 -rco.129/07 -, en la reciente STS de 3-febrero-2015 (rco. 318/13), y en la STS/IV de 20-septiembre-2010 (rco. 190/2009) en la que señalamos que: "únicamente cabría aplicar la cláusula «rebus sic stantibus» -y restrictivamente, además- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues tal institución es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE [«cuerpo de contrato y alma de Ley», se ha dicho]; e incluso -tratándose de condición individual de trabajo- la citada cláusula habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET , pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa, como se ha hecho en autos con los descuentos salariales que el Conflicto Colectivo impugna y que la sentencia recurrida ha proscrito (así, SSTs 19/03/01 -rcud 1573/00 -; 26/04/07 -rco 84/06 -; y 14/10/08 -rco 129/07 -). Aparte de 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 (SSTs -Sala IV- 11/03/98 -rec 2616/97 -; 16/04/99 -rec 2865/98 -; 26/04/07 - rco 84/06 -; 14/10/08 -rco 129/07 -)".

C.- Sobre la vulneración del principio de igualdad de trato y la primacía de la Ley.-

Denuncian los recurrentes la infracción de los arts. 3.3 y 4, 17, 51 y 83.1 ET, art. 8.2 CC y arts. 14 y 37 CE.

Argumentan las recurrentes que las cláusulas anti-ERE del convenio colectivo son ilegales por vulnerar la defensa de la primacía de la ley derivada de su primacía sobre el convenio colectivo y del carácter tasado de las causas del despido, y el principio de igualdad de trato por entender que la cláusula anti-ERE perjudica el interés de terceros, es decir de los trabajadores de la compañía excluidos del III convenio colectivo.

Entienden las recurrentes que la cláusula anti-ERE pactada en el art. 9 y en el anexo IX del III Convenio Colectivo de Air Europa es ilegal porque impide la aplicación de los arts. 51 y 3.5 ET.

El motivo ha de desestimarse. Se alega por el recurrente la primacía de la ley sobre el convenio colectivo en ningún momento negada, por lo que es irrelevante su cita en este trámite procesal. Nos encontramos con una cuestión no planteada en la demanda y por lo tanto no resuelta en la sentencia totalmente desconectada con el ERE en cuestión. Consta acreditado que la empresa a través de la cláusula ahora cuestionada pactó voluntariamente un derecho de estabilidad o anti-ERE, sin que ello pueda entenderse que comporta una renuncia de derechos.

Tampoco es admisible que la cláusula vulnera el principio de igualdad de trato y perjudica el interés de terceros. El art. 1 del convenio colectivo limita su ámbito de aplicación a los pilotos de la plantilla de AEA encuadrados en el grupo de pilotos, excluyendo al personal encuadrado en otros grupos laborales, aunque eventualmente presten servicios de vuelo, que se regirán por lo regulado en sus respectivos contratos individuales de trabajo u otros convenios colectivos. Nos encontramos ante un convenio franja, cuya supuesta ilegalidad nunca se ha impugnado, y sin que pueda considerarse tal previsión discriminatoria, ni contraria al principio de igualdad, pues como acertadamente señala la sentencia de instancia, la limitación del ámbito del convenio a una categoría o grupo profesional es consecuencia natural de la configuración de la unidad de negociación y de la legitimación de los negociadores, que no podrían - obviamente- regular las condiciones de trabajo de trabajadores no incluidos en el grupo.

Al respecto el Tribunal Constitucional en su STC 136/1987 señala que "el principio de igualdad no obliga, desde luego, a perfilar la unidad de negociación con

todos los trabajadores de una Empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado, y por lo mismo, no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que, por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses".

Igualmente esta Sala IV/TS, en sentencia de 17-mayo-2004 (rco. 101/2003) señala que: "(...) tratándose de un convenio de franja, tal previsión no puede ser discriminatoria -no hay además móvil relevante de discriminación-, ni contraria al principio de igualdad, pues la limitación del ámbito del convenio a los miembros de la categoría o del grupo profesional es consecuencia natural de la configuración de la unidad de negociación y de la limitación de la legitimación de los negociadores, que no podrían regular, por falta de representatividad, las condiciones de trabajo de trabajadores no incluidos en el grupo. La figura del convenio de franja está admitida en el artículo 87.1.2º del Estatuto de los Trabajadores y por la doctrina del Tribunal Constitucional, que en su sentencia 136/1987 , señala que "el principio de igualdad no obliga, desde luego, a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una Empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado y, por lo mismo, no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que, por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses". Lo que impide el artículo 14 de la Constitución Española es la exclusión de la unidad de negociación de trabajadores que están comprendidos en ella de acuerdo con los criterios objetivos, pero que se excluyen contra su voluntad por "la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo", pues en estos casos -como sucedió con la exclusión de los trabajadores temporales- "la exclusión puede no ser el fruto de una mera ordenación de la negociación colectiva en virtud de la facultad concedida a las partes por el ordenamiento, sino más bien una vía para imponer injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores afectados". Es claro que éste no es el caso

debatido, pues la exclusión que se critica es consecuencia natural de la elección del ámbito del convenio."

En consecuencia, no se aprecia vulneración alguna del principio de igualdad de trato, pues el art. 14 CE lo que impide es la exclusión de la unidad de negociación de trabajadores que objetivamente están comprendidos en ella, pero están excluidos en contra de su voluntad sea por la modalidad de su contrato o por la precariedad de su empleo.

La sentencia de instancia rechaza la alegación del Abogado del Estado en representación del Ministerio de Empleo, ahora reproducida por los recurrentes, relativa a que la aplicación de la cláusula del convenio impide a la empresa incoar expedientes de regulación de empleo que afecten a los pilotos sin un previo acuerdo con SEPLAIR, señalando lo siguiente:

"a) Estamos ante una resolución administrativa que ha decidido inaplicar un convenio estatutario vigente, registrado, depositado y publicado por el propio Ministerio, sin que a lo largo de todos estos años se haya ejercitado por el mismo la facultad de impugnación de tal cláusula por ilegalidad, lo que desde luego es difícilmente compatible con el principio de confianza legítima, común a todo el Derecho Administrativo de la Unión Europea, recogido en el artículo 10.2 del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa aprobado por el Defensor del Pueblo Europeo y que obliga a respetar las legítimas y razonables expectativas de los administrados a la luz de la actuación de la Administración en el pasado. No cabe olvidar que el principio de confianza legítima forma parte del núcleo del derecho fundamental a una buena administración recogido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y consagrado por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y es aplicable al caso dado que estamos ante un despido colectivo, esto es, ante la aplicación de una norma que incorpora Derecho Europeo, en concreto la Directiva 98/59/CE.

b) No puede considerarse ilícito el reconocimiento de un derecho a una persona como es la renuncia por una de las partes en un contrato a ejercer determinadas facultades contractuales, por el hecho de que otras personas no disfruten de tal derecho,

salvo que exista discriminación ilícita, lo que hemos visto que no ocurre. Se decía en el Derecho latino clásico "nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet" (Paulo, Digesto 50.17.151), nadie hace daño salvo aquél que hace aquello a lo que no tiene derecho. Esto es, la mera existencia del derecho convierte en lícitas las consecuencias de su ejercicio para terceros. Es cierto que tal principio queda excluido en los supuestos de abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil), pero para que exista abuso de derecho es preciso que su ejercicio se haga sin un efectivo interés en el contenido del mismo o cuando exista una notable desproporción entre la ventaja obtenida por su titular y el efecto producido sobre los terceros que soportan el ejercicio. Y en este caso concurre un interés legítimo, probado y proporcionado por quienes reclaman la aplicación de la norma pactada.

c) Finalmente hay que tener en cuenta que se trata de un derecho condicionado, que limita la posibilidad de despido de tripulantes por razón de existir vuelos subcontratados, con objeto de impedir que la externalización de los mismos pueda reducir el empleo de los tripulantes, por lo que no es un derecho incondicionado, excesivo, con causa que pueda considerarse torpe, sino que obedece a una efectiva lógica de intercambio contractual propia de la negociación colectiva. Y, como veremos a continuación, la condición se cumple.

d) Se trata, no lo olvidemos, de una cláusula convencional cuya vigencia se renovó por las partes precisamente en el año 2011, como ya se ha visto."

Y ello es así, como queda dicho. En definitiva, estamos ante un convenio franja que afecta a un colectivo de trabajadores concretos que no pueden negociar las condiciones laborales para otros colectivos cuyas relaciones laborales se rigen por otros convenios, por lo cual partimos de situaciones que no son iguales, lo cual impide que pueda entenderse vulnerado el principio de igualdad de trato denunciado.

D.- Sobre los códigos compartidos y la externalización.-

Se denuncia por los recurrentes la infracción del art. 9 y el Anexo IX del III Convenio Colectivo de AEA, formulando unas alegaciones un tanto complejas a través de las que se pretende en definitiva, la inaplicación de tales preceptos, o de forma más

concreta, la inaplicación de los criterios de designación de los trabajadores previsto en el convenio colectivo aplicable.

Conforme al artículo 9 del Convenio Colectivo: " Regulación del Empleo"

"Deberá cumplir el requisito especificado en el Anexo IX punto 3º de este Convenio Colectivo.

No se podrá plantear expediente de regulación de empleo mientras existan vuelos bajo el indicativo de vuelo AEA, o bien que sean comercializados por el grupo Globalia, realizados por empresa distinta de AEA Líneas Aéreas, S.A.U.

Viajes Halcón y Travelplan podrán vender y comercializar cualquier vuelo de otra compañía o bien comercializar paquetes turísticos realizados por otras compañías aéreas siempre que se trate de compañías no participadas por el grupo Globalia. No se podrán ceder o alquilar líneas de AEA a otras compañías, mientras no haya vuelto o se le haya ofertado el retorno, siendo rehusado por el mismo, al último Tripulante Técnico piloto cesado en virtud del expediente".

Por su parte, el punto 3º del Anexo IX, al que remite el transcrito artículo 9, figura redactado en los siguientes términos literales.

"Externalización de la producción"

"3) No se incoarán expedientes de regulación de empleo, sin acuerdo de la S.S. de SEPLA en AEA, en el escalafón de pilotos de AEA, mientras exista producción con medios ajenos a AEA dentro del Grupo Globalia."

"5) no se utilizará ningún sistema de externalización de la producción dentro del grupo Globalia, con la excepción de la franquicia y los apoyos puntuales previstos en los puntos siguientes"

"10) la modalidad de externalización de la producción. Código compartido se regulará teniendo en cuenta las siguientes limitaciones. Excepciones y condiciones... (Tal y como se recoge en el hecho probado 11º el que transcribe el precepto en su integridad).

La empresa sostiene que no ha habido externalización de la producción y tan sólo se han operado en código compartido con AEA por otras compañías con pilotos ajenos al escalafón de Air Europa en los términos permitidos en el apartado 10 del anexo IX del Convenio Colectivo, con lo cual no se cumple la condición establecida en el III Convenio colectivo para la aplicación de la cláusula anti-ERE del artículo 9 y del anexo IX del mismo.

Por el contrario, de la prueba practicada, según se constata en el relato fáctico, se desprende que AEA mantiene acuerdos de código compartido en vuelos operados por las siguientes compañías del sector: Aeroflot, Aeroméxico, Air France, Transavia, Alitalia, Delta, Iberworld Airlines, KLM y Tarom. Además mantenía código compartido con la compañía Spanair hasta el reciente cese de operaciones de ésta última.

Asimismo, como resalta la sentencia recurrida, " se constata que en las cuentas de AEA del ejercicio 2011 aparece por primera vez una partida nueva por valor de 49.435.000 € asignada a "trabajos realizados para otras empresas" que no había figurado nunca en las cuentas auditadas de años anteriores que corresponde, entre otros conceptos, a determinados vuelos realizados por la entidad Iberworld Airlines (anteriormente denominada Orbest), para pagar vuelos a Canarias que hizo Orbest, sin que exista acuerdo alguno entre SEPLA y AEA para operar dichas líneas, es decir que en esas cifras estaban incluidas tanto operaciones de código compartido como operaciones no incluidas en código compartido (según se reconoce en prueba de interrogatorio de la representante de la empresa que a preguntas del letrado de la parte actora respondió que en esa cifra existían operaciones de código compartido y operaciones que no eran de código compartido y se declara en prueba testifical de la empresa por Daniel , director de alianzas de AEA que en un primer momento a preguntas de la letrada de la empresa negó que Orbest realizara vuelos a Canarias para posteriormente respondiendo a las preguntas del letrado de la parte actora admitir que unos pocos vuelos si se habían realizado) y por otro lado, es incomprensible admitir que dada la cuantía de la partida destinada a trabajos realizados para otras empresas (49.435.000 €) en la misma sólo estuvieran comprendidos los apoyos puntuales de otras empresas por diferentes causas o se debieron a problemas técnicos.". En definitiva, que

ha quedado acreditada la existencia de vuelos externalizados más allá de los códigos compartidos.

En consecuencia, se aprecia claramente que se ha infringido el anexo IX, punto 3 en relación con el párrafo primero del artículo 9 del III Convenio Colectivo porque realizando parte de su producción con medios ajenos y habiendo externalizado parte de su producción ha prescindido de negociar cualquier extremo relativo al ERE, con SEPLAIR promoviendo de modo directo el ERE ante la Dirección General de Empleo sin el previo acuerdo para su incoación formal y en consecuencia, debe declararse que no son conformes a derecho las Resoluciones de la dirección general de empleo de 2 en y 9 de marzo de 2012 y las Resoluciones de 3 de agosto y 26 de septiembre de 2012 que desestimaron el recurso de alzada confirmando las Resoluciones impugnadas en todos sus extremos. Coincidiendo con la sentencia de instancia, informe del Ministerio Fiscal y escrito de impugnación del recurso, nos encontramos con una causa de anulabilidad de las indicadas resoluciones de las contempladas en el artículo 63 de la Ley 30/1992 y, al afectar al fondo, debe anularse el acto administrativo autorizatorio del despido colectivo exclusivamente en lo que se refiere al personal protegido por dicha cláusula convencional, que son los Tripulantes Técnicos de Vuelo.

E.- Sobre los criterios de designación de los trabajadores afectados y el respeto al Convenio Colectivo aplicable.-

Respecto a los criterios de designación de los trabajadores afectados, la representación del SEPLA, la Sección Sindical de SEPLA en la empresa, los 29 pilotos demandantes y los pilotos Virgilio y cinco más entienden que debe utilizarse directamente entre todos los Tripulantes Técnicos de la empresa el criterio fijado en el art. 9 del Convenio Colectivo que indica que " cuando la resolución de los contratos fuera aprobada por la autoridad laboral competente y no afectara a la totalidad de la plantilla, se considerará el escalafón administrativo en orden inverso entre la totalidad de los tripulantes técnicos sin distinción de categorías profesionales ", es decir con independencia de la adscripción de los afectados a cualquiera de las aeronaves existentes en la compañía, Airbus A 330-200, Boeing 767-300, Boeing 737-800 y Embraer 195.

Y el artículo 21 del Convenio Colectivo, sobre "escalafón profesional" dispone: " los pilotos fijos estarán relacionados en un escalafón único, bajo el epígrafe de pilotos.

Contendrá, además del número de orden, la antigüedad administrativa, la antigüedad técnica en la especialidad, el nivel y la fecha en que lo alcanzó, el grupo laboral, la especialidad, la fecha de nacimiento y cualquier otro dato que pueda ser considerado de interés".

Ahora bien, por muy razonables y objetivos que resulten los criterios de designación de los trabajadores afectados, lo cierto es que las partes pactaron unos criterios distintos en el Convenio Colectivo aplicable, que no fueron respetados por la empresa, ni por la Resolución administrativa que aplica el criterio utilizado por la empresa, la consideración del colectivo de trabajadores, comandantes y pilotos, adscrito al tipo de aeronaves que dejan de operarse y, dentro de este colectivo, la aplicación del criterio del escalafón administrativo en orden inverso entre la totalidad de los Tripulantes Técnicos sin distinción de categorías profesionales.

Como señala la sentencia recurrida, la Resolución administrativa no respetó el criterio establecido en el Convenio, y la empresa viene obligada a observar lo pactado en el Convenio Colectivo, "en concreto, se establece como criterio de designación de los tripulantes técnicos de vuelo afectados por un expediente de regulación de empleo cuando la resolución de contratos fuera aprobada por la autoridad laboral competente y no afectara a la totalidad de la plantilla, se debe considerar el escalafón administrativo en orden inverso entre la totalidad de los tripulantes técnicos sin distinción de categorías profesionales sin que ello comporte infracción alguna de su poder de dirección y organización consagrado en el art. 20 del ET, pues el ejercicio regular de dicho poder de dirección aparece limitado por lo acordado en Convenio Colectivo en virtud precisamente de la fuerza obligatoria y la eficacia jurídica del pacto normativo. Por tanto, existiendo un pacto convencional, claro, vigente y lícito en orden a establecer el orden de designación de los pilotos afectados por el ERE, su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una de las partes (artículo 1255 del código civil) y por ende, la empresa no podía pretender, como así lo ha hecho, obviar la aplicación del artículo 9 del Convenio Colectivo de pilotos y en consecuencia la Resolución de la Dirección General

de Empleo y las desestimatorias de los recursos de alzada no son conforme a derecho, también por esta causa".

La sentencia recurrida se hace eco de la doctrina de esta Sala IV/TS sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Así la STS de 21-mayo-2013, en cuanto señala que "ante todo se ha de tener en cuenta que los Convenios Colectivos tienen plena fuerza vinculante entre las partes que los han suscrito, de modo que vienen a constituir la norma más directa y específica que regula las relaciones jurídico-laborales existentes entre ellas, por ser una verdadera fuente de Derecho, tal como se desprende de lo que disponen el art. 37-1 de la Constitución Española y los arts. 3-1-b) y 82 del Estatuto de los Trabajadores . En este sentido la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 1983 , siguiendo los criterios de la de 5 de noviembre de 1982 , precisó que el Convenio Colectivo es actualmente, de acuerdo con el art. 37-1 de la Constitución , fuente del derecho al reconocérsele fuerza vinculante, y por consiguiente centro originador de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral (art. 3- 1-b del Estatuto de los Trabajadores). Y las sentencias también de esta Sala del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 1992 y 29 de abril de 1993 manifiestan que "reiterada jurisprudencia ha sentado que la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos implica la atribución a los mismos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática (sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 58/1985, de 30 de abril)".

Es en base a la doctrina expuesta que se llega a la conclusión de que los preceptos contenidos en el ámbito concreto del Convenio Colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas S.A.U. y los Tripulantes Técnicos de Vuelo, publicado en el BOE de 9 de Junio de 2003, cuya aplicación se postula en las presentes demandas tienen carácter vinculante y lo cierto es que no cabe declarar la ineficacia del Convenio Colectivo para la no aplicación del artículo 9 y anexo IX.

En este sentido se pronuncia la doctrina constitucional (STC 238/2005 de 26 de septiembre) , conforme a la cual, "la autonomía individual -o la decisión unilateral de la empresa- no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo, establecidas en un Convenio Colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia,

importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio" (SSTC 208/1993, de 28 de junio , FJ 3 ; 225/2001, de 26 de noviembre , FJ 7)

F.- Sobre la documentación requerida y la aportada.-

Se denuncia por los recurrentes la infracción del art. 51 ET, y arts. 5, 6, y 7 del Reglamento 801/2011.

La sentencia recurrida refiere al respecto que: "De conformidad con lo entonces previsto en el número 2 del artículo 51 ET , la comunicación de la apertura del periodo de consultas con los representantes de los trabajadores por parte de la empresa, debió ir acompañada, entre otras informaciones o relaciones, de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, así como de: a) la especificación de las causas del despido; b) número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido; c) número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; d) periodo previsto para la realización de los despidos; y e) criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

La genérica expresión de "la memoria explicativa de las causas del despido colectivo" tiene su complemento reglamentario en el artículo 6 del RD 801/ 2011, en el que se precisa la documentación exigible en los despidos colectivos por causas económicas. Dice así la norma: "1. En los despidos colectivos por causas económicas, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa de las causas que dan lugar a su solicitud, que acredite, en la forma señalada en los siguientes apartados, los resultados de la empresa de los que se desprendan una situación económica negativa que pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo y que justifique que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

2. Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios

en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría.

4. Cuando la empresa solicitante forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el período señalado en el apartado 2, siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa solicitante a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante".

Pues bien, la documentación presentada por la empresa en el expediente fue la siguiente: relación de los criterios que serán tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el expediente; memoria explicativa/informe técnico justificativa de las causas económicas y de producción; cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo, auditadas de los dos últimos ejercicios económicos (2009-2010) cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos (2009-2010) integradas por el balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión auditadas y el avance a 10-01- 2012, correspondientes a Air Europa líneas Aéreas, S.A.U. En la comparecencia ante la

inspección, el día 24 de febrero de 2012, presentan también las cuentas anuales provisionales de AEA correspondientes al ejercicio de 2011 no se presentaron las del grupo consolidado. Constan asimismo en el expediente la documentación acreditativa de la representación social y el Plan de Acompañamiento Social. Que se presentó incompleto siendo objeto de subsanación posterior por la propia compañía el 13 de enero de 2012 y finalmente en fecha 1 de marzo de 2012, la empresa presenta en la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social las cuentas anuales de 2011 de Air Europa correspondiente al ejercicio terminado a 31 de octubre de 2011, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, Estado de cambios en el patrimonio neto, Estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión, debidamente auditadas.

Por tanto, en relación con las cuentas anuales, sólo se presentaron de forma completa las de 2009 y las de 2010. Y en lo que se refiere a las del 2011, si bien es cierto que a la fecha en que se inició el ERE, 11 de enero de 2012 no había transcurrido el plazo legal para la formulación de las cuentas (31 de enero de 2012) el período de consultas finalizó el 10 de febrero de 2012 sin que la empresa entregara a los representantes de los trabajadores las cuentas anuales provisionales del grupo consolidado Globalia del año 2011 y las mismas cuentas auditadas y en cuanto a las cuentas de Air Europa, hubo que esperar a la reunión de 24 de febrero de 2012- finalizado ya el período de consultas-con la presencia del inspector de trabajo y seguridad social actuante para que los representantes de la empresa entregaran por vez primera una copia de las cuentas anuales provisionales de la empresa y no fue hasta el 1 de marzo de 2012, cuando la empresa presenta en la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social las cuentas anuales de 2011 de Air Europa correspondiente al ejercicio terminado a 31 de octubre de 2011, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, Estado de cambios en el patrimonio neto, Estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión, debidamente auditadas. Sin que se hayan aportado al expediente administrativo ni a los presentes autos las cuentas anuales provisionales del grupo consolidado Globalia del año 2011 y las mismas cuentas formuladas y auditadas.

Conforme a lo establecido en el artículo 253.1 del RDL 1/2010, de 10 de julio de Sociedades de Capital : los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados. La entidad demandada cierra su ejercicio el 31 de octubre, luego el 31 de enero de 2012 es la fecha tope para la formulación de las cuentas. Por tanto antes de finalizar el período de consultas (que tuvo lugar el 10 de febrero de 2012) las cuentas ya se habían formulado y auditado puesto que el informe de auditoría es de fecha 3 de febrero de 2012 y hubo que esperar a la reunión de 24 de febrero de 2012-finalizado ya el período de consultas-con la presencia del inspector de trabajo y seguridad social actuante para que los representantes de la empresa entregaran por vez primera una copia de las cuentas anuales provisionales de la empresa y no fue hasta el 1 de marzo siguiente cuando se presentaron las cuentas completas del ejercicio 2011 de a Air Europa sin que se hayan aportado las cuentas del grupo Globalia consolidado correspondientes a este ejercicio, ni las provisionales ni las auditadas a pesar de que la empresa solicitante forma parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas.

En cuanto a las proyecciones para 2012 las previsiones de pérdidas para 2012 que según la memoria económico productiva alcanzarán un resultado superior a los 81 millones de euros (documento 1.5 del expediente administrativo) no pueden considerarse probadas, al no poder establecer su adecuado contraste con las cuentas del ejercicio ya cerrado cuando no se aportan en prueba documental anticipada las cuentas de 2012 para ser verificadas por este tribunal si se tiene en cuenta que el acto del juicio tuvo lugar el 3 de febrero de 2014, esto es más de un año después de haber transcurrido el plazo previsto en el artículo 253 del RDL 1/2010, de 10 de julio .

Se desprende con claridad que la principal finalidad de los preceptos antes citados es la de que los representantes de los trabajadores tenga una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para

que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Además, la relatada conducta omisiva en la aportación de esa documentación mínima y la desinformación que produjo de manera inevitable en los representantes de los trabajadores, en el presente caso afectó a la realidad de la existencia de un verdadero periodo de consultas. Estos hechos privaron realmente de contenido al legalmente exigible periodo de consultas y le otorgaron la condición de mera intención de cumplimentar un trámite formal. Hay que tener en cuenta que los representantes del SEPLA reclamaron, dentro de su mesa negociadora (lo que no es extensible por ello a las otras mesas negociadoras en las que se escindió el periodo de consultas) expresamente esa información en la segunda sesión negociadora y la reiteraron posteriormente durante el periodo de consultas, cuando había transcurrido el plazo para la formulación de las cuentas, que estaban disponibles para la empresa y debió comunicar a los trabajadores diligentemente. Máxime cuando un elemento básico objeto de discusión, como es la existencia de externalización, se refleja en la aparición de una partida novedosa en la cuenta de pérdidas y ganancias de 2011, como se ha visto, y era de evidente interés para la parte social en la negociación.

La finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos, en el caso examinado en absoluto se llevó a cabo, lo que supone una clara vulneración de lo previsto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, y de los artículos 5 a 9 del RD 801/11, conforme a los cuales:

1º) La solicitud empresarial del procedimiento de regulación de empleo debe acompañarse de la documentación a que se refieren los artículos 6 y 7, según la causa alegada, y de la señalada en los artículos 8 y 9 de este Reglamento (artículo 5.1, párrafo segundo). Esta obligación ha sido incumplida según se ha expuesto.

2º) En el caso de no cumplir este requisito, la autoridad laboral, en el plazo de diez días, se dirigirá al solicitante, remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores, para que se subsane el defecto observado en el plazo de otros diez días, con la advertencia de que si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su solicitud. Una vez subsanado, comenzará a computar los plazos a que se refiere el artículo 51.4 LET. Por lo demás, la copia de la subsanación que se lleve a efecto habrá de remitirse en igual plazo por la empresa a los representantes legales de los trabajadores. Los hechos declarados probados acreditan el incumplimiento de estos preceptos, puesto que, la DGE no requirió a AEA que aportase toda la documentación preceptiva, no traslado copia del requerimiento de subsanación a SEPLAIR, al no haber requerimiento de subsanación sin que la DGE advirtiera del archivo de la solicitud a la empresa promotora . Por tanto, las Resoluciones impugnadas son anulables al amparo del art. 63.1 Ley 30/92 teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos examinados en relación con la aportación de la mínima documentación exigible.

La estimación del motivo, al referirse a la información exigida y no proporcionada en la mesa negociadora de los tripulantes técnicos de vuelo, solamente afecta a la autorización del despido de éstos y no de los demás trabajadores incluidos en el expediente, que no son demandantes en el presente procedimiento".

La Sala hace suyos tales pronunciamientos de la sentencia de instancia, no sin señalar que en modo alguno han acreditado los recurrentes las infracciones alegadas, "sino exclusivamente la disconformidad de la parte con la sentencia", que ha de llevar a la desestimación del motivo, lo que hace innecesario el examen de la falta de cualquier otra documentación.

SEXTO.- Por cuanto antecede, procede la desestimación de los recursos formulados, y confirmación de la sentencia recurrida, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal. Sin que proceda realizar pronunciamiento imponiendo las costas a alguna de las partes litigantes (art. 235.1 LRJS).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por el Abogado del Estado en la representación que ostenta del MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, y por la empresa AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS S.A.U., contra la sentencia dictada en fecha 21 de abril de 2014 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en autos núm. 0218/2012 , en virtud de demandas acumuladas formuladas por D. Guzmán De la Villa De la Serna, Procurador de los Tribunales de Madrid en nombre y representación del SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS (SEPLA), y por D. Pedro Arriola Turpín, Letrado, en representación de la SECCIÓN SINDICAL DEL SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS EN AIR EUROPA, LÍNEAS AÉREAS S.A.U., actuando, asimismo, en nombre y representación de los veintinueve (29) TRIPULANTES PILOTOS , en Impugnación de Actos Administrativos, contra el MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, la Compañía AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS, S.A.U., la Confederación Sindical Unión Sindical Obrera (USO), la Confederación Sindical Comisiones Obreras (CC.OO), el Sindicato Independiente de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Líneas Aéreas (SITCPLA), la Asociación Sindical Española de Técnicos de Mantenimiento Aeronáutico (ASETMA), la Confederación Sindical Unión General de Trabajadores (UGT), y 34 pilotos (D. Nemesio , D. Juan Francisco , D. Erasmo , D. Moisés , D. Juan Ignacio , D. Eliseo , D. Melchor , D. Jesús Ángel , D. Emilio , D. Nazario , D. Juan Miguel , D. Esteban , D. Pascual , D. Pablo Jesús , D. Felicísimo , D. Román , D. Ambrosio , D. Hermenegildo , D. Teodoro , D. Bernardino , D. Julio , D. Carlos Francisco , D. Desiderio , D. Norberto , D. Víctor Manuel , D. Gabino , D. Serafín , D. Bruno , D. Leandro , D. Luis Miguel , D. Everardo , D. Romualdo , Augusto , D. Jon), siendo parte el Ministerio Fiscal. Confirmamos la sentencia recurrida, sin que haya lugar a la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE
DE 2015**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de D. Jon, D. Nicanor, D. Purificación, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, D^a Carlota, D^a Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao y D. Héctor se presentó demanda de despido colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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 el DESPIDO COLECTIVO efectuado por la empresa demandada es NULO al estar ante un caso de DISCRIMINACIÓN INDIRECTA el cual supone vulneración del artículo 14 de la Constitución Española .

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 19 de noviembre de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Jon , D. Nicanor , D. Purificación , D. Sergio , D. Carlos Ramón , D. Marco Antonio , D^a Carlota , D^a Fidela , D. Cecilio , D. Estanislao y D. Héctor contra MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL, S.A., debemos declarar y declaramos ajustado a derecho el despido colectivo adoptado por la empresa MELIÁ objeto del presente proceso. Absolvemos a las partes demandadas de los pedimentos formulados en su contra."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "
1º.- MELIA HOTELS INTERNATIONAL, SA es una sociedad formalmente constituida en Madrid el 24 de julio de 1986, bajo la denominación social de Investman, SA. Se decida a la gestión, explotación y administración de hoteles en régimen de propiedad, gestión, alquiler o franquicia, así como a operaciones de régimen vacacional;
2º.- Las principales marcas a través de las que Meliá opera en el mercado son: Meliá,

Gran Meliá, ME, Paradisus, Innside, TRYP, Sol Hotels y Club Meliá; 3º.- HOTEL MELIA BARAJAS.- El Hotel Meliá Barajas está localizado en las proximidades del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas. El Hotel Meliá Barajas es un hotel de cuatro estrellas y cuenta con 229 habitaciones, piscina, centro de convenciones de 1.300 metros cuadrados y 14 salas de reuniones con capacidad para un máximo de 600 personas.

Los ingresos del hotel han sido

2011 2012 2013 2014(Enero/mayo)

10.013.273 8.368.142 7.215.353 2.897.682

Los ingresos por habitación han sido

2011 2012 2013 2014(Enero/mayo)

5.846.675 4.591.992 4.099.916 1.634.181

El coste de personal ha sido

2011 2012 2013 2014(Enero/mayo)

4.543.457 4.136.325 3.704.795 1.528.301

El coste de personal en habitaciones ha sido de

2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)

1.558.123 1.360.740 1.231.685 529.926

Las habitaciones ocupadas en el Hotel y los ingresos tenidos por ocupación han sido:

AÑO 2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)

H.D. 83.341 83.694 83.258 34.352

H.O. 74.992 63.519 57.412 23.443

INGRESOS

H.O. 5.846.675 4.591.992 4.099.916 1.634.181

ADR 77,96 72,29 71,41 69,7

RevPAR 70,15 70,15 54,87 49,24 47,6

H.D.= Habitaciones disponibles

H.O.= Habitaciones Ocupadas

ADR= Precio Medio Habitación (Average daily rate)

RepPAR= Ingreso por habitación disponible (Revenue per available room)

La evolución de los ingresos por comida y bebidas ha sido

AÑOS 2011 2012 2013

2014

(Enero/mayo)

Comida 2.690.260 2.312.575 1.956.769 784.008

Bebida 510.421 469.973 419.887 169.733

4º.- HOTEL TRYP ALAMEDA.- El hotel Try Alameda está localizado en las proximidades del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas. El Hotel Try Alameda es un hotel de cuatro estrellas y cuenta con 149 habitaciones y 7 salas de reunión con una capacidad máxima de 200 personas.

Los ingresos del hotel han sido

2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)

6.203.529 5.750.531 4.101.051 1.268.0119

Los ingresos por habitación han sido

2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)

3.705.220 3.443.085 2.564.320 891.380

El coste de personal ha sido

2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)

2.262.145 2.181.778 1.876.417 713.445

El coste de personal en habitaciones ha sido de

2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)

986.846 935.789 799.390 314.69

Las habitaciones ocupadas en el Hotel y los ingresos tenidos por ocupación han sido

AÑO 2011 2012 2013 2014

(Enero/mayo)

H.D. 54.020 54.168 54.020 22.348

H.O. 50.185 48.228 39.328 15.281

INGRESOS H.O. 3.705.220 3.443.085 2.564.320 891.380

ADR 72,92 69,94 65,2 58,3

RevPAR 68,59 63,56 47,47 39,9

H.D.= Habitaciones disponibles

H.O.= Habitaciones Ocupadas

ADR= Precio Medio Habitación (Average daily rate)

RepPAR= Ingreso por habitación disponible (Revenue per available room)

La evolución de ingresos por comida y bebida ha sido

AÑOS 2011 2012 2013 2014 (Enero/mayo)

Comida 1.575.595 1.517.668 1.045.154 264.748

Bebida 174.193 161.060 108.326 41.382

5º.- EXPEDIENTE DE DESPIDO COLECTIVO.- El 16 de junio de 2014, la empresa demandada comunicó a la representación legal de los trabajadores de los centros de trabajo de Hotel Meliá Barajas y Tryp Alameda la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo por causas productivas y organizativas. El día 1 de

julio de 2014 se constituyó la comisión negociadora y se produjo la primera reunión del periodo de consultas que concluyó en la última reunión, del día 12 de agosto de 2014, sin acuerdo. Se encuentran incorporadas a las actuaciones las actas de cada una de las reuniones que se dan por reproducidas. Entre los días 25 y 26 de agosto de 2014 la empresa notificó a la Comisión representativa de los trabajadores en el despido colectivo su decisión final de despedir 43 trabajadores del Departamento de piso/limpieza; 6º.- La empresa demanda ha externalizado el servicio Departamento de Pisos/limpieza a la empresa Lloyd Outsourcind, SLU que presta el servicio concertado

-limpieza de habitaciones y zonas comunes- con un total de 52 trabajadores, de los cuales 49 son trabajadoras. Los costes de externalización de servicios de camareros de pisos y limpieza (Dpto. de Pisos y Limpiezas -Habitaciones-) en el mes de septiembre de 2014 fue de 46.749,78 euros (38.636,18 euros sin IVA) por 5.758 habitaciones limpias estándar, a razón de 6,71 euros, en el Hotel Meliá Barajas y de 28.790,76 euros (23.794,02 euros sin IVA) por 3.753 habitaciones limpias estándar, a razón de 6,34 euros, en el Hotel Tryp Alameda; 7º.- En la empresa demandada, el 92% de la plantilla que presta servicios en el Departamento de pisos de sus 113 hoteles está compuesta por mujeres; 8º.- Las relaciones laborales de los trabajadores afectados por el despido colectivo se rigen por el Convenio Colectivo de Hospedaje de la Comunidad Autónoma de Madrid; 9º.- Los trabajadores afectados por la medida extintiva son los que se recogen en la relación nominativa que se contiene en el hecho primero de la demanda, que aquí damos por reproducidos. Del número de trabajadores afectados por el despido en el Hotel Meliá Barajas hay 23 mujeres y 2 hombres y en el Hotel Tryp Alameda hay 17 mujeres y 1 hombre.".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de D. Jon , D. Nicanor , D. Purificación , D. Sergio , D. Carlos Ramón , D. Marco Antonio , Dª Carlota , Dª Fidela , D. Cecilio , D. Estanislao , D. Héctor . La parte recurrida formuló impugnación a dicho recurso.

SEXTO.- Admitido el recurso de casación por esta Sala, se dio 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 por el Pleno de la Sala el día 23 de septiembre

de 2015, acto que fue suspendido por providencia de dicho día, señalándose para nueva votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 18 de noviembre de 2015, en que tuvo lugar; acordando la Sala el nombramiento como Ponente del Excmo. Sr. Magistrado D. José Manuel López García de la Serrana, al anunciar la anterior designada, voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. Objeto del recurso.

El presente recurso tiene su origen en la demanda presentada por la representación legal de los trabajadores (RLT) que negoció el despido colectivo promovido por Meliá en dos hoteles de su organización hotelera. En la demanda se pidió que el despido colectivo fuese declarado:

1º NULO por estar ante un caso de discriminación indirecta por razón de sexo lo que suponía una vulneración del artículo 14 de la Constitución Española.

2º Subsidiariamente se pretendía que el despido se declarase nulo por vulneración de la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva integrada en el artículo 28 de la Constitución Española.

3º Subsidiariamente, se interesaba que se declarase nulo por vulneración del artículo 10 de la Constitución Española, ya que la medida adoptada suponía la precarización extrema de las condiciones de trabajo lo que atentaba gravemente contra la dignidad de la persona.

4º Subsidiariamente, se pedía, finalmente, que el despido fuese declarado improcedente, sic, por carecer el mismo de causa que lo justificara por no encontrarnos en el caso de autos ante una causa organizativa ni productiva, sino ante una causa económica que no ha sido negociada por la empresa en el ERE; y subsidiariamente para el caso de que por ese Tribunal se dieran por acreditadas la existencia de causa organizativa y/o productiva, la decisión adoptada por la empresa debía declararse no razonable, no idónea y no adecuada por no estar ante una amortización de puestos de trabajo sino ante una decisión de política empresarial que nada tiene que ver con las

causas alegadas en el ERE y encontrarnos realmente ante una situación de DUMPING SOCIAL, que lleva a la precarización leonina de las condiciones de trabajo.

2. Sentencia recurrida.

La sentencia de instancia, dictada por el TSJ de Madrid rechaza la existencia de discriminación por razón de sexo, así como la vulneración del derecho de libertad sindical en su vertiente de la negociación colectiva. Y, en el análisis de las causas, tras señalar que la causa invocada no es económica, y que no concurre una causa productiva, señala que se está ante una causa organizativa porque con la nueva organización se produce una mejora del servicio por suponer una corrección de los desequilibrios existentes.

3. Recurso de casación.

Por la RLT demandante se formaliza recurso de casación articulado en cinco motivos para la revisión de los hechos probados, y otros cinco dedicados al examen del derecho aplicado por infracción de las normas jurídicas que en cada uno se citan como luego se verá.

SEGUNDO.- Sobre la revisión de los hechos declarados probados.

1. Revisión de los hechos probados.

Se formulan por el recurrente cinco motivos de revisión de los hechos probados, al amparo de lo dispuesto en el art. 207 d) de la LRJS, para que se introduzca al relato fáctico de instancia, el redactado que propone, y aunque sin la claridad deseada, insiste básicamente en que se constate que tanto el Hotel Meliá Barajas como el Hotel Tryp Alameda son hoteles de cuatro estrellas, y a ello añade los gastos y previsión de gastos, que estima corresponden.

Procede la desestimación de los cinco motivos formulados por el recurrente al amparo del art. 207 d) de la LRJS, por cuanto así procede con arreglo a nuestra doctrina sobre la materia. Como recuerda nuestra 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, nuestra 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 intermediación 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 -).

La aplicación de la doctrina reseñada obliga, cual se dijo antes, a desestimar la pretensión revisora de la parte recurrente. Los dos primeros motivos por reiterativos, al pretender que se adicionen datos económicos que ya constan en el relato de hechos probados y que se han extraído por el Tribunal sentenciador de los mismos documentos de cita la recurrente, sin que se aprecie la existencia de errores evidentes en la valoración de la prueba, salvo los comentarios y demás juicios de valor que,

interesadamente, hace la parte actora olvidando que los juicios de valor no son propios del relato de hechos probados, donde sólo pueden figurar hechos objetivos y no las apreciaciones subjetivas que de los mismos hagan las partes interesadas. Lo mismo puede decirse de la tercera modificación propuesta, la relativa a la apertura en 2009 de un nuevo hotel en la misma zona por la demandada, dato que funda en prueba que no es adecuada a los efectos que nos ocupan (interrogatorio de parte) y en documentos cuya reproducción se pide, técnica incorrecta porque el recurso debe poner de relieve los hechos relevantes que ha omitido incorporar el juzgador al relato de hechos probados, aparte que con ello se tratan de introducir juicios y valoraciones económicas impropias del relato de hechos probados, máxime cuando se trata de datos irrelevantes, porque se juzga la situación existente en el año 2014 que obliga a tomar medidas organizativas que nada tienen que ver con decisiones económicas tomadas en el año 2009. Las modificaciones interesadas en los motivos cuarto y quinto se rechazan porque no se citan los documentos que evidencian el error denunciado, cual es preceptivo, y porque las opiniones de los clientes, aunque se manifiesten por escrito, constituyen una simple prueba testifical carente de todo valor a estos efectos, máxime cuando no se han emitido a presencia judicial. Además, el objeto del presente procedimiento es si el despido colectivo que nos ocupa era ajustado o no a derecho y no si ha existido, o no, una sucesión empresarial articulada para perjudicar los derechos económicos del personal afectado, cual insinúa el recurso sin que conste si el personal cuyo contrato se extinguió presta ahora los mismos servicios en otra empresa que le paga menos. Se insinúa una sucesión encubierta en la actividad o una cesión ilegal de mano de obra, pero no se ha articulado una pretensión formal al respecto, ni demandado a la sucesora, ni probado hechos que corroboren esta cuestión.

TERCERO.- Sobre violación de la libertad sindical en su manifestación del derecho a la negociación colectiva.

1. El sexto motivo del recurso alega la infracción del artículo 28 de la Constitución en relación con el artículo 124-2 de la L.R.J.S. Entiende el recurso que con la externalización de los servicios de limpieza de habitaciones y demás de los hoteles afectados que se ha llevado a cabo se ha violado el artículo 28 de la Constitución porque con esa acción se ha eludido la aplicación del Convenio Colectivo de Hostelería de

Madrid, lo que viola el derecho a la negociación colectiva, reduce el ámbito de aplicación del convenio, el número de componentes del comité de empresa y en definitiva supone una precarización de las relaciones laborales.

Antes de proceder a su examen conviene recordar nuestra doctrina sobre los requisitos de forma que deben reunir los recursos de casación ordinaria, según doctrina reiterada de esta Sala de la que se hacen eco nuestras recientes sentencias de 23 de septiembre de 2015 (RO 66/2014) y 19 de octubre de 2015 (RO 54/2015). En la primera de ellas se dice:

<<"... A) Proyección antiformalista de la tutela judicial.

"...No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993 , 37/1995 , 135/1998 y 163/1999 ".

"Dicho de otro modo: los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y «en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado» (SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre)".

"B) Necesidad de cumplir las exigencias procesales de los recursos.

La concurrencia de los presupuestos y el cumplimiento de los requisitos procesales exigidos para la admisibilidad de los recursos es fiscalizable con parámetros de constitucionalidad, salvo que la decisión judicial incurra en arbitrariedad o descansa en error patente (SSTC 58/1995, 209/1996 y 127/1997)".

"El principio pro actione no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción (STC 37/1995) pues el acceso a los recursos sólo

surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación (SSTC 211/1996 y 258/2000)".

"C) Las exigencias formales en la casación.

El carácter extraordinario del recurso de casación aparece explicitado, sin dejar lugar a ningún género de dudas, cuando se dispone que la Sala de lo Social del TS conocerá «en los supuestos y por los motivos» establecidos en la Ley (art. 205.1 LRSJ); las «resoluciones» recurribles aparecen descritas en el artículo 206 LRJS y los «motivos» en el artículo 207 LRJS. Su interposición, en consecuencia, no podría realizarse con fundamento en meros -aunque fueren legítimos- intereses del recurrente, en función de su discrepancia con el criterio acogido por el Tribunal a quo, sino que forzosamente ha de tomar su apoyo en las razones (los llamados «motivos del recurso») permitidas al efecto".

"La clave está en la matizada afirmación que ya hace tiempo realizara el propio Tribunal Constitucional: en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal. Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal (STC 17/1985)".

"2. Alcance del artículo 210 LRJS.

Con el referido norte interpretativo (hay que respetar las exigencias formales, pero su cumplimiento no puede exigirse de modo exagerado) interesa recordar que el actual art. 210.2 LRJS disciplina el escrito de interposición del recurso, conteniendo las siguientes exigencias:

- 1) Se expresarán por separado cada uno de los motivos de casación.
- 2) Se redactarán con el necesario rigor y claridad.
- 3) Se seguirá el orden de los motivos del artículo 207.
- 4) Hay que razonar la pertinencia y fundamentación de cada motivo.

5) Hay que razonar el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas.

6) Hay que realizar mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas.

7) En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido.

8) En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna".

"3. Doctrina de la Sala sobre las exigencias del escrito de interposición del recurso.

De manera uniforme viene llamándose la atención sobre la necesidad de que el escrito que formaliza la casación cumpla con las exigencias procesales de modo razonable.

Así, por ejemplo, en la STS de 15 junio 2004 (rec. 103/2004) se desestima el recurso, que en su día pudo haberse inadmitido, al entender que se produce un incumplimiento manifiesto e insubsanable de los requisitos establecidos para recurrir puesto que el escrito ni señala cuáles son los motivos por los que encauza el recurso, ni cita de manera clara y concreta qué preceptos considera infringidos, ni menos aún razona por qué y en qué sentido lo han sido".

"... En la STS 4 noviembre 2010 (rec. 65/2010) se invocan diversos precedentes, insistiendo en la idea de que " para cumplir con el requisito de la fundamentación de la infracción legal es necesario no sólo citar los preceptos que se consideren infringidos, sino también razonar la pertinencia y fundamentos de la infracción en forma suficiente '".>>

2. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga, como ha informado el Ministerio Fiscal, a desestimar el motivo del recurso examinado por falta de fundamentación de la infracción legal que se aduce pero no se razona de forma suficiente, al no explicarse porque el incumplimiento de un convenio colectivo constituye la violación de un derecho constitucional (la negociación colectiva), en lugar de un simple incumplimiento contractual o de una cesión encubierta de mano de obra. Nada se razona al respecto en este sentido en el motivo del recurso examinado, donde ni se cita precepto alguno del Estatuto de los Trabajadores que pudiera haber sido infringido por haberse violado las normas mínimas que regulan el contrato, tanto en orden a la aplicación o no de determinado convenio colectivo, como a la conservación de derechos adquiridos. Además, no se debe olvidar que se juzga sobre un despido colectivo cuya calificación es el objeto de la litis y no lo que ocurra con posterioridad a su efectividad. Por ello, las alegaciones de violación de la negociación colectiva, por tratarse de eludir la aplicación de un convenio colectivo, necesitaban de unas explicaciones jurídicas que no da el recurso que se limita a insinuar la existencia de una actuación fraudulenta, sin argumentar, tampoco, con el detalle debido sobre la existencia del fraude de ley que se denuncia y las normas que amparan su calificación como tal. Esta falta de fundamentación del motivo del recurso que se examina justifica su desestimación, máxime cuando tampoco consta que las personas afectadas por el despido colectivo hayan sido contratadas por la adjudicataria del servicio de limpieza, ni en que condiciones.

CUARTO.- Sobre la existencia de discriminación.

1. El séptimo motivo del recurso alega la violación del artículo 14 de la Constitución por discriminación salarial indirecta por razón de sexo que sería causa de la nulidad del despido colectivo conforme al artículo 124-2 de la L.R.J.S .. La discriminación indirecta la provocaría, según el recurso, la externalización del servicio de limpieza por estar empleadas en él, principalmente, mujeres, lo que supondría que una práctica aparentemente neutra (la externalización) pondría en desventaja a las mujeres con respecto a los hombres y conllevaría una discriminación salarial para las mujeres contratadas por la empresa a la que se adjudican los servicios externalizados, pues les pagaría menos.

2. Antes de resolver esta cuestión conviene recordar, brevemente, la normativa y doctrina aplicable en esta materia. Las Directivas 76/2007/CE, 75/117/CE y 97/80/CE, quedaron derogadas por el artículo 34 de la Directiva 2006/54/CE que vino a refundirlas y que desde su entrada en vigor (el 16 de agosto de 2006, según su artículo 35) es la norma comunitaria que regula la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. El artículo 2-1 de la nueva Directiva define la discriminación directa y la indirecta en términos que han sido recogidos literalmente por nuestra legislación que la ha desarrollado en la Ley Orgánica 3/2007, de 2 de marzo. El artículo 6 de esta Ley Orgánica define la discriminación directa e indirecta de la siguiente manera:

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Pero, al transponer la Directiva 2006/54/CE, nuestra Ley, también, implementa el artículo 19 de la misma, sobre la carga de la prueba, y, al efecto, en el artículo 13 dispone:

1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.

Estas normas sobre la inversión de la carga de la prueba tienen su origen en la doctrina del T.J.C.E. y en lo dispuesto en el Convenio 183 de la OIT y vienen a institucionalizar la aplicación del llamado "test de but for", o de la sustitución que el citado Tribunal había venido aplicando para detectar la existencia de discriminación directa o indirecta, en varias sentencias, como las de 8-11-1990, caso Dekker , y la de 3 de febrero de 2000, caso Mahlburg . Este test de sustitución, que ha sido empleado también por esta Sala (SSTS 23 de abril de 2009 (RO 44/2007) y 18 de julio de 2011 (RO 133/2010)) consiste en cambiar en la situación contemplada el sexo (u otra circunstancia personal del sujeto) para verificar si las consecuencias jurídicas habrían sido las mismas en ese caso, esto es si la no contratación o el despido se habrían producido si el sexo, u otra condición del trabajador, hubiesen sido distintas.

3. La aplicación de la anterior normativa y doctrina al caso que nos ocupa obliga a desestimar el motivo examinado porque la decisión empresarial no se encuentra "directa o indirectamente" relacionada con un tratamiento peyorativo de la mujer, pues la decisión de externalizar los servicios de limpieza es ajena al sexo de los trabajadores afectados, pues se ha tomado por razones objetivas, relacionadas con una mejor organización del servicio que, además, redundaría en una reducción de costes y no con el fin de prescindir de trabajadores del sexo femenino. La decisión de externalizar, sea o no ajustada a derecho, lo que luego se verá, se habría tomado igual si todos los afectados fuesen varones, lo que aplicando el "test de but for" nos lleva a concluir que es ajena a toda discriminación indirecta prohibida por la Ley. En efecto, según los hechos declarados probados (sexto y séptimo) han sido despedidos todos los empleados (52) en la limpieza de los dos hoteles, tres de ellos varones, lo que era razonable, dado que la decisión afectó a todos los empleados y que en la empresa en esa actividad el 92 por 100 de los empleados son mujeres. La existencia de discriminación salarial con respecto al futuro escapa a esta litis en la que se resuelve sobre el despido colectivo acordado y no sobre contrataciones futuras e hipotéticas, pues no constan, máxime cuando los hombres recibirán igual tratamiento salarial y cuando la limpieza es un nicho de actividad en el que cada vez son empleados más varones.

QUINTO.- Sobre la violación del artículo 10 de la Constitución y la dignidad de la mujer.

El octavo motivo del recurso alega la infracción del artículo 10 de la Constitución en relación con el artículo 124-2 de la L.R.J.S. por ser contrario a la dignidad de la mujer el despido colectivo fundado en una externalización de los servicios de limpieza, por cuanto ello supone una merma salarial importante.

El motivo no puede prosperar porque, aparte que la dignidad de la mujer no es un derecho fundamental cuya violación conlleve la especial protección que se pretende, al no ser de los comprendidos en el capítulo II del Título I de la Constitución, según el artículo 53 de esta, resulta que no consta esa lesión que se denuncia, sin mayor explicación, y con manifiesto olvido de lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución sobre la libertad de empresa, lo que en principio hace lícita la externalización que se combate sin mayores argumentos que los reseñados. Además, los argumentos dados en el anterior fundamento para rechazar la existencia de discriminación por razón de sexo, sirven, también, para rechazar que la externalización que nos ocupa constituya, igualmente, un atentado contra la dignidad de la mujer, por cuánto ese no era el fin perseguido por una externalización que afectaba, igualmente, a los varones.

SEXTO.- Sobre la concurrencia de causas organizativas que justifican el despido colectivo.

1. El noveno motivo del recurso alega la infracción del artículo 51-1 del E.T. en relación con el artículo 124-2-d) de la L.R.J.S. por entender que no concurren las causas organizativas y productivas alegadas por la empresa, si bien debe precisarse que la sentencia recurrida rechaza la concurrencia de causas productivas al final (penúltimo párrafo) de su fundamento de derecho cuarto, lo que hace que el estudio del presente motivo del recurso deba circunscribirse a la concurrencia de la causa organizativa que si estima el fallo impugnado.

La no concurrencia de causas organizativas la fundamenta el recurso en dos tipos de consideraciones. La primera simplista: Con la externalización no ha existido un cambio en la forma de organizar el trabajo, porque la actividad sigue siendo la misma, limpiar las habitaciones y zonas comunes del hotel, con lo que el trabajo no ha cambiado. La segunda de carácter económico combate a eficiencia de la externalización que no mejora el servicio sino el beneficio, mediante el ahorro de costes, para,

seguidamente, añadir, sin que conste en los hechos probados, que otros costes (como el alquiler) se han incrementado y acabar concluyendo que realmente existe una causa económica que se ha enmascarado y no se ha alegado como causa de un despido colectivo cuyo fin es ahorrar costes económicos y preparar la finalización de la actividad en el año 2.022.

El motivo del recurso que nos ocupa, aunque adolece de algunos defectos formales en su articulación por falta de concreción de las infracciones legales cometidas y del concepto en el que lo han sido, cual requiere el artículo 210 de la L.R.J.S., merece ser examinado, por cuanto precisa que no ha existido ningún cambio organizativo y que lo que existen son causas económicas que no fueron alegadas como causa de la extinción contractual colectiva impugnada.

2. En primer lugar, debe señalarse que las causas que enumera el artículo 51-1 del E.T., como justificadoras del despido colectivo, están relacionadas entre si porque persiguen el mismo fin: asegurar la viabilidad de la empresa y su adaptación a las circunstancias de todo tipo que concurren en cada momento y a los cambios tecnológicos que se produzcan con el fin de que su viabilidad facilite su supervivencia y el mantenimiento y creación del mayor número de puestos de trabajo. Por ello, si se habla de viabilidad, de posibilidad de supervivencia, pueden afirmarse que esta no es posible si la situación económica de la empresa no es la adecuada, si tiene pérdidas que pueden deberse a las más variadas causas, como no adaptación a los nuevos procesos productivos o a las nuevas tecnologías con la consiguiente pérdida de competitividad. Con lo expuesto se quiere señalar que todas las causas que la ley enumera repercuten en la salud económica de la empresa, pero que la ley distingue entre unas y otras de forma que las económicas, "strictu sensu", son aquellas que se ponen de manifiesto por la disminución de ingresos o ventas y la acumulación de stocks, lo que no quiere decir que sólo la baja facturación o su disminución tenga repercusiones económicas, pues la mejora de la situación económica puede producirse empleando nuevas máquinas y tecnologías más avanzadas o cambiando los sistemas o métodos de trabajo o de organización de la producción, cambios que, al abaratar los costes, por aumentar la productividad, mejoraran la competitividad de la empresa en el mercado con lo que la

Ley reconoce que los cambios que producen una disminución de los costes no son ilícitos "per se".

Lo dicho obliga a rechazar las argumentaciones relativas a que concurren causas económicas que no se alegaron como causa del despido, pero no organizativas, porque la conexión entre cambios organizativos y mejora de la situación económica de la empresa, al abaratare los costes, lo impide, ya que las razones económicas están presentes en todo cambio del proceso productivo, sin que por lo demás, sean de recibo las argumentaciones sobre las intenciones finales de la empresa a largo plazo, máxime cuando carecen de todo apoyo fáctico.

3. Las escuetas alegaciones, sobre la que la externalización no ha supuesto ningún cambio, porque la necesidad de realizar la limpieza subsiste, deben rechazarse por infundadas, pues de antiguo la doctrina de esta Sala viene aceptando, cual señala la sentencia recurrida, la posibilidad de externalizar la realización de trabajos propios de la actividad de la empresa encomendándoselos a otra, lo que es lícito, conforme al art. 38 de la Constitución. En este sentido hemos dicho que " El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa", lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores " (STS de 27 de octubre de 1994, Recurso 3724/1993 10 de mayo de 2006, Recurso y 31 de mayo de 2006, Recurso 725/2005). Aunque, también se ha dicho que "..... la mera decisión empresarial de externalizar unos determinados servicios es desde luego legítima, pero ha de recordarse que el repetido artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador " (STS de 11 de octubre de 2006, Recurso 3148/2004 que viene a recogerse en la de 2 de marzo de 2009, Recurso 1605/2008).

En este sentido, y con cita de la STS de 30 de septiembre de 1998, Recurso 4489/1997 se ha dicho que " En todo caso se debe hacer referencia -siguiendo la doctrina de esta Sala en su sentencia de 21 de marzo de 1.997 - al debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa o externalización de funciones a través de contratas tiene encaje en tal causa en todo caso o solo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial".

Sentada la licitud de la externalización, o descentralización productiva, y acreditado que el nivel de ocupación de los hoteles había disminuido de forma importante, lo que producía una merma de los ingresos y acababa ocasionando pérdidas, la cuestión queda reducida a determinar si, acreditada la causa, la externalización del servicio de limpieza constituía una medida organizativa idónea y proporcionada para solventar el problema y paliar sus efectos. La respuesta debe ser positiva por las siguientes razones: Primera porque la externalización en cuanto supone un cambio de los sistemas y métodos de trabajo constituye una causa organizativa que encaja en la descripción que de la misma hace el artículo 51-1 del E.T .. Segunda porque era necesario tomar medidas para solucionar los acreditados problemas (económicos y organizativos) que ocasionaba la menor ocupación de los hoteles y las pérdidas en la facturación de los mismos, lo que suponía un incremento proporcional de los costes de personal, al tener el mismo personal con independencia del nivel de ocupación. Tercera porque la medida era idónea para atajar el problema y razonable en términos de proporcionalidad. En efecto, aunque cabía reducir la plantilla por motivos económicos, la externalización suponía una respuesta más razonable y adecuada a las necesidades de la empresa, ya que, la contratista se comprometía a prestar el servicio de limpieza en su integridad y a cobrar en función del número de habitaciones limpiadas y de horas empleadas. La solución tomada era más razonable que la de reducir la plantilla porque permitía atender el servicio de limpieza sin que los picos ocupacionales que por los más

diversos motivos puedan tener los hoteles, supongan un problema para la empresa hotelera que no se ve obligada a realizar contrataciones para atender los periodos o días de mayor ocupación, ni a rescindir contratos en los periodos de baja ocupación, lo que facilita su actividad de gestión y, a la par, le ayuda a ajustar los costes de la limpieza a la facturación, pues, los costes suben y bajan al mismo ritmo que la facturación.

Procede, por tanto, desestimar el motivo del recurso examinado.

SÉPTIMO.- Sobre la razonabilidad del despido colectivo impugnado.

El último motivo del recurso alega la infracción del artículo 51-1 del E.T. por entender la recurrente que la medida impugnada no era idónea ni razonable.

El motivo no puede prosperar por los defectos de forma existentes en su formulación, al no adaptarse a las exigencias del artículo 210-2 de la L.R.J.S. que fueron descritas y analizadas en el nº 1 del Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución que aquí se da por reproducido. En efecto, como señala el Ministerio Fiscal, el recurso no contiene la más mínima fundamentación sobre la infracción que alega, como evidencia la simple lectura del mismo que remite a este Tribunal su elaboración de oficio, cual muestra al decir "corresponde a ese Tribunal velar por el derecho laboral, y por los trabajadores... por ello debe velar ese Tribunal por la decisión más justa en un caso como el de autos". No es esa la misión de este Tribunal en un recurso extraordinario porque violaría el principio constitucional de igualdad de partes que deriva del artículo 24 de la Constitución y dejaría indefensa a la parte demandada que no habría podido impugnar los argumentos que este Tribunal diese "ex novo". Procede por ello, desestimar el motivo examinado, desestimación que corrobora, igualmente, el contenido del fundamento anterior.

OCTAVO.- Los argumentos contenidos en los anteriores fundamentos obligan, como ha interesado el Ministerio Fiscal, a la íntegra desestimación del recurso. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. David Moya García, en nombre y representación de D. Jon , D. Nicanor , D. Purificación , D. Sergio , D. Carlos Ramón , D. Marco Antonio , D^a Carlota , D^a Fidela , D. Cecilio , D. Estanislao , D. Héctor , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 19 de noviembre de 2014, en actuaciones nº 663/2014 , seguidas en virtud de demanda a instancia de D. Jon , D. Nicanor , D. Purificación , D. Sergio , D. Carlos Ramón , D. Marco Antonio , D^a Carlota , D^a Fidela , D. Cecilio , D. Estanislao y D. Héctor contra MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL S.A.. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excm.a Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación 104/2015, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, y D. Jordi Agustí Julia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación número 104/2015 para sostener la posición que sostuve en la deliberación acogéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, y como se desarrollará en el apartado "segundo", en el hecho que no se reconozca que nos encontramos ante una externalización sin límites, que sólo puede ser calificada de ILÍCITA POR ABUSIVA, pues se trata de una medida que conduce, en el caso, a la precariedad de las condiciones laborales, al denominado dumping social , cuanto menos del salario, ya que el ahorro que consigue la empresa es

a costa de un descenso de hasta el 50% de los salarios de las trabajadoras. Una externalización ilícita por abusiva, como vulneradora de derechos fundamentales -entre ellos la dignidad- de los trabajadores, que debió tener como consecuencia la declaración de nulidad de la medida empresarial, pues no se constata elemento alguno que impidiera a la empresa adoptar otras medidas razonables y proporcionales, sin buscar su mera conveniencia y ahorro. Es conforme a nuestra doctrina que el "...artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador” .

Y es en este sentido que, como se adelanta, la que suscribe funda este voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- Muestro mi conformidad con lo resuelto en los fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia. Efectivamente, y en los términos que la que suscribe expresó en la deliberación:

Sobre la pretensión y demanda.- Por D. Jon, D. Nicanor, D. Purificación, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, D^a. Carlota, D^a Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao y D. Héctor, se formula demanda de Despido Colectivo, frente a MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL SA en la que se pide que se declare que el despido colectivo efectuado por la empresa demandada es:

1º NULO al estar ante un caso de DISCRIMINACIÓN INDIRECTA el supone vulneración del artículo 14 de la Constitución Española.

Ya que los criterios de selección que han sido tenidos en cuenta para la designación de las trabajadoras afectadas por los despidos, es discriminatorio puesto que atentan contra el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, dado que las 43 despedidas son mujeres.

En el Hotel Meliá Barajas de 108 trabajadores se ha despedido a 25 trabajadoras lo que supone el 24,07 por ciento de la plantilla y en el Hotel Tryp Alameda de 54 trabajadores se ha despedido a 18 trabajadoras lo que supone el 33,33 por ciento de la plantilla. No hay ni un solo hombre afectado.

La externalización del servicio de Pisos y Limpieza, conlleva la precarización de las condiciones laborales, ya que ellos mismos reconocen que los salarios son casi un cincuenta por ciento menos.

Por ello entiende la demandante que existe una discriminación indirecta por razón de sexo, que atenta contra el Artículo 14 de la Constitución Española.

2º Subsidiariamente se estima que el despido debe ser declarado NULO por vulneración de la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva integrada en el artículo 28 de la Constitución Española, por vulnerar lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Hospedaje de la Comunidad Autónoma de Madrid.

3º Subsidiariamente interesa que se declare NULO por vulneración del artículo 10 de la Constitución Española, ya que la medida adoptada de extinción supone la precarización extrema de las condiciones de trabajo que atentan gravemente a la dignidad de la persona.

4º Subsidiariamente, que el despido sea declarado IMPROCEDENTE por carecer el mismo de causa que lo justifique por no encontrarnos en el caso de autos ante una causa organizativa ni productiva, sino ante una causa económica que no ha sido negociada por la empresa en el ERE; y subsidiariamente para el caso de que por ese Tribunal se dieran por acreditadas la existencia de causa organizativa y/o productiva, la decisión adoptada por la empresa ha de estimarse que no es razonable, idónea ni adecuada por no estar ante una amortización de puesto de trabajo sino ante una decisión de política empresarial que nada tiene que ver con las causas alegadas en el ERE y encontrarnos realmente ante una situación de DUMPING SOCIAL, que lleva a la precarización leonina de las condiciones de trabajo.

Y que se declare asimismo por la Sala de instancia, para el caso de que el despido fuera declarado NULO, el derecho de las trabajadoras afectadas a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de la LRJS 36/2011.

Sobre la sentencia recurrida.-

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sala Social del TSJ Madrid de 19 de noviembre de 2014 (proc. 663/2014), que desestima la demanda, declarando ajustado a derecho el despido colectivo adoptado por la empresa MELIÀ.

La sentencia rechaza la existencia de discriminación en la elección de las trabajadoras, así como la vulneración del derecho de libertad sindical en su vertiente de la negociación colectiva. Y, en el análisis de las causas, tras señalar que la causa invocada no es económica, y rechazar la existencia de causa productiva, señala que se está ante una causa organizativa por existir una baja productividad que provoca mayor coste del servicio.

Sobre el recurso de casación.-

1.- Se formaliza recurso de casación por la parte actora, D. Jon, D. Nicanor. D. Purificación, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, D^a. Carlota, D^a Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao y D. Héctor, formulando cinco motivos de revisión de los hechos probados, y denunciando como infringidos los arts. 28 CE, por entender vulnerada la negociación colectiva integrada dentro de la libertad sindical; subsidiariamente, art. 14 CE, al entender que existe discriminación indirecta por razón de sexo, con una discriminación salarial evidente; art. 10 CE por vulneración de la dignidad de la mujer; y por último art.51.1 ET, todos ellos en relación con el art. 124.2.d) y 124.2.11 de la LRJS. Concluye interesando se declare la nulidad del despido, o subsidiariamente como no ajustado a derecho.

2.- El recurso es impugnado por la empresa demandada Meliá Hotels International SA, que interesa la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia recurrida, si bien aduciendo dos motivos subsidiarios de fundamentación del fallo.

3.- El Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación del recurso.

Sobre la revisión de los hechos probados.-

Se formulan por el recurrente cinco motivos de revisión de los hechos probados al amparo de lo dispuesto en el art. 207 d) de la LRJS, para que se introduzca al relato

fáctico de instancia, el redactado que propone, y aunque sin la claridad deseada, insiste básicamente en que se constate que tanto el Hotel Meliá Barajas como el Hotel Tryp Alameda son hoteles de cuatro estrellas, y de ello introduce los gastos y previsión de gastos, que estima corresponden.

Procede la desestimación de los cinco motivos formulados por el recurrente al amparo del art. 207 d) de la LRJS , 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 alcance 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, en nuestra 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 substituyendo 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 intermediación 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. Las adiciones propuestas tienden a acreditar que la única causa que podría concurrir es la económica, que es justamente la que no fue alegada por la empresa, y que la sentencia recurrida no examina por no invocada. No obstante ello, el hecho básico de la pretensión de que conste que los Hoteles en cuestión son de cuatro estrellas, ya consta de forma expresa acreditado (h.p. tercero y cuarto). Por otro lado, lo que se pretende es una nueva revisión de los hechos declarados probados para sustituir la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, por otra de signo subjetivo, lo cual está vedado a la Sala por contrario a la doctrina expuesta. Han de desestimarse pues los motivos de revisión fáctica, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal.

Por las mismas razones ha de rechazarse la pretendida adición de dos hechos probados por parte del impugnante del recurso.

SEGUNDO.- Motivos de censura jurídica.-

La discrepancia de la que suscribe se encuentra en los fundamentos de derecho tercero a séptimo.

Se formulan los motivos de recurso sexto al décimo, al amparo del art. 207 e) de la LRJS, denunciando como infringidos los arts. 28 CE, por entender vulnerada la negociación colectiva integrada dentro de la libertad sindical; subsidiariamente, art. 14 CE, al entender que existe discriminación indirecta por razón de sexo, con una discriminación salarial evidente; art. 10 CE por vulneración de la dignidad de la mujer; y por último art.51.1 ET, todos ellos en relación con el art. 124.2.d) y 124.2.11 de la LRJS .

Interesa, en definitiva el recurrente en estos motivos de recurso, -aunque faltos de una concreta motivación de la infracción alegada-, que se declare la nulidad del despido, por existir una discriminación indirecta por razón de sexo, vulneración de la libertad sindical y atentado a la dignidad de la persona; y subsidiariamente que se

declare la medida extintiva no ajustada a derecho por inexistencia de causa organizativa, ni productiva, que son las alegadas.

Para la resolución de estos motivos, se hace necesario resaltar los hechos que la sentencia recurrida ha declarado como probados de interés en este momento procesal, que nos conducirá a un mejor entendimiento de la cuestión. Así, se declara probado que:

- El Hotel Meliá Barajas es un hotel de cuatro estrellas y cuenta con 229 habitaciones, piscina, centro de convenciones de 1.300 metros cuadrados y 14 salas de reuniones con capacidad para un máximo de 600 personas (h.p. 3º).

- El Hotel Tryp Alameda es un hotel de cuatro estrellas y cuenta con 149 habitaciones y 7 salas de reunión con una capacidad máxima de 200 personas (h.p. 4º).

- El 16 de junio de 2014, la empresa demandada comunicó a la representación legal de los trabajadores de los centros de trabajo de Hotel Meliá Barajas y Tryp Alameda la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo por causas productivas y organizativas (h.p. 5º).

- El día 1 de julio de 2014 se constituyó la comisión negociadora y se produjo la primera reunión del periodo de consultas que concluyó en la última reunión, del día 12 de agosto de 2014, sin acuerdo. Se encuentran incorporadas a las actuaciones las actas de cada una de las reuniones que se dan por reproducidas (h.p.5º).

- Entre los días 25 y 26 de agosto de 2014 la empresa notificó a la Comisión representativa de los trabajadores en el despido colectivo su decisión final de despedir 43 trabajadores del Departamento de piso/limpieza (h.p. 5º).

- La empresa demanda ha externalizado el servicio Departamento de Pisos/limpieza a la empresa Lloyd Outsourcind, SLU que presta el servicio concertado -limpieza de habitaciones y zonas comunes- con un total de 52 trabajadores, de los cuales 49 son trabajadoras (h.p. 6º).

- Los costes de externalización de servicios de camareros de pisos y limpieza (Dpto. de Pisos y Limpiezas -Habitaciones-) en el mes de septiembre de 2014 fue de 46.749,78 euros (38.636,18 euros sin IVA) por 5.758 habitaciones limpias estándar, a razón de 6,71 euros, en el Hotel Meliá Barajas y de 28.790,76 euros (23.794,02 euros

sin IVA) por 3.753 habitaciones limpias estándar, a razón de 6,34 euros, en el Hotel Tryp Alameda (h.p.6º).

- En la empresa demandada, el 92% de la plantilla que presta servicios en el Departamento de pisos de sus 113 hoteles está compuesta por mujeres (h.p. 7º).

- Las relaciones laborales de los trabajadores afectados por el despido colectivo se rigen por el Convenio Colectivo de Hospedaje de la Comunidad Autónoma de Madrid (h.p. 8º).

- Los trabajadores afectados por la medida extintiva son los que se recogen en la relación nominativa que se contiene en el hecho primero de la demanda. Del número de trabajadores afectados por el despido en el Hotel Meliá Barajas hay 23 mujeres y 2 hombres y en el Hotel Tryp Alameda hay 17 mujeres y 1 hombre (h.p. 9º).

A.- Respecto a la discriminación indirecta.-

Señala la sentencia recurrida en relación a la discriminación indirecta, con remisión a la STS/IV de 14 de mayo de 2014 (rcud. 2328/2013), que a su vez lo hace a la doctrina constitucional:

“Conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/ CE, tal como igualmente sostiene esa misma resolución del TC, compendiada por la nuestra del 18-7-2011: «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Por «discriminación directa» se entiende «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», en tanto que es «discriminación indirecta» , «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social" (TS de 14 de mayo de 2014, Recurso 2328/2013).

Señala la sentencia recurrida que, "es cierto que el despido colectivo que se ha provocado como consecuencia de haberse externalizado el Departamento de Pisos y Limpieza afecta, en su gran mayoría, a mujeres. Pero en este caso, esa circunstancia no ha sido la que ha motivado la decisión empresarial impugnada en este proceso porque existen criterios objetivos que, ajenos a la condición de los trabajadores, han motivado la medida extintiva, y que la afectación a las mujeres solo ha sido consecuencia de ser una actividad profesional que, normalmente, está segregada ocupacionalmente ya que se configurada por personas del sexo femenino mayoritariamente y, en concreto, en la empresa demandada, el personal femenino del Departamento de pisos alcanza el 92% de la plantilla de sus 113 hoteles". Además, -señala- "no hay que ignorar que la externalización afecta a todo el Departamento de Pisos/Limpieza y que dentro de los distintos servicios que ofrecen los centros hoteleros implicados la disminución que a ellos alcanza trae causa principal del descenso de habitaciones ocupadas y es en este foco en donde se encuentra la razón de adoptar decisiones que permitan superar esa situación".

Asimismo, como señala la STC 253/2004 : "(...) cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial - STJCE de 27 de junio de 1990 -, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo - STJCE de 9 de febrero de 1999 -, trabajadores con menos fuerza física - STC 149/1991 -- etc.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de

trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*; de 20 de marzo de 2003, asunto *Jorgensen*, y de 11 de septiembre de 2003, asunto *Steinicke*).

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.

Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que «cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE » (STC 145/1991, de 1 de julio , F. 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio , F. 6). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada).".

Sobre esta materia resulta de aplicación la Directiva 2006/54/CE que refunde las Directivas que deroga 76/2007/CE, 75/117/CE y 97/80/CE, que tal como igualmente sostiene esa misma resolución del TC, compendiada por la nuestra del 18-7-2011 señala: «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Por «discriminación directa» se entiende «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», en tanto que es «discriminación

indirecta» , «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social".

"Este concepto de discriminación indirecta por razón de sexo ya aparecía recogido en el art. 2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Define la discriminación indirecta en los siguientes términos: «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo».

"En el mismo sentido, la STC 240/1999, de 20 de diciembre (F. 6), recuerda y resume esta doctrina, señalando que «este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE , que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996 , F. 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995)» Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, las ya citadas SSTJCE de 27 de junio de 1990 , asunto Kowalska ; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz ; de 4

de junio de 1992 , asunto Bötél ; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez ".

En el presente caso, cierto es que la situación pudiere ser de discriminación indirecta para el colectivo de mujeres afectadas; ahora bien en el caso, partiendo del relato de hechos probados, se constata que el despido colectivo se ha producido como consecuencia de haberse externalizado el Departamento de Pisos y Limpieza afecta, en su gran mayoría, a mujeres. Pero no se constata acreditado que sea otra circunstancia la que haya motivado la decisión empresarial impugnada en este proceso ni que existan criterios objetivos que, ajenos a la condición de las trabajadoras, aunque muy directamente relacionados, pues la afectación a las mujeres ha sido consecuencia de ser una actividad profesional que, normalmente, está segregada ocupacionalmente ya que se configura por personas del sexo femenino mayoritariamente, lo cual por sí solo pudiere resultar discriminatorio desde el momento de acceso al empleo, que trata de evitar la norma convencional aplicable con la previsión de planes de igualdad. Ciertamente es que la discriminación indirecta podría apreciarse no sólo en mujeres sino también en varones, aunque no es el caso. Y lo importante aquí y ahora es que la discriminación indirecta en el acceso, no se discute en el presente caso.

B.- Sobre la NO concurrencia de las causas alegadas, y la ILICITUD DE LA EXTERNALIZACIÓN POR ABUSIVA.-

1.- La sentencia recurrida acota el examen de las causas, señalando que la causa invocada no es económica, sino organizativa o de producción (esta última abandonada ya por el recurrente). Refiere que "no se trata realmente de reducir un coste de producción -el coste del servicio de pisos/limpieza- sino de reestructurar un servicio que ofrece un nivel de producción negativo y que, siendo este el principal, su déficit repercute lógicamente, en otros servicios complementarios"; y sigue señalando que lo que se busca es "una mejor oferta del servicio que pueda incrementar el nivel de producción".

El artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores dispone, a efectos del despido colectivo que "Se entiende que concurren (...) causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o

en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado". Incidiendo en ello, el artículo 38 CE, dispone que las empresas pueden descentralizar la producción o su forma de organización.

La sentencia recurrida analiza la doctrina del TS/IV sobre la incidencia de una externalización de un servicio o descentralización productiva de la empresa. Así: " El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa", lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores " (STS de 27 de octubre de 1994, Recurso 3724/1993 10 de mayo de 2006, Recurso y 31 de mayo de 2006, Recurso 725/2005). Aunque, también se ha dicho que "..... la mera decisión empresarial de externalizar unos determinados servicios es desde luego legítima, pero ha de recordarse que el repetido artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador " (STS de 11 de octubre de 2006, Recurso 3148/2004 que viene a recogerse en la de 2 de marzo de 2009, Recurso 1605/2008).

En este sentido, y con cita de la STS de 30 de septiembre de 1998, Recurso 4489/1997 se ha dicho que " En todo caso se debe hacer referencia -siguiendo la doctrina de esta Sala en su sentencia de 21 de marzo de 1.997 - al debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa o externalización de funciones a través de contratas tiene encaje en tal causa en todo caso o solo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización

constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial "; doctrina ésta ratificada por las Sentencias de 3 y 4 de octubre de 2.000 (Rec. 621/2000 y 4098/1999), dictadas en Sala General" (STS de 11 de octubre de 2006, Recurso 148/2004 ya citada anteriormente) .

2.- La sentencia -voto mayoritario-, rechaza la existencia de discriminación, "porque la decisión empresarial no se encuentra "directa o indirectamente" relacionada con un tratamiento peyorativo de la mujer, pues la decisión de externalizar los servicios de limpieza es ajena al sexo de los trabajadores afectados, pues se ha tomado por razones objetivas, relacionadas con una mejor organización del servicio que, además, redundaría en una reducción de costes y no con el fin de prescindir de trabajadores del sexo femenino. La decisión de externalizar, sea o no ajustada a derecho, lo que luego se verá, se habría tomado igual si todos los afectados fuesen varones, lo que aplicando el "test de but for" nos lleva a concluir que es ajena a toda discriminación indirecta prohibida por la Ley. En efecto, según los hechos declarados probados (sexto y séptimo) han sido despedidos todos los empleados (52) en la limpieza de los dos hoteles, tres de ellos varones, lo que era razonable, dado que la decisión afectó a todos los empleados y que en la empresa en esa actividad el 92 por 100 de los empleados son mujeres. La existencia de discriminación salarial con respecto al futuro escapa a esta litis en la que se resuelve sobre el despido colectivo acordado y no sobre contrataciones futuras e hipotéticas, pues no constan, máxime cuando los hombres recibirán igual tratamiento salarial y cuando la limpieza es un nicho de actividad en el que cada vez son empleados más varones".

Seguidamente, en relación con el motivo octavo del recurso en el que se alegaba la infracción del art. 10 CE en relación con el art. 124-2 LRJS, señala el voto mayoritario, que se olvida "lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución sobre la libertad de empresa, lo que en principio hace lícita la externalización que se combate sin mayores argumentos que los reseñados".

Sigue el voto mayoritario señalando (FD 6º) tras señalar en relación a la concurrencia de causas que justifiquen el despido, que el estudio del motivo ha de circunscribirse a la concurrencia de la causa organizativa, aun así, refiere que "debe

señalarse que las causas que enumera el artículo 51-1 del E.T ., como justificadoras del despido colectivo, están relacionadas entre si porque persiguen el mismo fin: asegurar la viabilidad de la empresa y su adaptación a las circunstancias de todo tipo que concurren en cada momento y a los cambios tecnológicos que se produzcan con el fin de que su viabilidad facilite su supervivencia y el mantenimiento y creación del mayor número de puestos de trabajo. Por ello, si se habla de viabilidad, de posibilidad de supervivencia, pueden afirmarse que esta no es posible si la situación económica de la empresa no es la adecuada, si tiene pérdidas que pueden deberse a las más variadas causas, como no adaptación a los nuevos procesos productivos o a las nuevas tecnologías con la consiguiente pérdida de competitividad. Con lo expuesto se quiere señalar que todas las causas que la ley enumera repercuten en la salud económica de la empresa, pero que la ley distingue entre unas y otras de forma que las económicas, "strictu sensu", son aquellas que se ponen de manifiesto por la disminución de ingresos o ventas y la acumulación de stocks, lo que no quiere decir que sólo la baja facturación o su disminución tenga repercusiones económicas, pues la mejora de la situación económica puede producirse empleando nuevas máquinas y tecnologías más avanzadas o cambiando los sistemas o métodos de trabajo o de organización de la producción, cambios que, al abaratar los costes, por aumentar la productividad, mejoraran la competitividad de la empresa en el mercado con lo que la Ley reconoce que los cambios que producen una disminución de los costes no son ilícitos "per se".

Lo dicho obliga a rechazar las argumentaciones relativas a que concurren causas económicas que no se alegaron como causa del despido, pero no organizativas, porque la conexión entre cambios organizativos y mejora de la situación económica de la empresa, al abaratare los costes, lo impide, ya que las razones económicas están presentes en todo cambio del proceso productivo, sin que por lo demás, sean de recibo las argumentaciones sobre las intenciones finales de la empresa a largo plazo, máxime cuando carecen de todo apoyo fáctico".

Insiste el voto mayoritario en que " El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 del ET cuando se

refiere a la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa".

Entiende que la cuestión " queda reducida a determinar si, acreditada la causa, la externalización del servicio de limpieza constituía una medida organizativa idónea y proporcionada para solventar el problema y paliar sus efectos ", y que la respuesta debe ser positiva, porque "la externalización en cuanto supone un cambio de los sistemas y métodos de trabajo constituye una causa organizativa que encaja en la descripción que de la misma hace el artículo 51-1 del E.T."

Rechazo de las afirmaciones que contiene el voto mayoritario al respecto.-

Las afirmaciones que se acaban de exponer, han de rechazarse, dicho sea con los debidos respetos al voto mayoritario por las siguientes razones:

Como se ha señalado, ninguna duda cabe de la existencia de una discriminación indirecta, que tiene su origen en el acceso al empleo. Nos encontramos ante una actividad profesional que, normalmente, está segregada ocupacionalmente ya que se configura por personas del sexo femenino mayoritariamente, lo cual por sí solo pudiere resultar discriminatorio desde el momento de acceso al empleo, que en el caso trata de evitar -si bien de futuro, porque en la actualidad brilla por su ausencia- la norma convencional aplicable con la previsión de planes de igualdad; pero como se ha indicado, esta cuestión no se discute en el presente caso.

La sentencia -voto mayoritario- tras avanzar que analizará la licitud o no de la externalización, omite hacerlo y considera que es lícita porque lo prevé el art. 38 de la CE , sin mayor argumentación aplicada al caso concreto, limitándose a la cita de generalidades en relación al art. 42.1 ET , y con el art. 51.1 ET relativas a la adaptación a nuevos procesos productivos o a las nuevas tecnologías, disminución de ingresos o ventas y a la acumulación de stocks, etc. obviando el servicio concreto que en el caso examinado vienen realizando en la empresa las trabajadoras afectadas. Entiendo que nos encontramos ante una externalización que no ha producido ningún cambio en el servicio -porque la necesidad de realizar la limpieza en las habitaciones de los hoteles subsiste- que no sea la reducción de costes de personal que va a suponer para la empresa, a costa

de la precarización de las condiciones laborales de las trabajadoras/es que pasarán a cobrar un 50% de su salario por el mismo trabajo.

Cierto es que la decisión de externalizar un servicio puede ser legítima y constituir una causa organizativa, pero como se ha reiterado por nuestra doctrina, "... el repetido artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador ", y ello es lo que ha sucedido en el caso en términos que resultan intolerables, atendiendo a las consecuencias que sin duda vulneran la dignidad de los trabajadores (sean varones o mujeres), que abocan al dumping social.

La externalización del servicio que atiende las habitaciones/limpieza, va a suponer, sin duda alguna, una reducción de costes, aunque solo sea con la rebaja salarial que va a comportar, y si bien se señala como elemento objetivo la baja ocupación hotelera, lo cierto es que la empresa va a continuar -por ser imprescindible- con el servicio aunque a menor coste, que sin lugar a dudas influye en la rentabilidad final de la empresa.

Y es que, esta externalización sin límites, sólo puede ser calificada de ILÍCITA POR ABUSIVA, pues se trata de una medida que conduce, en el caso, a la precariedad de las condiciones laborales, al denominado dumping social , cuanto menos del salario, ya que el ahorro que consigue la empresa es a costa de un descenso de hasta el 50% de los salarios de las trabajadoras. Una externalización ilícita por abusiva, como vulneradora de derechos fundamentales -entre ellos la dignidad- de los trabajadores, ha de tener como consecuencia la declaración de nulidad de la medida empresarial, pues no se constata elemento alguno que impidiera a la empresa adoptar otras medidas razonables y proporcionales, sin buscar su mera conveniencia.

C.-Sobre el control judicial y la FALTA DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD del despido colectivo impugnado.-

Sentado cuanto precede, y como continuación de lo expuesto en el apartado anterior, cabe ahora examinar si objetivamente la empresa demandada ha acreditado en las fases jurisdiccionales precedentes de este litigio, la concurrencia de "dificultades" o

problemas de gestión de entidad suficiente para justificar la amortización de los puestos de trabajo, y en segundo lugar si la externalización de actividades que ha sido la causa inmediata de las extinciones contractuales constituye una respuesta o reacción razonable a tales dificultades, de acuerdo con el patrón de conducta del buen comerciante.

Como señala esta Sala IV/TS, entre otras, en las SSTS. de 27-01-2014 (rec. 100/2013) y 26-3-2014 (rec. 158/2013) tras la reforma laboral de 2012, iniciada con el RD.Ley 3/2012, a los Tribunales corresponde emitir un juicio no sólo sobre la existencia y legalidad de la causa alegada, sino también acerca de la razonable adecuación entre la causa acreditativa y la acordada. Y así se señala que : "Sobre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos [competitividad; productividad] o de simple gestión empresarial [organización técnica o del trabajo], y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma [«prevenir»; y «mejorar»], no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el «ius variandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas [SSTS 19/03/01 -rcud 1573/00 -; 24/09/12 -rco 127/11 -; 12/11/12 -rco 84/11 -; y 12/03/13 -rco 30/12 -], sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» - y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».

Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto,

de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales.

Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad] ...

La cuestión radica entonces -en el presente caso-, en determinar si la medida en concreto acordada por la empresa se justifica también en términos del juicio de razonable idoneidad que a este Tribunal corresponde, y que por lo mismo ha de rechazar -por contraria a Derecho- la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines -legales- que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable [reproche que en concreto hace la parte recurrente], o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta.".

Partiendo de la doctrina unificadora expuesta, ha de concluirse que, corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al Standard de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada.

En definitiva, es decisorio que la descentralización constituya una medida de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada, en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial. Ello no consta acreditado en el presente caso, pues no es razonable la medida sin que se constate que, efectivamente, la decisión empresarial responde a dificultades acreditadas en el funcionamiento de la empresa. Por la empresa se invocan razones organizativas -no económicas- y procede a la externalización del servicio de limpieza de pisos por la simple razón de obtención de un mayor beneficio

empresarial; nos encontramos ante una externalización sin límites, ilícita por abusiva, pues se trata de una medida que conduce, en el caso, a la precariedad de las condiciones laborales, al denominado dumping social, inadmisibles en un estado social y democrático de derecho.

Por cuanto antecede, y contrariamente a lo señalado por el voto mayoritario de la Sala, dicho sea con absoluto respeto al mismo, debió estimarse que el despido colectivo impugnado era nulo, con las consecuencias legales inherentes a tal calificación.

Es en el sentido expuesto que la que suscribe discrepa del voto mayoritario de la Sala.

Madrid, a veinte de noviembre de 2015

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MAYO DE 2014

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación del SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA y de D. Bienvenido , Presidente del Comité de Empresa de la Diputación de Orense, se planteó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictará sentencia por la que se declare: "que el despido impugnado es NULO por violación de derechos fundamentales, o subsidiariamente se declare que es NULO por adoptarse la medida extintiva en fraude de ley, o subsidiariamente se declare que es NULO por incumplimiento de las obligaciones de información, entrega de la documentación legalmente exigible y negociación de buena fe con observancia de las reglas procedimentales aplicables, o, por último, y con carácter subsidiario a todas las pretensiones anteriores, se declare la improcedencia o falta de justificación o el carácter de NO AJUSTADO A DERECHO del despido colectivo por no haberse acreditado la concurrencia de causa económica indicada en la comunicación escrita y asimismo

condene a la Entidad demandada a la readmisión de los trabajadores afectados y al abono de los salarios dejados de percibir."

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 2 de mayo de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por Don Pablo Guntiñas Fernández en nombre y representación del SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA y de D. Bienvenido , Presidente del Comité de Empresa, contra la demandada, DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE OURENSE, y el MINISTERIO FISCAL, sobre impugnación de Despido Colectivo, declaramos no ajustada a Derecho la decisión de la referida Diputación de extinción de 25 contratos de trabajo, condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración."

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1º) Con fecha 4 de diciembre de 2012 se formuló propuesta de despido colectivo por la Presidencia de la Diputación Provincial de Ourense, y en fecha 5 del mismo mes de diciembre se comunicó al Comité de Empresa el inicio del periodo de consultas con el objetivo de llevar a cabo la extinción de contratos de trabajo del personal laboral indefinido. Igualmente el Presidente del referido Ente Provincial D. Marcelino, en fecha 7 de diciembre de 2012, comunicó a la Dirección Territorial en Ourense de la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia, el inicio del periodo de consultas para proceder al despido colectivo de 32 trabajadores con la condición de personal laboral indefinido, justificando su decisión en la existencia de causa económica. 2º) Con dicha comunicación se entregó a los Representantes de los Trabajadores la siguiente documentación: -Memoria justificativa del expediente de despido colectivo, en el que se expresa la evolución de la situación presupuestaria, haciendo referencia a los Presupuestos del referido Organismo Provincial liquidados en los años 2009 al 2012, ambos incluidos, préstamos solicitados, importe del recorte en las inversiones, importe de reducción del gasto público provincial, reducción de gastos de personal

comparativamente en los últimos ejercicios, y demás contenido que se da por reproducido. -Informe Jurídico de la Secretaría General, en el que se abordan las necesidades del despido colectivo por causas económicas de los contratos del personal laboral indefinido, haciendo referencia a la concurrencia de la situación de insuficiencia presupuestaria, y a la legalidad de los criterios empleados y demás contenido que se da por reproducido. -Certificación de Intervención sobre los datos del presupuesto y liquidación, así como del capítulo I- personal - en el que se expresa los datos referidos a los Presupuestos liquidados en los cuatro últimos ejercicios (años 2009, 2010, 2011 y 2012) dándose por reproducido su contenido. -Criterios de prioridad de permanencia del personal. En el que se refleja el personal incluido y el excluido, dando por reproducido su contenido. -Ingresos y Gastos de los Presupuestos de los años 2010, 2011 y 2012. - Listado de Personal Laboral de la Entidad. 3º) El personal laboral fijo de la Entidad demandada en el mes de noviembre de 2012 era de 367 trabajadores. En cuanto al número de trabajadores laborales temporales, en noviembre de 2012 ascendían a 54 (de los que 3 eran personal eventual de confianza, y los 51 restantes personal laboral temporal). Por último, el personal laboral indefinido en noviembre de 2012 era de 45 trabajadores. El despido colectivo afecta solamente a personal laboral indefinido (no al personal laboral fijo de la Entidad demandada). Y entre el personal indefinido no afecta a quienes tengan la condición de representante de los trabajadores, tampoco afecta a los trabajadores que tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Se excluye también al personal laboral indefinido que desempeña puestos de trabajo que resultan imprescindibles, así como al personal cuyo despido sería antieconómico por estar próxima su jubilación. Concretamente los trabajadores afectados son: 17 Auxiliares de oficina de los Departamentos de Biblioteca, Centro Cultural Simeón, Cooperación, Escuela de Gaitas, Imprenta Provincial, Secretaria Xeral, Servizo Augas y Tesorería. Asimismo, se excluyen de esta relación a algunos trabajadores indefinidos que la Entidad considera deben permanecer en su puesto.- 1 Encuestador del Departamento de Cooperación.- 1 Delineante del Departamento de Cooperación.- 1 Ayudante Auxiliar del Departamento de Cooperación.- 1 Monitor Sociocultural del Departamento de Cooperación.- 1 Agente de Empleo del Departamento de Cooperación.- 1 Coordinador de Actividades Deportivas del Departamento de Cooperación.- 2 Agentes de Empleo y Desarrollo Local del Departamento de

Cooperación.- 1 Portero-Ordenanza del Departamento de Gobierno.- 4 Operarios de Limpieza de los Departamentos de Teatro Principal e Imprenta Provincial.- 1 Diseñador Gráfico Departamento de Imprenta Provincial.- 1 Auxiliar Técnico de Deportes del Departamento de Pazo de los Deportes Paco Paz.- Lo que hace un total de 32 trabajadores. 4º) El periodo de consultas se inició con el acta núm. 1/2012 de fecha 11 de diciembre de 2012, en la que se constituyó la Comisión Negociadora, fijándose los componentes de la misma, así como el calendario de reuniones para llevar a cabo las pertinentes negociaciones. En el año 2012, se celebró una segunda reunión, acta 2/2012 de fecha 18 de diciembre de 2012, en la que la representación de los trabajadores propuso la suspensión temporal del proceso de negociación hasta el día 7 de enero de 2013, teniendo en cuenta la dificultad de llevar a cabo el proceso negociador durante el periodo de Navidad. Esta propuesta fue debatida en el seno de la Comisión Negociadora, acordándose por unanimidad suspender temporalmente el periodo de consultas hasta el 7 de enero de 2013. 5º) Durante el año 2013, se celebraron reuniones los días 7, 11, 16, 22 y 28 de enero de 2013, así como los días 3 y 6 de febrero de 2013. Las incidencias y los temas tratados en cada una de las reuniones se tienen por reproducidos. En el acta de la última reunión de fecha 6 de febrero de 2013 se da por finalizado el periodo de consultas entre los Representantes de los Trabajadores y los de la Diputación demandada, sin acuerdo. Asimismo consta que si bien inicialmente el número de trabajadores afectados era de 32, por las incidencias surgidas durante el periodo de consultas, el número ha quedado reducido a 28, por los motivos siguientes: - a) Un auxiliar de oficina, al tener adquirida durante la tramitación del periodo de consultas, la condición de miembro del Comité de Empresa, según se refleja en el acta núm. 4/2013 de 22 de enero. b) Un trabajador adscrito a la Escuela de Artes Aplicadas y Oficios Artísticos Antonio Failde, dependiente de la Xunta de Galicia, al advertirse la existencia de un convenio de cooperación con la Consellería de Educación de fecha 1 de octubre de 1986. c) Se excluyó también del expediente a Don Carlos Francisco , dado que dicho trabajador debe integrarse en Concello de Xinzo de Limia, de conformidad con la Sentencia de esta Sala de lo Social, de 18 de enero de 2013 , por la que se estima recurso de suplicación del referido trabajador, declarándose la cesión ilegal al referido Concello, reconociéndose su derecho a integrarse como personal laboral indefinido en el cuadro del personal del Ayuntamiento citado, y, d) También se excluyó al trabajador

Don Benigno al tenerse alcanzado acuerdo durante el periodo de consultas con el Concello de Carballino, por la subscripción de un convenio de cooperación. 6º) Durante el período de consultas, se produjo la supresión de una Entidad perteneciente al Ente provincial, denominada Sociedad de Gestión Urbanística, cuyo personal fue indemnizado en la cuantía prevista para el despido objetivo. Días después de su cese, por la Presidencia de la Diputación de Ourense se procedió al nombramiento de dos asesores de confianza -que habían pertenecido a la referida Sociedad-, con un coste aproximado para la Entidad de unos 120.000 euros. También se ha procedido a la contratación temporal de otros 34 trabajadores en virtud de un convenio de cooperación con la Xunta de Galicia (Proyecto Innova o Impulsa), pero sin que tales contrataciones hubiesen tenido repercusión económica alguna para la Diputación Provincial. 7º) Con anterioridad al despido de los trabajadores demandantes, por la Diputación demandada se había procedido al cese de trabajadores temporales, y en octubre de 2012 a la extinción contractual entre 28 y 30 trabajadores interinos. 8º) El importe de los presupuestos liquidados en los últimos ejercicios ha sido objeto de una constante reducción. Así en el año 2009, los presupuestos liquidados alcanzaron la cifra de 88.872.343,80 euros. En el año 2010 el importe liquidado ascendió a 83.853.978,73 €, con una reducción del 5,65% respecto al año anterior. en el año 2011 el presupuesto liquidado fue de 78.147.208,86 €, lo que supone un 11,4% menos que en el 2009. 9º) El porcentaje de minoración de los créditos presupuestados de la Diputación Provincial de Ourense en el ejercicio 2012, respecto al 2011, es de un 2,81%; la minoración de los créditos presupuestarios del ejercicio 2011 respecto al ejercicio del 2010 es de un 14,04%. Y la minoración de los créditos presupuestarios de la Diputación demandada en el ejercicio 2011 respecto al ejercicio 2009, fue de un 15,15%, siendo la minoración del ejercicio 2012 respecto al ejercicio del año 2010 de un 16,40%. El porcentaje de incremento de los créditos iniciales del Capítulo I de Personal en el ejercicio 2011, respecto al 2010, es de un 2,15%; en el ejercicio 2010, respecto al año 2009 fue de un 3,58%, y entre los años 2011 y el 2008 resulta un porcentaje de incremento del 5,81%. 10º) En cuanto al déficit presupuestario, el resultado presupuestario del ejercicio 2011 ha sido positivo en la suma de 11.414.843,39 €, y el remanente de tesorería para gastos generales también es positivo por importe de 14.953.718,94. El informe de Intervención sobre el incumplimiento de la estabilidad presupuestaria en la liquidación presupuestaria

de 2011, alude a la comparación de la liquidación de los capítulos 1 a 7 del estado de ingresos y los capítulos 1 a 7 del estado de gastos, resultando un superávit presupuestario de 815.128,26. 11º) El 8 de febrero de 2013, la Diputación comunicó a los Representantes de los trabajadores, así como a la Jefatura Territorial de la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia, la decisión de proceder a la extinción de los contratos de 25 trabajadores, dado que finalmente se han excluido del mismo a las Limpiadoras del teatro Principal. 12º) Se presentó demanda sobre despido colectivo en la Oficina de Registros y Notificaciones de este TSJ en fecha 6 de marzo de 2013."

CUARTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por las representaciones de la DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE OURENSE, SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA y D. Bienvenido en calidad de Presidente del COMITE DE EMPRESA DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE OURENSE.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 2 de septiembre de 2013, se admitió a trámite el presente recurso, pasando seguidamente las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe.

SEXTO.- Emitido el preceptivo informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar la desestimación de los recursos interpuestos, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de mayo de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- El presente procedimiento por despido colectivo se inició por demanda del Sindicato Nacional de CCOO de Galicia y del Comité de Empresa de la Diputación Provincial de Ourense por medio de la cual solicitaba que se declarara la nulidad del despido colectivo de 32 trabajadores efectuado por la indicada entidad provincial y subsidiariamente se declarara no ser el indicado despido adecuado a derecho. La decisión de prescindir de tales trabajadores la había fundado la demandada en causas económicas, en concreto en un déficit presupuestario sobrevenido.

2.- Celebrado el oportuno juicio ante la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, por dicho Tribunal se llegó a la conclusión de que no concurrían ninguna de las causas de nulidad alegadas por los demandantes, pero entendió igualmente que el despido no quedaba justificado por cuanto no se había acreditado la concurrencia de la causa económica alegada por la entidad demandada; razón por la que se estimó la demanda en su petición subsidiaria desestimando la pretensión de nulidad.

3.- La indicada sentencia ha sido recurrida tanto por el Sindicato demandante en solicitud de que se declare la nulidad del despido, reiterando su pretensión principal original, como por la Diputación demandada defendiendo la procedencia del despido por ella acordado. Por su parte el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe ha considerado que debían desestimarse ambos recursos con la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

4.-El examen de los dos recursos se llevará a cabo por su orden lógico y por lo tanto comenzando por el formulado por la Diputación demandada que lo fundamenta en tres motivos, para continuar con el de CCOO, que se halla fundado en siete motivos de casación.

SEGUNDO.- 1.- La Diputación de Orense funda sus tres motivos de casación en lo que considera infracción por la sentencia de instancia de la normativa aplicable al caso, por lo tanto todos sobre infracción de ley al amparo de lo previsto en el apartado e) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

2.- En el primero de tales motivos denuncia la infracción por dicha sentencia de lo establecido en el art. 35 apartados a) y b) del Real Decreto 1483/1012, por considerar que se ha producido una interpretación errónea del mismo en relación con lo dispuesto en la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores, introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral. La discrepancia se produce en los siguientes aspectos:

a) En primer lugar la discrepancia de la recurrente con la sentencia recurrida se concreta en que mientras en ésta se entiende que para apreciar el déficit presupuestario que justificaría el despido colectivo por causas económicas en una Administración Pública de conformidad con las normas indicadas habría de justificarse la concurrencia

conjunta de los dos requisitos que se contienen en los apartados a) y b) del apartado 3 del art. 35 del Real Decreto precitado , la recurrente considera que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que la sola concurrencia de uno de dichos requisitos habría de considerarse suficiente para entender justificado el despido, estimando que aquellas exigencias son alternativas y no acumulativas como entendió la sentencia.

En relación con ello, lo que dispone el precepto en cuestión es lo siguiente: " A los efectos de determinar la existencia de causas económicas para los sujetos a los que se refiere el art. 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se entenderá que existe insuficiencia presupuestaria cuando concurren las siguientes circunstancias: a) Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y b) Que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad , o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores".

En este punto esta Sala del Tribunal Supremo considera que la interpretación hecha por la sentencia recurrida es la correcta, puesto que lo que la norma ha querido es establecer pautas de seguridad sobre la concurrencia de la causa económica justificadora de los despidos y ello lo ha hecho entendiendo que no es suficiente que en un solo ejercicio la Administración de que se trate haya tenido déficit presupuestario, sino también que los créditos o transferencias de que gozara la entidad hubieran sufrido también una disminución porcentual en los límites recogidos en el precepto. Se trata de unas exigencias no siempre fácilmente entendibles pero claramente encaminadas a evitar que por el simple déficit presupuestario introducido unilateralmente por la concreta Administración de que se trate, o sea, por su propia y unilateral decisión pudiera posteriormente fundar una decisión de despido colectivo. Es así como el desarrollo reglamentario ha interpretado la exigencia de la disposición adicional vigésima del ET de que se haya producido una " situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes". Y, en cualquier caso, el hecho de que el precepto reglamentario exija

la concurrencia de las circunstancias a) y b) no la a) o la b) abonan esa interpretación con una exégesis del precepto meramente literal.

La recurrente considera absurda dicha interpretación en cuanto la estima contraria a cualquier adecuada gestión del presupuesto de cualquier administración pública, pero en el supuesto no totalmente descartable de que su posición sea la más razonable, lo que no puede hacer quien interpreta una norma concreta es tergiversar lo que en ella se dispone al hilo de una situación concreta que pueda no coincidir con lo en ella dispuesto. Es el legislador específico en la materia el que ha dispuesto tal cosa y al que hay que respetar en sus previsiones.

Con lo que, interpretado así el precepto, y acreditado en el fundamento jurídico octavo con valor de hecho probado que el porcentaje de minoración de los créditos presupuestarios de la Diputación Provincial de Ourense en el ejercicio de 2012 respecto del de 2011 fue de un 2,81%, o sea, inferior al 5% exigido por el Reglamento, lo que no ha sido discutido por la recurrente, resulta obvia la conclusión de que no se cumplía en el caso la exigencia a) de las dos anteriormente indicadas.

b) En su segundo motivo de recurso discrepa también de la interpretación que la sentencia de instancia ha hecho de las exigencias del inciso final del apartado b) del apartado 3 del art. 35 del Real Decreto en cuanto que, mientras la sentencia ha entendido que el 7% de minoración al que se refiere dicho apartado habría de ser exigido en relación con cada uno de los dos ejercicios anteriores considera que ese cálculo por el contrario habría de hacerse tomando conjuntamente los dos ejercicios. A tal efecto la sentencia, partiendo de la base de que la reducción de créditos presupuestarios de la Diputación fue del 6% en 2011 respecto a los de 2010, y del 5,65 en 2010 respecto del 2009 consideró que no concurría aquella exigencia del 7% de reducción en cada año, mientras que en la interpretación de la empresa con la suma de ambos se hubiera llegado al 11,4%.

En este punto también esta Sala debe seguir la tesis de la sentencia por ser la que más se acomoda a la literalidad de lo que el precepto recoge, y porque es, además la que más se aproxima al déficit presupuestario "persistente" al que se refiere la adicional vigésima del ET de la que este art. 35 del Real Decreto es desarrollo.

c) En su tercer motivo de recurso la recurrente, sin la cita de ninguna infracción legal, se extiende en consideraciones políticas y económicas acerca de las diferencias aplicativas que de la normativa relacionada con el despido colectivo debieran introducirse cuando esta situación se produce con una Administración Pública a diferencia de lo que ocurre cuando se produce aquella situación en una empresa privada, extendiéndose en consideraciones acerca de la bondad de la decisión adoptada por la Diputación en concreto en relación con el interés público y haciendo referencia a lo resuelto por una sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en supuesto distinto del aquí enjuiciado. Pero todas estas consideraciones no pueden aceptarse en un recurso de casación como el presente, por dos razones fundamentales; a saber: la primera porque incurre en un defecto formal grave cual es el que no señala el precepto que considera infringido, lo cual en un recurso eminentemente jurídico como es el de casación impide entrar a resolver sobre lo alegado; y la segunda porque tales consideraciones jurídicas chocan contra una realidad objetiva como la de nuestro país cual es la de que el legislador ha optado por aplicar a las administraciones públicas reglas semejantes, aunque no sean idénticas a las de la empresa privada, y a ellas hay que someterse en aplicación del principio de legalidad .

3.- Por todo ello, a pesar del importante contenido jurídico del escrito del recurso no es posible la estimación del que ha sido interpuesto por la Administración Pública demandada.

TERCERO.- 1.- Por parte del Sindicato y el Comité de empresa demandantes se ha interpuesto también recurso contra la misma sentencia como antes se indicó, fundado en siete motivos de los cuales los dos primeros se fundamentan en el apartado d) del art. 207 LRJS, por lo que lo que en ellos se reclama es la revisión de los hechos probados de la sentencia, mientras que los cinco restantes se alegan bajo el apoyo del apartado e) del indicado precepto procesal y en ellos se denuncia la infracción de concretas normas jurídicas que se precisan y argumentan por los recurrentes en apoyo de su pretensión de que se declare la nulidad del despido colectivo producido.

2.- Los dos primeros motivos tienen por objeto la revisión de los hechos probados de la sentencia que se concreta en lo siguiente: a) En primer lugar en la adición al hecho probado quinto de la sentencia de un párrafo que diga "en la reunión

del 16 de enero de 2013 se hace entrega a la representación del personal del certificado de la Intervención sobre incumplimiento de estabilidad presupuestaria de 2011 y 2012. De la misma forma, en la reunión de 22 de enero de 2013 se le hace entrega del certificado de la Intervención de reducción de crédito presupuestario de 2013 respecto de 2012"; y b) Para que al hecho probado sexto se le añada que "la trabajadora despedida Edurne prestaba servicio habitual en el Concello de Ourense, llevando a cabo cometidos propios del negociado del IBI. El trabajador despedido Maximino venía prestando servicios habituales en el Concello de Maceda, realizando funciones de encargado de actividades culturales"

3.- Ambos añadidos los apoya el recurrente en documentos obrantes en autos - sin citar en qué lugar de los Autos - que aunque pudieran acreditar la realidad de lo que se pretende introducir, se concretan en adiciones que no permiten por sí solas la revisión si se tiene en cuenta que una revisión de hechos probados sólo es posible llevarla a cabo cuando, además de estar acreditado lo que se solicita incluir, resulta trascendente para el resultado del pleito -por todas STS de 20-3-2013 (rec.-81/2012)-, y ninguna de las adendas propuestas tienen entidad suficiente para influir en el resultado de este procedimiento cuando resulta los documentos que se indica ya obraban en poder de los demandantes desde un principio y lo que se hizo posteriormente fue actualizarlos.

CUARTO.- 1.- En su tercer motivo de recurso que es el primero en el que el recurrente denuncia la infracción por la sentencia de instancia de la normativa aplicable, fundándolo en la revisión del derecho aplicado al que se refiere la letra e) del art. 207 de la LRJS , la denuncia de infracción se articula sobre lo que considera una defectuosa aplicación al caso de las previsiones de igualdad de trato que se contienen en el art. 14 de la Constitución , en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores , en los arts 35 y sgs del Reglamento y en el art. 124 de la Constitución . Su argumento se concreta en entender que el hecho de que, fundado en una situación económica presupuestaria la Diputación de Orense haya prescindido sólo de trabajadores indefinidos no fijos y no de trabajadores fijos de plantilla constituye una desigualdad de trato injustificada, y niega por ello apoyatura jurídica al argumento de la entidad afectada cuando a la hora de prescindir de trabajadores optó por los indefinidos no fijos aduciendo que optó por ellos preferentemente porque se trata de trabajadores "que no obtuvieron este status mediante

la superación de un proceso selectivo reglamentario, sino por la indebida aplicación de contrataciones temporales no justificadas", y alegando que "esta situación representa una anomalía que debe ser corregida...", todo ello recogido en la Memoria empresarial oportunamente aportada por la entidad en el período de consultas.

2.- Se trata, como puede apreciarse de un alegato de infracción del "derecho de igualdad" y no del "principio de no discriminación " por alguna de las circunstancias históricas que harían injustificable un tratamiento diferente. Aquí lo que se alega es una diferencia que se considera injustificada en base al primer párrafo del art. 14 de la Constitución según el cual " todos los españoles son iguales ante la ley".

En relación con ello existe una amplia y reiterada jurisprudencia constitucional que, partiendo de la base de que no toda desigualdad de trato supone una infracción de ese principio de igualdad constitucional, sí que considera que no puede aceptarse en base al mismo un trato desigual entre situaciones que pueden considerarse iguales cuando carece de una justificación objetiva y razonable - por todas ver sentencias en este sentido como las 117/1998, de 2 de junio , 46/1999, de 22 de marzo , 200/2001, de 14 de octubre, en general y las 34/2004, de 4 de marzo o 330/2005 en relación concreta con la vigencia del principio de igualdad en las Administraciones Públicas - doctrina que ha sido seguida y aplicada por esta Sala en ese mismo sentido como puede apreciarse entre otras en las sentencias de 11-11-2008 (rec.- 120/2007), 26-10-2009 (rec.- 24/2008) u 8-11- 2010 (rec.- 4032/2009) . Se trata de un principio de igualdad que en las Administraciones públicas adquiere su sentido más profundo y una exigencia superior de aplicación en cuanto que como poder público queda sujeto al principio de interdicción de cualquier arbitrariedad como dispone el art. 9.3 CE en relación con todos los poderes públicos y con sumisión estricta al principio de legalidad como se recoge en el apartado 1 in fine del art. 103 de la misma norma fundamental.

3.- En cualquier caso y con todos estos antecedentes normativos, para poder apreciar la existencia de una situación de desigualdad contraria al art. 14 de la Constitución es de todo punto preciso que concurra el principio básico sobre el que se asienta esta exigencia de igualdad de trato cual es el de que nos encontremos ante situaciones "sustancialmente iguales". Pues bien, esta exigencia de igualdad de situaciones no puede sostenerse que concurra entre los que la jurisprudencia ha venido

en considerar "trabajadores indefinidos no fijos" y los "trabajadores fijos", y no existe tal igualdad porque los primeros son trabajadores contratados sin cubrir las exigencias que la propia Constitución requiere para el ingreso en la función pública como es que el ingreso se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad - art. 103.3 de la CE - de donde deviene que su estatuto jurídico sea distinto del de los fijos propiamente dicho que al haber accedido a la función pública conforme a las exigencias constitucionales gozan de una situación de empleado público con todas las garantías; el indefinido no fijo pudo tener en origen su justificación en una necesidad temporal determinada de empleados por parte de una Administración que cuando la misma desaparece lo sitúa en una situación de precariedad que no puede alcanzar al que fue contratado por las vías legales para una actividad con visos de permanencia. Todo ello se traduce en una diferencia de situaciones que no justifican la aplicación del principio de igualdad.

Es cierto que tanto la jurisprudencia constitucional - por todas la STC 104/2004, de 28 de junio y las que en ella se citan - como el art. 17 del ET exigen un trato igual y no diferenciado entre trabajadores fijos y temporales que alcanzaría también a los indefinidos no fijos en cuanto se trate de derechos laborales durante la vigencia de la relación laboral, pero esa garantía de igualdad de trato no puede extenderse al momento de la extinción, como efectivamente no lo es en ninguno de aquellos casos como puede apreciarse en la reiterada doctrina de esta Sala en relación con esta categoría concreta de trabajadores como puede apreciarse en sentencias del Pleno de esta Sala de 22-7-2013 (rec.- 1380/2012) o la de 16-12-2013 (rec.- 3270/2012) con cita de otras anteriores en el mismo sentido en las que se admite la extinción de estos contratos por la mera amortización de los puestos de trabajo por ellos ocupados en decisión que en modo alguno puede ser de aplicación a los trabajadores fijos. Siendo por ello por lo que el propio legislador ha previsto en el apartado tercero de la Disposición Adicional vigésima del ET que "en caso de despido colectivo en una administración pública " tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido dicha condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de acceso convocado al efecto..."

4.- Al no concurrir la igualdad de situaciones que justificaría defender el trato igual no puede prosperar el motivo fundado en la norma constitucional denunciada.

QUINTO.- 1.- La petición de nulidad del despido la funda a continuación el demandante en la denuncia de infracción de las previsiones contenidas en el arts 51 del ET, 35 y siguientes del Real Decreto 1483/ 2012 y el art. 124.1.b) y d) de la LRJS . A su entender la entidad demandada actuó en "fraude de ley" cuando despidió al colectivo de trabajadores afectados no por las razones económicas que alegó en todo el trayecto negociador y judicial sino con la finalidad de terminar su relación con los trabajadores "indefinidos no fijos". Según ella el fraude radica en que utilizó la vía del art. 51 para prescindir por esa vía de unos trabajadores fundada en una razón inexistente que jugaría como una artimaña para prescindir de dicho colectivo de empleados.

2.- Se trata de un argumento de evidente conexión con el anterior, y que, como aquél, tampoco tiene posibilidades de prosperar, pues aun siendo cierto que la selección de trabajadores hecha por la entidad se concretó en los "indefinidos no fijos", no existe razón alguna para sostener que el expediente se iniciara con aquella finalidad, sino, con toda claridad con la finalidad de descargarse de unos costes laborales que a juicio de la Diputación no podían sostenerse con sus medios económicos, y el que la finalidad fuera esa lo demuestra el hecho de que todo el procedimiento de consultas versara sobre la concurrencia o no de la deficiencia presupuestaria alegada, y el hecho igualmente de que el déficit presupuestario se demostró realmente existente aunque no alcanzara los porcentajes concretos exigidos por la norma.

Como señala la entidad demandada en su recurso y hace suyo el Ministerio Fiscal, la recurrente confunde el método de selección de los trabajadores despedidos - que efectivamente se concretó en los trabajadores de aquella condición -, con la finalidad perseguida que no puede afirmarse que fuera ésa, tanto más cuanto que tampoco fueron despedidos todos los indefinidos no fijos al servicio de la Diputación demandada pues, como se concreta en el hecho probado tercero se excluyeron del despido determinados trabajadores de aquella condición, entre ellos los que desempeñan "puestos de trabajo que resultan imprescindibles", lo que acredita que fue aquella necesidad económica de reducción de la plantilla la que determinó la iniciación del procedimiento de extinción.

En cualquier caso tanto la Ley como el Reglamento lo que exige es que el empresario comunique los criterios de selección tenidos en cuenta por la empresa a efectos de poder negociar sobre su congruencia o no con la decisión a adoptar a la vista de la situación económica alegada, y, como aparece acreditarse en autos y consta en la sentencia y en la documentación aportada por la empresa, se comunicó a los negociadores que la decisión iba a afectar a los trabajadores indefinidos, pero no a todos pues se excluía a quienes tuvieran la condición de representantes, discapacitados o cercanos a la edad de jubilación, y sobre ello se discutió claramente en el periodo de consultas, por lo que el fraude, como antes se dijo, no puede apreciarse en ninguno de sus posibles aspectos.

SEXTO.- 1.- Sobre las mismas previsiones del art. 207 e) denuncia el recurrente la infracción de las previsiones del art. 51 del Estatuto en relación con los artículos 38 , 39, y 44.2, así como del art. 124.1.b) de la LRJS . Sostiene, en efecto, que la documentación entregada a los representantes de los trabajadores no se correspondía con la exigida por los preceptos indicados, fundándose en que así lo entendió un informe de la Inspección de Trabajo al que consideran debe dársele presunción de veracidad.

2.- En relación con ello, lo primero que hay que señalar es que el informe de la Inspección de Trabajo en este caso se limita a decir que "de conformidad con lo reflejado en las actas de las reuniones y lo manifestado al actuante por el representante legal de los trabajadores, no se ha facilitado toda la documentación establecida en los citados 38 y 39 desde el inicio del período de consultas". Un informe de tales características fundado en unas actas - resumen de unas reuniones y en la opinión del representante de los trabajadores, que además no dice qué concretos documentos de los exigidos no se entregaron, no puede en absoluto gozar de la presunción de certeza que da a las actas de la inspección el art. 53 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el Orden Social (Texto Refundido por RDL 4/2000, de 4 de agosto) pues no estamos en presencia de un Acta formal ni constata hechos de la realidad comprobados por el Inspector como el precepto legal precisado exige al igual que la jurisprudencia al señalar que carecen de valor probatorio "las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas del Inspector" - así se puede apreciar en reiterada

doctrina de la Sala 3ª de este Tribunal como puede apreciarse entre otras en sentencias de 24-6-1991 (rec.- 1921/1989) o 20-6-1997 (rec.- 9910/90). Por lo que será del conjunto de la documentación obrante en el expediente de donde habrá que deducir si la documental entregada en las negociaciones fue o no suficiente para cubrir las exigencias legales, como hizo la sentencia que se recurre.

La documentación que fue entregada por los funcionarios de la Diputación a los negociadores que representaban a los trabajadores, junto a la comunicación de apertura del período de consultas consta reflejada en el hecho probado segundo de la sentencia que dice así: " SEGUNDO. - Con dicha comunicación se entregó a los Representantes de los Trabajadores la siguiente documentación: -Memoria justificativa del expediente de despido colectivo, en el que se expresa la evolución de la situación presupuestaria, haciendo referencia a los Presupuestos del referido Organismo Provincial liquidados en los años 2009 al 2012, ambos incluidos, préstamos solicitados, importe del recorte en las inversiones, importe de reducción del gasto público provincial, reducción de gastos de personal comparativamente en los últimos ejercicios, y demás contenido que se da por reproducido. -Informe Jurídico de la Secretaría General, en el que se abordan las necesidades del despido colectivo por causas económicas de los contratos del personal laboral indefinido, haciendo referencia a la concurrencia de la situación de insuficiencia presupuestaria, y a la legalidad de los criterios empleados y demás contenido que se da por reproducido. -Certificación de Intervención sobre los datos del presupuesto y liquidación, así como del capítulo I-personal - en el que se expresa los datos referidos a los Presupuestos liquidados en los cuatro últimos ejercicios (años 2009, 2010, 2011 y 2012) dándose por reproducido su contenido. -Criterios de prioridad de permanencia del personal. En el que se refleja el personal incluido y el excluido, dando por reproducido su contenido. -Ingresos y Gastos de los Presupuestos de los años 2010, 2011 y 2012. - Listado de Personal Laboral de la Entidad."

Si comparamos dicha documentación con la que exigen que se aporte los arts. 38 y 39 del Real Decreto 1483/2012, es muy difícil encontrar la falta de documentos que pudieran ser necesarios para que los trabajadores tuvieran cabal cuenta de la situación económico-presupuestaria de la entidad puesto que se les daba razón de cuál es esa situación tanto en el momento de iniciación del expediente como de los presupuestos y

el resultado de la ejecución de los mismos respecto de los dos años anteriores, deduciéndose su suficiencia del hecho de que es sobre tal documentación sobre la que el Tribunal "a quo" ha extraído su relación probatoria de conformidad con el contenido del fundamento jurídico octavo. Es cierto que el recurrente cita como insuficientes algunos documentos, pero ninguno de los que cita se puede decir que fueran estrictamente necesarios bien por su indefinición bien por su específica concreción - pues se limita a decir que están en los autos -, lo que impide llegar a conclusión distinta de la que llegó el Juzgador de instancia en el pormenorizado estudio que se recoge en el fundamento jurídico séptimo de su sentencia de cada uno de los documentos aportados y de su suficiencia cuando en su fundamento jurídico séptimo afirma con total contundencia que " en suma, en el presente caso, tal como se desprende del hecho probado segundo, dicha obligación ha de entenderse sobradamente cumplida, como resulta, básicamente, de la prueba documental aportada por la Diputación demandante, a través de soporte informático, como, en menor medida, de la aportada por la representación de los trabajadores. Sin que la petición de prueba documental que se hace en el período de consultas por la Representación de los Trabajadores, se considere esencial, y sin que pueda imponerse a la parte (en este caso a una Administración Local) una exigencia de documentación que exceda de la enumerada en el artículo 39 del Reglamento, para los despidos colectivos por causas económicas, tal como pretende la parte demandante, por todo ello, rechazamos también esta alegación, y con ello la posibilidad de que el cese de los actores pueda calificarse de despido colectivo."

En cualquier caso, el certificado de la Intervención de reducción de crédito presupuestario de 2013 respecto de 2012, sobre cuya falta pivota fundamentalmente la pretensión de los recurrentes, si les fue entregado en enero de 2013 y no al comenzar las negociaciones en 2012 no tiene otro sentido que el que deriva del hecho de que esa certificación difícilmente podía ser aportada antes de aprobarse dichos presupuestos.

A lo que hay que añadir que, como ha dicho esta Sala la documentación a tener en cuenta para la posible nulidad prevista por esta causa en el art. 124. 11 párrafo tercero de la LRJS es la que resulte necesaria para que los representantes de los trabajadores tengan suficiente información sobre la causa de sus despidos y poder

afrontar el período de consultas adecuadamente, como esta Sala ha señalado en sentencias de 20-3-2013 (rec.- 81/2012) o 27-5-2013 (rec.- 78/2012).

3.- No cabe apreciar tampoco, pues, por esta vía la nulidad del despido enjuiciado

SEPTIMO.- 1.- En su sexto motivo de recurso, con amparo procesal en el apartado e) del art. 207 de la LRJS, denuncia la infracción por la sentencia de instancia del art. 51 del ET en relación con los arts. 7.5 y 44.3 del Reglamento de 2012, sobre el argumento de que en el presente caso se superó el período de 30 días establecido para la realización del período de consultas.

2.- Es cierto que el período de 30 días fijado legalmente como duración del período de consultas se superó en el presente caso, pero aun cuando del mandato legal se puede deducir que dicho plazo viene establecido en garantía de ambas partes y por lo tanto cualquier exceso en el mismo efectuado en perjuicio de la otra - en concreto de los trabajadores por la inseguridad en que se encuentran durante el transcurso del mismo - podría conducir a la caducidad del procedimiento, lo que no puede aceptarse es que cuando exista consenso entre las partes en suspenderlo pueda ninguna de ellas alegar después esa caducidad en su propio beneficio yendo contra sus propios actos anteriores. Y en este caso lo ocurrido, según el relato de hechos probados reflejado en los hechos probados cuarto y quinto de la sentencia fue que, iniciado el período negociador con la constitución de la Comisión Negociadora el 11 de diciembre de 2012, fue la representación de los trabajadores la que pidió la suspensión temporal del período negociador ante la dificultad de seguir dicha negociación durante las Navidades, acordando las partes de común acuerdo suspender esa negociación hasta el 7 de enero, fecha ésta en la que se reanudaron las reuniones que, también de común acuerdo se prolongaron sin sucesión de continuidad hasta el 6 de febrero en que finalizaron sin acuerdo.

Es cierto, pues, que se superaron los 30 días legalmente establecidos pero ello se produjo por acuerdo de ambas partes y sin ningún perjuicio generador de indefensión para ninguna de ellas, con lo que el mero transcurso objetivo del plazo legal no puede

en este caso conducir a la nulidad como en supuesto semejante al actual fue decidido por el Pleno de esta Sala en su sentencia de 15 de abril de 2014 (rec.- 188/2013).

OCTAVO.- 1 .- En su último motivo de recurso se sostiene igualmente la infracción del art. 51 del ET en relación con el art. 35.1.c) del Reglamento sobre el argumento de que el despido colectivo finalmente afectó a menos de 30 trabajadores, cuando según dicha normativa el número determinante de la sujeción a un procedimiento de despido colectivo ha de afectar "al menos...a 30 trabajadores" (art. 51.1 c) ET); y por esa razón considera la parte recurrente que el despido debió de llevarse a cabo por decisiones individuales y no por el procedimiento colectivo.

2.- Este argumento de nulidad carece totalmente de justificación si se tiene en cuenta en primer lugar que en realidad el procedimiento afectó realmente a 32 trabajadores que eran los que inicialmente había pensado despedir la entidad en su propuesta inicial, con lo que claramente se cubrían las exigencias legales, pues, como dice la sentencia de instancia es en el momento de iniciarse el expediente cuando deben cubrirse los umbrales mínimos establecidos para acudir al procediendo de despido colectivo. En este caso, si se despidió realmente a un número inferior fue como consecuencia del proceso negociador que, con esta realidad, cumplió en alguna medida la finalidad para la que el mismo ha venido establecido legalmente.

NOVENO.- En congruencia con lo dicho en los apartados anteriores, la decisión a adoptar por la Sala no puede ser otra que la desestimatoria de los recursos interpuestos contra la sentencia de instancia, con la consiguiente confirmación de la misma. Sin que proceda la imposición de las costas a ninguna de las partes.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos los recurso de casación interpuestos por la DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE OURENSE y por el SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA y Don Bienvenido en calidad de Presidente del COMITÉ DE EMPRESA DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE OURENSE contra la sentencia de fecha 2 de mayo de 2013, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de

Justicia de Galicia, en procedimiento número 10/2013, seguido a instancias del SINDICATO NACIONAL DE CCOO DE GALICIA y COMITÉ DE EMPRESA DIPUTACIÓN DE OURENSE contra la DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE OURENSE y FOGASA sobre despido colectivo. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. Sin costas.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE DICIEMBRE DE 2013

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 10 de octubre de 2011, el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por D. Pio contra AYUNTAMIENTO DE SEVILLA en reclamación por DESPIDO, en cuya virtud, debo declarar y declaro el mismo como IMPROCEDENTE, condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración, así como, a su elección, que deberá verificar en un plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte bien a readmitir al actor en su puesto de trabajo con las mismas condiciones que tenía antes del despido, bien a que indemnice al actor en la cantidad de SETENTA Y SEIS MIL EUROS CUATROCIENTOS TREINTA Y UN EUROS CON OCHO CENTIMOS (76.431,08 euros), más en todo caso a que le abone los salarios dejados de percibir desde el día del despido (16.2.2011) hasta la notificación de esta sentencia."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- D. Pio, N.I.F. NUM000, vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, con la categoría profesional de arquitecto técnico, con un salario diario a efectos de despido de 103,46 euros. SEGUNDO.- En autos constan los siguientes contratos de trabajo:- Contrato de trabajo de duración determinada, 26.9.1997, para la realización del programa de formación prácticas para la ciudad Miraflores (folio 19).- Contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, de 11.12.1995, señalándose

como tal "la realización del Programa de Escuela Taller subvencionado por el INEM "Parque Miraflores", con duración prevista de septiembre a marzo aproximadamente (folio 406). - contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado de 1.09.1998, señalándose como tal "prestación de servicios como profesor de teoría de la construcción en la escuela taller Miraflores (arquitecto técnico) (folio 46), ello tras la selección como tal operada por el INEM y el propio Ayuntamiento, según Acta de fecha de 22.6.1998 (folio 443).- Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, de 29.12.2000, señalándose como tal "escuela Taller Miraflores III" (folio 52), ello tras la selección realizada por el INEM y el propio Ayuntamiento, según Acta de Selección de 19.12.2000 (folio 444) .- Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, de fecha de 30.12.2002, señalándose como tal profesor escuela taller Miraflores IV (folio 47), ello tras la selección realizada por el UEM y el propio Ayuntamiento, según Acta de Selección de 19.12.2002 (folio 445) .- Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, señalándose como tal "prof. T.constr.arquit. programa "E.T. Miraflores V" de fecha de 30.12.2004 (folios 48), ello tras la selección realizada por el SAE y el propio Ayuntamiento, según Acta de Selección de 27.12.2004 (folio 446) .- Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, de fecha de 22.2.2007, señalándose como tal, "arq. Tecn. "E.T. S.FDOI Y T.E. REH.URB TRES BARRIOS CON FUNCIONES DOCENTES/DIRECCIÓN EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE LOS DOS PROYECTOS" (folio 53), ello tras selección realizada por SAE y el propio Ayuntamiento, según Acta de selección de 6.2.2007 (folio 447). .- Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, de fecha de 5.3.2009, señalándose como tal "arqto.Tecn en E.T. Centro Serv. Empleo Amate y T.E. Ent. Amate" (folio 54). Dicho contrato fue modificado en fecha de 22.2.2010, en concreto la cláusula sexta, quedando del siguiente modo "La obra/servicio objeto del contrato a partir del 02 de marzo de 2010, fecha de comienzo del Taller de Empleo Cerro Amate es: Arquitecto técnico de los proyectos ET/TE desarrollados en la zona de Amate (E.T. Centro de Servicios Empleo Amate y T.E. Cerro Amate), siendo la fecha de finalización el de la E.T. Centro de Servicios Empleo Amate (aprox. 16/02/2011) (folios 54 y 55), ello tras la selección

realizada por el SAE y el propio Ayuntamiento, según Acta de selección de 17.12.2009 (folio 448). TERCERO.- El Teniente de Alcalde Delegado de Empleo del Ayuntamiento de Sevilla con fecha de 6.7.2006 designó al actor director de ejecución de obra de la obra de rehabilitación del señorío de la Hacienda "Miraflores" de la que la Delegación era Promotora, quedando integrado en la Dirección Facultativa junto al Director/a de obra (folio 464). La Arquitecto era D^a. Evangelina. Igualmente el actor fue el Técnico Coordinador en Materia de Seguridad y Salud (folio 472). CUARTO.- En fecha de 1.2.2011 el Ayuntamiento comunicó por escrito al trabajador: "Por la presente le comunico a todos los efectos pertinentes, que la obra o servicio objeto del contrato que tiene Vd. suscrito con el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, de fecha 05/03/2009 finalizará el próximo día 16/02/2011" (folio 160). El trabajador hizo constar su no conformidad. Tras su cese ha sido necesaria la contratación de un nuevo profesional para realizar sus funciones. QUINTO.- Por escrito de igual tenor y fecha se comunicó la extinción del contrato de trabajo de 7 trabajadores (folios 146 a 159). SEXTO.- El expediente NUM001 instruido para la puesta en marcha de la Escuela Taller Miraflores con actuación en el Parque de Miraflores, con la plantación de arboledas y rosales, así como las instalaciones de mobiliario urbano, riego de goteo, instalación de alumbrado y conformación del parque con obras de albañilería. Dicho Proyecto fue subvencionado por el Instituto Nacional de Empleo con la cantidad de 98.879.008 pesetas (folios 163 a 182). SÉPTIMO .- El expediente NUM002 fue instruido para la solicitud al INEM de la Escuela Taller Miraflores II con especialidades formativas en albañilería, jardinería, carpintería metálica, carpintería de madera y pintura,." con un total de 58 alumnos (folios 183 a 199). OCTAVO. - El expediente NUM003 fue instruido para la solicitud de la puesta en marcha de la Escuela Taller "Miraflores III", cuyo objeto es actuaciones en el Parque Miraflores y su entorno urbano con reconstrucción de la Finca La Albarrana para edificación de sala multiusos como objeto central, con una duración prevista de dos años. El INEM le otorgó para ello una subvención global máxima de 181.929.578 ptas. (folios 200 a 212). NOVENO El expediente NUM004 fue instruido para la aprobación del Proyecto para la puesta en marcha de la Escuela Taller "Miraflores IV", cuyo objeto era la realización de la segunda fase de construcción del Edificio Multiusos Finca La Albarrana, así como actuaciones de ajardinamiento y mejora paisajística del entorno del edificio, en el Parque Miraflores (folios 213 a 228).

DÉCIMO .- El expediente NUM005 fue instruido para la solicitud de subvención para el Proyecto "Escuela Taller Miraflores V", con una duración prevista de dos años, con objeto de rehabilitar el señorío de la Hacienda Miraflores, del patio y el muro de cerramiento de dicha Hacienda, así como la urbanización y ajardinamiento del entorno, la puesta en valor por parte de los ciudadanos de todo el conjunto, y la mejora en aspectos concretos de la calidad de vida en los barrios de la zona a través de actuaciones en espacios y locales de uso público y social. El Servicio Andaluz de Empleo otorgó para ello una ayuda pública de 881.594,40 euros (folios 229 a 248).

UNDÉCIMO .- El expediente NUM006 fue instruido para la solicitud a la Junta de Andalucía de subvención para el desarrollo del Proyecto de Taller de Empleo "Rehabilitación Urbana Tres Barrios", con una duración prevista de doce meses, para la rehabilitación y adecuación de espacios públicos de interés social y utilidad colectiva de los barrios que conformará la zona Tres Barrios, con intervenciones generales de Mantenimiento de Edificios y Jardinería, con el fin de mejorar la calidad de vida los habitantes de dicha zona. Atendiendo a la calidad de la formación, incluía en el Plan formativo los módulos obligatorios exigidos por la normativa, la formación complementaria en Habilidades Sociales y Educación en valores. Igualmente preveía la realización de cursos monográficos según necesidades y especialidades. El Servicio Andaluz de Empleo le concedió para ello las correspondientes ayudas públicas (folios 249 a 268).

DUODÉCIMO.- El expediente NUM007 fue instruido para la solicitud a la Junta de Andalucía de la subvención para el desarrollo del Proyecto de Escuela Taller "San Fernando III", con una duración prevista de dos años, para la revaloración de espacios públicos y urbanos, consistente en la rehabilitación parcial del colegio público San Fernando, edificio número dos y actuaciones necesarias en zonas colindantes. Intervención en viviendas y espacios públicos que ayuden a mejorar la calidad de vida de los vecinos. Actuaciones en entidades y edificios de uso público y social. Atendiendo a la calidad de la formación, incluía en el Plan formativo los módulos obligatorios exigidos por la normativa, la formación complementaria en Habilidades Sociales y Educación en valores. Igualmente preveía la realización de cursos monográficos según necesidades y especialidades. El Servicio Andaluz de Empleo le concedió para ello las correspondientes ayudas públicas (folios 269 a 295).

DECIMOTERCERO.- El expediente 49/2008 fue instruido para solicitar al S.A.E. subvención para el Proyecto

Taller de Empleo "Entorno Amate", con una duración prevista de doce meses, con el objeto de rehabilitación y adecuación de espacios públicos de interés social y utilidad colectiva de los barrios más desfavorecidos que conforman el distrito Cerro-Amate de Sevilla, con intervenciones generales de mantenimiento de edificios y jardinería, con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes de dicha zonas. Se llevaría a cabo el ajardinamiento integral de todas las zonas verdes del Colegio S. Fernando, desde el punto de vista de la jardinería como de la obra civil que requerirá atendiendo al proyecto definitivo de rehabilitación de dicho Centro. Atendiendo a la calidad de la formación, incluía en el Plan formativo los módulos obligatorios exigidos por la normativa, la formación complementaria en Habilidades Sociales y Educación en valores. Igualmente preveía la realización de cursos monográficos según necesidades y especialidades. se priorizaba la inserción laboral de los alumnos participantes. El Servicio Andaluz de Empleo le concedió para ello las correspondientes ayudas públicas (folios 296 a 336).

DECIMOCUARTO .- El expediente 44/2008 fue instruido para solicitar al S.A.E. subvención para el Proyecto Escuela Taller "Centro de Servicios para el Empleo Amate", con duración prevista de 24 meses, para la rehabilitación parcial del antiguo colegio público San Fernando, edificio número tres y en las actuaciones necesarias, en zonas colindantes, intervención en espacios públicos que ayuden a mejorar la calidad de vida de los vecinos y vecinas y actuaciones en entidades y edificios de uso público y social. Además de servicios de asistencia especializada a la comunidad. Atendiendo a la calidad de la formación, incluía en el Plan formativo los módulos obligatorios exigidos por la normativa, la formación complementaria en Habilidades Sociales y Educación en valores. Igualmente preveía la realización de cursos monográficos según necesidades y especialidades. Se priorizaba la inserción laboral de los alumnos participantes. El Servicio Andaluz de Empleo le concedió para ello las correspondientes ayudas públicas (folios 337 a 382).

DECIMOQUINTO.- Cada uno de los candidatos admitidos para cada uno de los Proyectos especificados lo era por el Servicio Andaluz de Empleo (folios 383 a 403).

DECIMOSEXTO.- La relación laboral Se regía por el Convenio colectivo de personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla (folio 452).

DECIMOSÉPTIMO.- No consta que el actor ostente o haya ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

DECIMOCTAVO.- La parte actora interpuso reclamación previa en fecha

de 4.3.2011 (folios 44 y 45), sin que conste resolución expresa, por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada del AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, dictó sentencia en fecha 10 de enero de 2013 , en la que consta el siguiente fallo: "Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla en sus autos núm. 387/11, en los que el recurrente fue demandado por D. Pio , en demanda de despido, y como consecuencia confirmamos dicha sentencia. Se condena a la recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado de la recurrida por la impugnación del recurso en cuantía de seiscientos euros (600#) que, en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 237.2 LRJS ".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el letrado D. Ramón Campora Pérez, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, 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 Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de 6 de junio de 2012, recurso 2846/11 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 26 de noviembre de 2013, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social número 4 de los de Sevilla dictó sentencia el 10 de octubre de 2011 , autos número 387/11, estimando la demanda formulada por D. Pio contra el Ayuntamiento de Sevilla, sobre despido, declarando improcedente el despido del actor, condenando al demandado a que, a su elección, que deberá verificar en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre readmitir al actor en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían antes del despido, o le indemnice con la cantidad de 76.431,08 euros más, en todo caso, que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor ha prestado servicios para el Ayuntamiento de Sevilla, con la categoría profesional de arquitecto técnico, habiendo iniciado su relación laboral el 26-9 -1997. La relación laboral se articuló a través de sucesivos contratos temporales, en total ocho, a tiempo completo, para obra o servicio determinado, realizando siempre las mismas funciones, dentro de las sedes de los distintos Centros de Formación Permanente del Ayuntamiento: Cortijo de San Ildefonso (Parque Alcosa), Pasaje González Quijano (Alameda de Hércules), Polígono Sur (Cl José Bandarán), Ronda Doctor Fedriani, en la sede del antiguo Colegio de San Fernando...Sus funciones siempre fueron de arquitecto técnico pues, además de actuar como monitor de los distintos programas de formación y promoción de empleo en los que participó, actuó como director facultativo de las obras encomendadas por el Ayuntamiento, coordinador de seguridad de distintos centros, promotor de distintos programas de actuación en el Área de Empleo...habiendo desempeñado, salvo las interrupciones que constan en el hecho probado segundo, una actividad permanente en el ejercicio de dichas funciones. El 1-2-2011 el Ayuntamiento comunicó por escrito al actor que la obra o servicio objeto del contrato suscrito el 5/3/2009 finalizará el 16/2/2011, habiendo sido cesado en dicha fecha, procediendo el Ayuntamiento a contratar a un nuevo profesional para realizar las funciones que venía desempeñando el actor.

Recurrida en suplicación por la demandada, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia el 10 de enero de 2013, recurso número 800/12 , desestimando el recurso formulado. La sentencia entendió que, por aplicación de lo establecido en el artículo 15.5 ET , la relación laboral

del actor había adquirido el carácter de indefinida con anterioridad al 31-8-2011 -fecha en la que quedó suspendida la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 ET , en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del RD Ley 10/2011 - ya que desde el 15-6-2006 el actor había prestado servicios para la misma empleadora, durante más de 24 meses, en un periodo de 30 meses, en virtud de dos o más contratos temporales y en el mismo puesto de trabajo, no exigiéndose que los contratos sean fraudulentos. La sentencia considera que desde el 30/6/2007, sin entrar en el carácter fraudulento o no de los contratos, el actor era trabajador a tiempo indefinido. Continúa razonando que la relación laboral también tenía carácter indefinido por aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.3 ET, dado que hubo fraude en la cadena de la contratación. El actor, desde el año 1994 viene desarrollando el mismo trabajo, con idéntica categoría y en el mismo puesto de trabajo, en sede permanente del Ayuntamiento de Sevilla -Centros Permanentes de Formación- cubriendo una necesidad ordinaria y permanente del Ayuntamiento, habitualmente dentro del plano de la formación e inserción social, realizando funciones como enseñante y a su vez director de obra, coordinador de seguridad e higiene, levantando planos, planes de prevención de riesgos y todas aquellas gestiones afines a su profesión encargadas por el Ayuntamiento, tareas no subsumibles dentro de la contratación temporal realizada. Concluye la sentencia estableciendo que el cese por terminación de la obra o servicio carece de causa y lo que procedía, en su caso, era un despido por causas objetivas o por la necesidad de amortizar un puesto de trabajo.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada Ayuntamiento de Sevilla recurso de casación para la unidad de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el 6 de junio de 2012, recurso número 2846/11 .

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.

SEGUNDO .- 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.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el 6 de junio de 2012, recurso número 2846/11 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Excelentísimo Ayuntamiento de Sevilla contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de Sevilla, de fecha 20 de julio de 2011 , dictada en virtud de demanda formulada por D, Sergio contra la Corporación recurrente, en reclamación por despido, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda formulada. Consta en dicha sentencia que el actor D. Sergio , ha venido prestando servicios para el Ayuntamiento de Sevilla, con la categoría de arquitecto técnico, desde el 5- 3-2007. Actor y demandada suscribieron un primer contrato del 5-3-2007 al 4-3-2009, a tiempo completo, para obra o servicio determinado, para ET MIRAFLORES VI y TE REH-URB NORTE, con funciones de docente, dirección y ejecución de las obras de los dos proyectos, quedando condicionada la duración al fin de la obra, fijándose como fecha aproximada la anteriormente señalada. Suscribieron un segundo contrato el 5-3-2009, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, consistente en ET Parque Miraflores y TE Urbana Norte, quedando condicionada la duración al fin de la obra, fijándose como fecha aproximada el 16-2-2011. Este contrato fue modificado el 25-2-2010 ya que, a partir del 2-3-2010, fecha de comienzo del Taller de Empleo Tabaida Norte, el objeto es el Proyecto ET/TE de la zona norte de Sevilla,. El 1-2-2011 el Ayuntamiento remitió carta al actor en la que le comunicaba que las obras o servicios objeto del contrato suscritas el 5-3-2009 finalizarán el 16-2-2011. Dicho día el actor cesó, produciéndose la paralización de las obras de rehabilitación del Patio de la Hacienda de Miraflores hasta la designación de un nuevo coordinador de seguridad y salud. La sentencia entendió que en los dos contratos suscritos por el actor estaba identificada con precisión y claridad la obra concertada y su duración, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 15.5 ET, en redacción dada por Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ya que el actor no ocupó "el mismo puesto de trabajo", si bien por razones de titulación académica del trabajador desempeñó funciones propias de su formación, por requerirlo así el nuevo proyecto subvencionado. Es lícita la cláusula que condiciona el contrato por obra o servicio determinado a la vigencia de un plan concertado entre un Ayuntamiento, que era el empresario en la relación laboral controvertida, y una Comunidad Autónoma, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 15.1 a) ET el que la duración del vínculo

laboral dependa de la duración del concierto. Entiende, citando una sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 2002 , que la condición de empleador singular de la Corporación supone que "No puede entenderse que su intervención en la creación y funcionamiento de las Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo... pueda ser calificada como una actividad permanente, como se mantiene en el recurso, pues de ser así se quebraría el equilibrio institucional existente, se pondría en grave riesgo la cooperación de la Administración Local en campos tan sensibles como la promoción de empleo, y podría concluirse que cualquier actuación de la Administración Local, en la medida en que "contribuye a satisfacer necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal" (art. 25 LBRL) tendría que ser calificada como "actividad permanente", quedando vetada así la posibilidad de efectuar contrataciones para obra o servicio determinados".

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS , ya que en ambos casos se trata de arquitectos técnicos, que han venido prestando servicios para el Ayuntamiento de Sevilla, en virtud de sucesivos contratos para obra o servicio determinado, a tiempo completo -ocho en la sentencia recurrida, dos en la de contraste- parte de los cuales se desarrollaron bajo la vigencia de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, siendo dichos contratos para la realización de diferentes programas de las Escuelas Taller, desempeñando funciones docentes, de dirección y ejecución de las obras de los proyectos y de coordinación de seguridad e higiene. Ambos actores han sido cesados en la misma fecha, el 1-2- 2011, con sendas cartas de idéntico contenido en las que se les comunicaba que la obra o servicio, objeto del contrato suscrito en fecha 5-3-2009, finalizará el 16-2-2011. Tras el cese de los trabajadores el Ayuntamiento de Sevilla contrató a otros dos para que realizaran sus funciones. En las dos sentencias se analiza, en primer lugar, si la relación laboral adquirió el carácter de indefinida, al amparo del artículo 15.5 del ET y, en segundo lugar, si tiene o no dicho carácter atendiendo a si los trabajos realizados por los actores son para cubrir necesidades permanentes o transitorias del Ayuntamiento Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que el despido es improcedente, la de contraste concluye afirmando que el cese del actor es ajustado a derecho.

Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS, procede entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

TERCERO .- En el primer motivo del recurso, al amparo de lo establecido en el artículo 224 de la LRJS , en relación con el artículo 207 e) de dicho texto legal ,, la parte alega infracción del artículo 15.5 del ET y de la doctrina contenida en la STS de 8 de febrero de 2012, recurso 1854/2009 .

Alega en esencia la recurrente que, a diferencia de los cinco primeros contratos, cuyo objeto se desarrolló en el mismo lugar, esto es en las Escuelas Taller Miraflores, los tres últimos se desarrollaron en diferentes lugares, por lo que no cabe entender que es el mismo puesto de trabajo y, en consecuencia, no pudo operarse la transformación de la relación en indefinida, de acuerdo con la redacción del artículo 15.5 del ET aplicable a los hechos objeto de enjuiciamiento, por razón del tiempo en que acaecieron los mismos.

Esta Sala se ha pronunciado en un supuesto que guarda cierta similitud con el ahora examinado. Se trataba de una trabajadora, que había venido prestando servicios para el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, como titulada superior, habiendo suscrito sucesivos contratos temporales, para obra o servicio, siendo el objeto de cada uno los diferentes proyectos diferenciados de investigación del Consejo, planteándose si el vínculo que une a la demandante con el CSIC se transforma en indefinido -no fijo- por aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 del ET , en la redacción dada por la Ley 43/2006. La sentencia, de 23 de abril de 2012, recurso 3092/11, contiene el siguiente razonamiento:

"3. En la primera de las sentencias citadas, asumido en las restantes, se contienen los siguientes razonamientos: "Como es sabido, su origen -del artículo 15.5 ET - se encuentra en la Ley 12/2001, de Medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, en cuya exposición de motivos se dice que la nueva regulación que se hace de ese precepto se lleva a cabo incorporando al ordenamiento interno la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio ..., relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. La redacción primera de ese número 5, era la siguiente: • 5. Los

convenios colectivos podrán establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal• .- Tan escasa regulación de lo que se pretendía fuese instrumento eficaz de cumplimiento del referido Acuerdo Marco suscrito entre las organizaciones interprofesionales de carácter general, la Unión de confederaciones de la industria de la Europea (UNICE), el Centro Europeo de la empresa Pública (CEEP) y la Confederación europea de Sindicatos (CES), se discutió en su momento si cumplía con las previsiones de la cláusula quinta del referido Acuerdo Marco que asume la Directiva".

4.- Añaden las referidas sentencias "Polémica doctrinal que fue zanjada con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, que fue publicado en el BOE 141/2006, de 14 de junio, y en cuyo artículo dos se daba nueva redacción al apartado 5 del art. 15 del ET , en los siguientes términos: • 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.- Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.- Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad• ".

5.- Se indica que "El RDL contenía también una Disposición Transitoria Segunda, referida al régimen de entrada en vigor de la limitación del encadenamiento de contratos temporales, en la que se decía que • Lo previsto en el art. 15.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los trabajadores que suscriban tales contratos a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley.- Respecto de los

contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del periodo y del plazo previsto en el citado art. 15.5, se tomará en consideración el vigente a la entrada en vigor de este real decreto -ley• ". Destacándose que "Por su parte, la Disposición Final Cuarta determinaba que su entrada en vigor se produciría al día siguiente la publicación, esto es el 15 de junio de 2.006. Esa es precisamente la razón por la que la Ley 43/2006 , sobre mejora del crecimiento y del empleo, que se publicó en el BOE en 12 de febrero de 2.007 y entró en vigor al día siguiente de su publicación, con un texto idéntico del número 5 del artículo 15 del ET , fijase en su Disposición Transitoria segunda un especial régimen de entrada en vigor de la limitación del encadenamiento de contratos temporales, de manera que lo previsto en la redacción dada por esa Ley al artículo 15.5 del ET sería de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir del 15 de junio de 2006. Y respecto a los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el vigente a 15 de junio de 2006". Concluyendo que "De esta forma se hacía coincidir el régimen transitorio del RDL con el de la Ley y se fijaba el 15 de junio como fecha a tener en cuenta para saber el número de contratos computables suscritos por el trabajador y conocer así también en el periodo de 30 meses, si la prestación de servicios se había llevado a cabo por medio de dos o más de aquéllos durante un plazo superior a 24 meses, con independencia de la licitud de tales contratos temporales".

TERCERO.- La aplicación de los anteriores razonamientos, como se adelantó, conduce a la estimación del recurso y a la consecuente estimación de la demanda porque las cinco contrataciones de la demandante, comprendidas entre el 1 de enero de 2005 y el 25 de agosto de 2008 (viva ésta última en el momento de la interposición de la demanda: 5-2-2009), han de entenderse referidas al mismo puesto de trabajo porque las funciones desempeñadas por ella, acordes a su condición de Titulada Superior y a la categoría con la que siempre fue contratada, aunque algo diferentes en razón de las especificaciones formales que reflejan los contratos descritos en el relato fáctico, no variaban en lo sustancial y se desarrollaron siempre en el mismo centro de trabajo.

Son precisamente esas funciones técnicas, exclusivas y características de la titulación superior que posee, las que definen y dan sentido a la prestación laboral, lo

cual, unido a la identidad del lugar en el que siempre se han ejercido (el Instituto de Agricultura Sostenible de Córdoba), conduce a asegurar que en todos los contratos desempeñó funciones equivalentes a un mismo puesto de trabajo, que es lo que exige el art. 15.5 ET , en la redacción que aquí resulta de aplicación (Ley 43/2006), para adquirir la fijeza pero que, en este caso, y dada la condición de organismo público de la entidad demandada, ha de calificarse como indefinida en razón a los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público.

En definitiva, la trabajadora debe adquirir esa condición de indefinida al haber prestado servicios en el mismo puesto de trabajo, tanto en su aspecto locativo, porque se desarrollaba en el mismo lugar, como en su aspecto funcional, porque siempre ha realizado las mismas labores propias de una titulada superior, en virtud de varios contratos temporales en un plazo superior a 24 meses y en período de cómputo de 30, en los términos previstos el tan repetido art. 15.5 ET, en relación con las disposiciones Transitoria Segunda y Final Cuarta del RD-Ley 5/2006, y Transitoria Segunda de la Ley 43/2006 ".

En el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala se ha de decidir si el puesto de trabajo que ha venido ocupando el trabajador durante el periodo relevante de su contratación, a efectos de la aplicación del artículo 15.5 del ET , es decir, el ocupado a partir de la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, es "el mismo puesto de trabajo", para determinar si se cumplen todos los requisitos que el citado precepto establece, ya que los restantes han sido pacíficamente admitidos.

A este respecto hay que señalar que el concepto "mismo puesto de trabajo" puede entenderse en sentido restrictivo, aplicando un criterio locativo, lo que conduciría a equipararlo con el concreto puesto que el trabajador desempeña en su centro de trabajo.

Hay otra interpretación más amplia que atiende al aspecto funcional, comprendiendo las funciones propias del puesto dentro de la empresa, aún en distintos centros de trabajo.

Ambos elementos, el locativo y el funcional sirven para identificar el puesto de trabajo. En el asunto ahora examinado, teniendo en cuenta que no hay previsión alguna

en el convenio colectivo para identificar "el mismo puesto de trabajo" se ha de acudir al criterio funcional, a efectos del cumplimiento del requisito controvertido, establecido en el artículo 15.5 del ET. Las razones son las siguientes:

Primero: De seguirse el criterio locativo, sería posible que el trabajador permaneciera en la empresa, desarrollando el mismo trabajo, durante un dilatado periodo de tiempo, manifiestamente superior al previsto en la norma, solo con que el empresario le cambiara de lugar de trabajo. Piénsese en un supermercado, bastaría con que al trabajador, cajero, se le enviase a otra caja situada en otro supermercado de la empresa y ya no se cumpliría el requisito "mismo puesto de trabajo".

Segundo: La finalidad de la norma es evitar abusos, que se utilicen contratos temporales con un mismo trabajador en la empresa para realizar el mismo trabajo, finalidad que quedaría defraudada de seguirse el criterio locativo.

Tercero: El artículo 39.1 del ET permite la movilidad funcional del trabajador en la empresa, de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral, lo que dejaría en manos del empresario el evitar que se cumpliera el requisito del "mismo puesto de trabajo", solo con hacer uso de esta posibilidad integrada en su poder de dirección, en el caso de que se siguiera la tesis locativa.

Cuarto: El bien jurídico protegido es la estabilidad en el empleo y la desaparición, o al menos disminución, de la precariedad laboral, finalidad que únicamente se consigue aplicando el criterio funcional.

Quinto: El criterio funcional permite un más adecuado cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. El objeto del Acuerdo es "Establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada".

A efectos de prevenir los abusos los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, introducirán una o varias de las siguientes medidas: "A) Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales. B) La duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de

duración determinada. C) El número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales".

En el asunto examinado ha quedado acreditado que se cumple el elemento funcional ya que el actor siempre realizó trabajos propios de su titulación de arquitecto técnico, realizándolas a lo largo de toda la relación laboral, sin perjuicio de que los proyectos a los que obedecían fuesen individualizados entre sí, por corresponder a diferentes fases, actuando como monitor de los distintos programas de formación y promoción de empleo en los que participó, ejerciendo como director facultativo de las obras encomendadas por el Ayuntamiento, coordinador de seguridad de distintos centros, promotor de distintos programas de actuación en el área de empleo...por lo que se cumple el requisito de haber prestado sus servicios en los sucesivos contratos temporales "en el mismo puesto de trabajo".

Respecto al elemento locativo, es cierto que el actor prestó servicios en distintas sedes que pertenecían a los distintos Centros de Formación Permanente del Ayuntamiento en la capital, pero, teniendo en cuenta lo anteriormente consignado respecto al criterio a seguir para identificar el concepto "mismo puesto de trabajo", se ha de concluir que la prestación de servicios se ha realizado en el mismo puesto de trabajo, lo que conduce a declarar el carácter indefinido de la relación, en virtud de lo establecido en el artículo 15.5 del ET , en redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

No se opone a tal conclusión la doctrina establecida en nuestras sentencias de 25 de mayo de 2011, recurso 1907/10 ; 19 de julio de 2011, recurso 1961/10 y 30 de abril de 2013, recurso 1442/12 , pues las mismas aplicaron la regulación convencional específica del ámbito de la construcción, tanto la estatal contenida en el artículo 18 del Convenio General de la Construcción , como la del Convenio Provincial de Vizcaya que reproduce su contenido.

CUARTO. - En el segundo motivo del recurso, formulado con idéntico amparo procesal que el anterior, el recurrente alega infracción de los artículos 15.3 y 15.1 a) del ET y 2.1 del RD 2720/1998 , del artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y de la jurisprudencia que cita.

Al haber desestimado el motivo anterior, declarando el carácter indefinido de la relación laboral que unía al actor y al demandado, deviene innecesario el resolver este segundo motivo del recurso.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Excelentísimo Ayuntamiento de Sevilla frente a la sentencia dictada el 10 de enero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación número 800/12 , interpuesto por el hoy recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla, el 10 de octubre de 2011 , en los autos número 387/11, seguidos a instancia de D. Pio , en reclamación por despido. Se condena en costas al recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del letrado de la recurrida que impugnó el recurso.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JUNIO DE 2011

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Con fecha 13 de octubre de 2.009 el Juzgado de lo Social de Bilbao nº 7 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la

demanda presentada por D. José Daniel contra FINAGA S.A., ABAROA S.L. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre despido, declaro el mismo IMPROCEDENTE, condenando solidariamente a las empresas demandadas FINAGA SA y ABAROA SL, a que en el plazo de cinco días, contados a partir de la notificación de la sentencia, opten entre readmitir al trabajador o indemnizarse con la cantidad de 41.459,79 euros, y en uno y otro caso con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución".

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

"PRIMERO.- El actor, D. José Daniel, mayor de edad, con DNI N° NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y cargo de las empresas demandadas, en las siguientes circunstancias y periodos: - Con fecha 7-5-1997 suscribió con la empresa ABAROA SA contrato de trabajo de obra, y cuyo objeto era: como Peón con la categoría de Peón para trabajo de tabiquería del portal n° 4 del Proyecto de 54 vv que la empresa Abaroa está construyendo en la calle Eleuterio Villaverde s/n en San Miguel de Basauri (Vizcaya).- Dicho contrato sufrió varias modificaciones de objeto, finalizando el 7-12-1999.- - Con fecha 10-12-1999 suscribió con la empresa ABAROA SA contrato de trabajo de obra, y cuyo objeto era: como Albañil con la categoría de Oficial de 2ª para el cerramiento con tabicón de fachada en las 40 vv que la empresa Abaroa está construyendo en la C/ Iturriza s/n de Berriz-Vizcaya.- Dicho contrato finalizó el 19-12-1999. - Con fecha 20-12-1999 suscribió con la empresa FINAGA SA contrato de trabajo de obra, y cuyo objeto era: como Albañil con la categoría de Oficial de 2ª para albañilería General- Remates en el Bloque A y B, en la VV, que la empresa Finaga está construyendo en la C/ Iturriza s/n de Berriz-Vizcaya.- Dicho contrato finalizó el 28-02-2001. - Con fecha 1-03-2001 suscribió con la empresa FINAGA SA contrato de trabajo de obra, y cuyo objeto era: como albañil con la categoría de Oficial de 2ª para la realización del cierre de fachadas hasta la planta Trasera, Bloques B y C, para la obra de Erandio Sector A.- Dicho contrato tras varias modificaciones de objeto de contrato finalizó el 31- 01-2002. - Con fecha 01-02-2002 suscribió con la empresa FINAGA SA contrato de traba de obra, y cuyo objeto era: como Albafiul con la categoría de Oficial de 1ª para la realización de trabajos de "Trabajos de seguridad en obra hasta cierre de fachadas de los bloques 1 y 2 en las obras de construcción de 56 viviendas, trasteros,

locales y garajes que ABAROA SA está construyendo en el Sector R-5, parcelas C y C2, Landetxo Bekoa de Munguia.- Dicho contrato tras varias modificaciones en su objeto, finalizó el 23-09-2003.- Con fecha 24-09-2003 suscribió con la empresa FINAGA SA contrato de trabajo de obra, y cuyo objeto era: como Albañil con la categoría de Oficial de 1ª para la realización de "Trabajos acordes con su categoría, en fase de cierre de lonjas y tabicado de caja de escalera en planta de viviendas, hasta terminación de dichos trabajos del Bloque 3, exceptuando paños de fachada y zonas de remate, en la obra de construcción que ABAROA SA está realizando en Astrabudua Sector UA6 C/ Txakurzulo e Iturrimingo s/n, Astrabudua-Erandio".- Dicho contrato tras varias modificaciones en su objeto, finalizó el 28-2-2005.- Con fecha 1-3-2005 suscribió con la empresa FINAGA SA contrato de trabajo de obra, duración y cuyo objeto era: como Albañil con la categoría de Oficial de 1ª en la obra de Barakaldo La Paz, para la realización de trabajos propios de su categoría y gremio hasta el cerramiento de las fachadas de los Bloques A, B, C y a, exceptuando huecos de montacargas, huecos de plataformas de descarga, etc., en la obra de La Paz C2 108 vv para la obra que la empresa ABAROA SA está realizando en Baracaldo.- Dicho contrato tras varias modificaciones en su objeto, finalizó 28-6-2006.- Con fecha 2/8/2006 suscribió con la empresa FINAGA SA contrato de obra para trabajos de albañil con categoría de Oficial de 1ª en la obra Urbanización del Area de Actuación nº 2 de Erandio y Erandio AA2 Bloque C-1. hasta finalización paulatina de la obra consistente en albañilería Bloque C1 de Erandio AA2 sita en C/ Antón Fernández junto al nº 1. Se suscribieron entre las partes acuerdos de continuidad el 30/3/2007, 25/6/2007, 10/12/2007 Y 2/3/2009.- La retribución del actor ascendería a 76,08 euros día con pp pagas extras.

SEGUNDO.- Las empresas demandadas se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Convenio colectivo de la Construcción de Bizkaia 2006/2008 (BOP de 9/6/2006) y posteriores revisiones.

TERCERO.- El actor suscribió documentos de liquidación y percibió las indemnizaciones por fin de contrato en las cuantías y fechas que se relacionan, cuyos contenidos se dan por transcritos;

Contrato de 20/12/1999 124 28/02/2001

Contrato de 01/03/2001 523,73 31/01/2002

Contrato de 01/02/2002 453,36 02/09/2002

Contrato de 03/09/2002 810,48 05/10/2003

Contrato de 24/09/2003 1142,61 05/04/2005

Contrato de 01/03/2005 261509 30/06/2006

CUARTO.- Con fecha 12/6/2009 la empresa FINAGA SA le comunica carta de extinción, con el siguiente contenido: 'Habida cuenta de la finalización paulatina de la obra objeto de aquel acuerdo y de la finalización paulatina de los trabajos propios de su categoría y oficio en dicha obra.- En su virtud cesará en sus actividades laborales el citado día 19 de junio de 2009, a la finalización de la jornada laboral...

QUINTO.- Las empresas FINAGA SA Y ABAROA SA pertenecen al GRUPO ABAROA, apareciendo como tal frente a terceros.- Ambas se dedican a la construcción, tienen el mismo administrador societario y el mismo domicilio social.

SEXTO.- El actor no ha ostentado cargo representativo de los trabajadores.

SÉPTIMO.- Con fecha 29/6/2009 el actor interpuso papeleta de conciliación previa, celebrándose el acto sin avenencia el 13/7/2009".

TERCERO.-La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de FINAGA, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia con fecha 19 de mayo de 2009 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que ESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por las empresariales FINAGA S.A. y ABAROA SA. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social ny 7 de BILBAO - BIZKAIA el 13 de octubre de 2009 , en autos nº 694109, seguidos a instancia de Jose Daniel frente a FINAGA S.A., ABAROA S.L. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, se revoca la resolución de instancia, en el sentido de declarar la extinción contractual como válida".

CUARTO.-Por la representación procesal de D. Jose Daniel , se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia

contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 19 de mayo de 2009 (Rec. 915/09). El motivo de casación alegaba la infracción de los arts. 15.3, 15.5 y 56 ET, 6.4 y 7.2 CC, así como de los arts. 12 B del Convenio Colectivo Provincial de la Construcción de Bizkaia [BOP 09/06/06] y 18 del Convenio Colectivo General de la Construcción.

QUINTO.-Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

SEXTO.-Se señaló para votación y fallo el día 8 de junio de 2011, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada. En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. Don Luis Fernando de Castro Fernandez señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado Don Jose Luis Gilolmo Lopez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1. Los presupuestos fácticos del presente debate, cuyo contenido íntegro consta reproducido en los antecedentes de la presente resolución, pueden resumirse en los términos que siguen:

a) El trabajador ha prestado servicios para el grupo empresarial «Abaroa» [«Abaroa, SA» y «Finaga, SA»], del sector de la construcción, generalmente como Oficial de Albañilería, y en los siguientes periodos:

-de 07/05/97 a 07/12/99: contrato de obra como peón para trabajo de tabiquería del portal nº 4 del Proyecto de 54 viviendas en la calle Eleuterio Villaverde s/n en San Miguel de Basauri, Vizcaya, aunque con varias modificaciones de objeto;

-de 10/12/99 a 19/12/99: oficial 2ª albañil para cerramiento con tabicón de fachada en 40 viviendas en la calle Iturriza s/n de Berriz, Vizcaya;

-de 20/12/99 a 28/02/2001: oficial 2ª para albañilería General-Remates en el Bloque A y B de las viviendas de la calle Iturriza s/n de Berriz, Vizcaya;

-de 01/03/01 a 31/01/02: contrato de obra como oficial 2ª albañil para cierre de fachadas hasta la planta Trasera, Bloques B y C, en la obra de Erandio, Sector A, aunque también con varias modificaciones del objeto del contrato;

-de 01/02/02 a 23/09/03: contrato de obra como oficial 1ª albañil para trabajo de seguridad en obra hasta cierre de fachadas de los bloques 1 y 2 de las 56 viviendas, trasteros, locales y garages del Sector R-5, parcelas C1 y c2, Landetxo Bekoa de Murguía, Vizcaya, aunque también con varias modificaciones en su objeto;

-de 24/09/03 a 28/02/05: contrato de obra, que terminó tras varias modificaciones de su objeto, como oficial 1ª albañil en la fase de cierre de lonjas y tabicado de caja de escalera en planta de viviendas, hasta terminación de dichos trabajos del Bloque 3, exceptuando paños de fachada y zonas de remate, en la obra del Sector UA6, c/ Txakurzulo e Iturrimingo s/n, en Astrabudua- Erandio;

-de 01/03/05 a 28/06/06: contrato de obra, que también concluyó tras varias modificaciones en su objeto, como oficial 1ª albañil para el cerramiento de las fachadas de los bloques A, B, C y D, exceptuando huecos de ascensores de montacargas, huecos de plataforma de descargas, etc, en la obra de La Paz C2, 108 viviendas, en Baracaldo;

- y de 02/08/06 a 19/06/09, fecha esta última en la que se dispone su cese por «finalización paulatina de los trabajos propios de su categoría y oficio en dicha obra»: contrato de obra, como oficial 1ª albañil, en la obra Urbanización del Área de Actuación nº 2 de Erandio y Erandio AA2 Bloque C-1, sita en c/ Antón Fernández junto al nº 1; en esta ocasión se suscribieron entre las partes acuerdos de continuidad el 30/03/2007, 25/06/2007, 10/12/2007 y 02/03/2009).

y b) a la finalización de cada uno de los contratos el actor suscribió los correspondientes documentos de liquidación y percibió las indemnizaciones por fin de contrato.

2. Interpuesta demanda por despido, basándose en que el trabajador había adquirido la condición de fijo de plantilla por haber superado los tres años de servicios previstos para los trabajadores fijos de obra, el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Bilbao estimó la pretensión por sentencia de 13/10/09 [autos 694/09] y condenó solidariamente a las dos empresas demandadas, argumentando que si bien la limitación

trianual establecida en el art. 12 B del Convenio Colectivo de la Construcción para Vizcaya no opera computando trabajos temporales -obra o servicio- debidamente extinguidos, en todo caso sí resulta de aplicación al caso la prevención contenida en el art. 15.5 ET [redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 /Diciembre], y que la misma comporta que la relación -formalmente temporal- se hubiese transformado en indefinida, por cuanto que los contratos de 01/03/05 y 02/08/06 significaban actividad laboral superior a 24 meses en un periodo de treinta, tal como aquel precepto requiere para que el vínculo se considere por tiempo indefinido. Y ya en trámite de suplicación, la STSJ País Vasco 30/03/10 [rec. 149/10] estimó el recurso planteado y rechazó la demanda, por entender que la expresión «mismo puesto de trabajo» del citado art. 15.5 ET había de ser entendido en los términos en que lo define el referido art. 12 del Convenio Colectivo, de forma que la variación de la obra en los indicados contratos de 01/03/05 [para edificación en Baracaldo] y 02/08/06 [para trabajo en Erandio] implicaban que la relación no pudiese ser calificada «indefinida», conforme a las prevenciones de la disposición estatutaria.

3. Recurre el trabajador en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 19 de mayo de 2009 (R. 915/09) también por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco . En la sentencia de comparación, confirmando la de instancia, se estimó la demanda dirigida por otro trabajador frente a la empresa Finaga, S.A, con servicios acreditados desde el 20 de diciembre de 1999 hasta el 10 de octubre de 2009, en virtud de sucesivos contratos denominados de obra. La resolución rechaza el primer motivo de suplicación, relativo al transcurso de más de veinte días entre la finalización de un contrato y la celebración del siguiente, y examina la duración y circunstancias de ejecución de los contratos celebrados vigente la Ley 43/2006, de 29 de Diciembre. Llega a una primera conclusión y es la de que no existe prueba alguna de que las obras para las que el actor era contratado fueran obras independientes, con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa sino que obedecían a su actividad normal. En cuanto a la aplicación del artículo 18 del Convenio General del Sector de la Construcción y del artículo 12 del Convenio Provincial de Vizcaya 2006-2008 resuelve que, limitado por el citado artículo 12 a tres años el máximo del plazo en que pueden sucederse los contratos de trabajo de los fijos

de obra, aunque las funciones se desarrollen en diferentes centros de trabajo dentro de la misma provincia, no cabe entender que, por el hecho de haber ejecutado su labor en diferentes obras, estemos ante contratos diferentes y, por tanto, no sometidos al máximo de tres años.

4. En principio, y para establecer el juicio de contradicción, podría considerarse como un obstáculo la afirmación de la sentencia de contraste al apreciar fraude en la contratación temporal, lo que no ocurre en la sentencia recurrida. Sin embargo, la desestimación del recurso de la empresa no vino fundada tan sólo en ese motivo sino también en la declaración de infracción del artículo 12 del Convenio Colectivo Provincial de aplicación, el mismo que en la recurrida, resolviendo que, al ser el plazo máximo de sucesión de contratos de fijo de obra de tres años, aunque las funciones se desarrollen en diferentes centros de trabajo dentro de la misma provincia, no por ello cabe reconocer la existencia de contratos diferentes, ni obviar el límite de tres años. Nada explica la sentencia acerca del concepto de diferente puesto de trabajo, lo que sí hace la sentencia recurrida al concretar que rectifica su doctrina anterior acerca del concepto de puesto de trabajo.

5. Pese a todo, como esta Sala ya admitió en la reciente sentencia de 25-5-2011 (R. 1907/10) a la que luego aludiremos, en la que se invocaba idéntica resolución referencial, concurre entre las sentencias sometidas al juicio de comparación la necesaria contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la LPL pues, según dijimos allí, "en ambas se enjuicia la duración de contratos celebrados y resueltos una vez adoptada por la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de la Construcción de Vizcaya de 5 de octubre de 2007, publicada en el BOP de 7 de diciembre de 2007 , la decisión de modificar el artículo 12 del citado Convenio , quedando sustituido por el artículo 18, entre otros, del Convenio General de la Construcción. Mientras la sentencia recurrida considera esencial la nueva redacción y basa su decisión en que el centro de trabajo es determinante del puesto, la sentencia de contraste no tiene en cuenta dicha modificación".

SEGUNDO.- 1. El recurrente alega la infracción de los artículos 15.3º y 56 del Estatuto de los Trabajadores, artículo 12. B) del Convenio de la Construcción de Vizcaya (BOP, 9-6-2006), artículo 18 del Convenio General de la Construcción (años

2007- 2011), artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción dada por la Ley 43/2006 de 29 de Diciembre, y la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto de los Trabajadores , y censura con ello que la sentencia no haya totalizado los periodos trabajados para la misma empresa en virtud de contratos sucesivos en los que el elemento diferenciador era el centro de trabajo ya que, de esta forma, al no alcanzar ninguno de ellos una duración de 24 meses, sumados, tampoco exceden de dicho límite, en tanto que, a juicio del actor, no es elemento diferenciador el centro de trabajo, y por lo tanto deberán sumarse los periodos trabajados. El recurrente analiza la modificación introducida en el artículo 12 del Convenio Colectivo Provincial de Vizcaya por la Comisión Paritaria, así como el texto del artículo 18 del Convenio General de la Construcción que, a raíz de la modificación, resulta reproducido en el texto de ámbito provincial, para llegar a la conclusión de que la interpretación dada por la sentencia impugnada no puede ser acorde con lo pretendido con la voluntad negociadora, tanto al redactar el artículo 18 del Convenio General como al adaptar el texto provincial. Con ello quiere significar que la noción de distinto puesto de trabajo debería ser identificable con alguno distinto del anterior, que pueda el trabajador desempeñar dada su propia cualificación, dentro de los límites legales de la movilidad funcional regulada en el artículo 39.1 del Estatuto de los Trabajadores.

2. La cuestión que el recurso plantea ha sido recientemente resuelta por esta Sala en la precitada sentencia de 25 de mayo de 2011 (RCUD 1907/2010), en asunto prácticamente idéntico al presente, en el que, otro trabajador vinculado a las mismas empleadoras y actuando bajo la misma dirección letrada, invocaba exactamente las mismas infracciones e igual sentencia referencial.

3. Este recurso tampoco debe prosperar porque, dejando al margen los supuestos que contemplan los apartados 1.a), 2 y 3 del ET, ninguno de los cuales encaja con el caso analizado en los presentes autos (y tal delimitación está fuera de discusión desde el momento en que, como vimos, el objeto de este recurso de casación unificadora estriba, no en cualquiera de ellos, sino en la específica previsión del art. 15.5 de la norma estatutaria, que es sobre lo que discrepan las sentencias comparadas), la limitación temporal -y las consecuencias de su superación- que este precepto dispone, al menos en

la redacción que aquí resulta de aplicación -es decir, en la que le dio la Ley 43/2006 -, requiere que se trate de "el mismo puesto de trabajo con la misma empresa".

Y como se comprueba con relativa facilidad en la secuencia contractual que hemos resumido más arriba, el actor, en todas sus prestaciones laborales, y, desde luego, en las que tuvieron cobertura en los contratos de 1-3-2005 y 2-8-2006, pese a que en todos ellos -en estos y en los anteriores- desempeñara funciones propias de su cualificación como oficial de albañilería, nunca lo hizo en el mismo puesto de trabajo, aunque sólo sea porque siempre se trataba de diferentes obras de construcción ubicadas en distintos lugares. En nada afecta a esta conclusión -que nunca se trató del mismo puesto de trabajo- el hecho cierto de que en varias de tales obras, aunque no conste su alcance, se produjeron novaciones modificativas -nunca extintivas- de los cometidos profesionales del trabajador, porque las mismas, en todo caso, siempre tuvieron lugar dentro de la misma obra y bajo idéntica cobertura contractual.

Con tales circunstancias fácticas, pues, y a diferencia de lo que esta Sala ha entendido respecto a otras actividades y en supuestos muy diferentes a éste (SSTs, entre otras, de 19-7-2010, R. 3655/09 ; 9-12-2010, R. 321/10 ; 15-2-2011, R. 1804/10 ; 19- 4-2011, R. 2013/10 ; y 24-5-2011, R. 2524/10), parece evidente que aquí no nos encontramos ante "el mismo puesto de trabajo", que es el presupuesto del art. 15.5 ET , máxime cuando la regulación convencional específica, tanto la estatal del Convenio General de la Construcción (art. 18 : "El puesto de trabajo se define por las tareas y funciones que desempeñe el trabajador, por la categoría profesional y por el centro de trabajo, de manera que cualquier variación en alguno de los factores anteriores constituye un cambio de puesto de trabajo") como la del Convenio Provincial de Vizcaya que lo reproduce tras la redacción de su art. 12 por la Comisión Paritaria (Acta 2/2007) a la alude la propia sentencia impugnada y de la que ya nos hicimos eco en la nuestra de 25-5-2011 .

Todo ello, en fin, nos permiten mantener, como acertadamente hace la sentencia recurrida en relación con el único punto en el que hemos aceptado la existencia de contradicción, que "el relato fáctico transcrito nos descubre un trabajador que no ha prestado servicios en el mismo puesto de trabajo, por cuanto la contratación de Barakaldo del año 2005 resulta diferenciada de la habida en Erandio en el año 2006, con

lo que no se ha superado el límite temporal que introduce el artículo 15.5 del ET , en el mismo puesto de trabajo" .

Así pues, y con remisión a cuanto de más se dijo en nuestro repetido precedente (STS 25-5-2011), procede, visto el parecer contrario del Ministerio Fiscal, desestimar el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por Don José Daniel, contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2.010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación número 149/10, formalizado por FINAGA ,S.A. y ABAROA, S.A ., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Bilbao, de fecha 13 de octubre 2009 , recaída en los autos número 694/09, seguidos a instancia de Don José Daniel frente a FINAGA, S.A., ABAROA,S.A. y FOGASA, sobre DESPIDO. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Luis Fernando de Castro Fernández.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 2005/10, por discrepar -con el mayor respeto y consideración- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, por entender que se ha producido la infracción del art. 15.5 ET que el recurso denuncia y que por ello debiera haber prosperado, con revocación de la STSJ País Vasco 30/Marzo/2010 [Suplicación nº 149/10] y confirmación de la íntegra estimación de la demanda llevada a cabo por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Bilbao. Muy someramente paso a

argumentar las razones que -mantenidas como ponente en el proyecto de sentencia- justifican a mi entender solución diversa a la adoptada por la Sala, mostrando mi plena conformidad con el primer fundamento jurídico de la decisión mayoritaria -que doy por reproducido- y exponiendo el restante texto que -a mi juicio- debiera haber ofrecido nuestra decisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.-1.- El examen de la cuestión suscitada aconseja que con carácter previo se reproduzcan los preceptos en liza:

a).- Conforme al art. 12.B.2 del Convenio Colectivo Provincial -en plena coincidencia con el art. 18 del correlativo General de la Construcción-, el contrato fijo de obra «se concierta con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra»;

b).- Pero por excepción -art. 12.B.3 del mismo Convenio - «el personal fijo de obra sin perder dicha condición de fijo de obra, podrá presentar servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo en una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un período máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término»;

c).- Por su parte -art. 12.a.1 - dispone que «el contrato fijo de plantilla es el que conciertan empresario y trabajador para la prestación laboral de éste en la empresa por tiempo indefinido. Esta será la modalidad normal de contratación a realizar por empresarios y trabajadores en todos los centros de trabajo de carácter permanente»;

d).- De acuerdo con el art. 15.5 ET -Ley 43/2006, de 29 /Diciembre- «los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo [«o diferente», conforme a la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 /Septiembre] puesto de trabajo con la misma empresa [«o grupo de empresas», de acuerdo con la citada Ley 35/2010], mediante dos o más contratos temporales ... adquirirán la condición de trabajadores fijos. Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y las

características del puesto de trabajo, le negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo»; y

e).- Y -finalmente- el párrafo introductorio del art. 12 del Convenio Provincial aplicable dispone que «El ingreso al trabajo... será para un puesto de trabajo concreto. Este viene determinado por las tareas o funciones que desempeñe el trabajador, la categoría profesional que le corresponda dentro de la clasificación vigente y por el centro de trabajo donde se desempeñe la actividad, de manera que cualquier modificación en alguno de los factores anteriores constituye un cambio de puesto de trabajo».

2.- A destacar también que en la Exposición de Motivos -II- de la Ley 43/2006 se indica que «En materia de contratación temporal, siendo objetivo prioritario la necesidad de reducir la temporalidad, se incluyen... límites temporales para los sucesivos contratos de este carácter que puede suscribir una empresa con un trabajador». Y que en el Preámbulo -II- de la Ley 35/2010 [17 /Septiembre] se dice que su propósito es -entre otros- «restringir el uso injustificado de las modalidades temporales de contratación» y que a tal finalidad «se introducen algunos ajustes en la regla instaurada en 2006 para evitar el encadenamiento sucesivo de contratos temporales, a fin de hacerla más eficiente».

TERCERO.-1.- De las precedentes concreciones normativas pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a).- La contratación temporal sucesiva en los términos previstos en el art. 15.5 ET convierte al trabajador en fijo de plantilla, lo que es consecuencia de una norma que no persigue la contratación fraudulenta [ha de tratarse de contratos lícitos, pues a los ilícitos se refiere el art. 15.3 ET], sino que pretende eliminar la precariedad en el trabajo, que es el objetivo declarado en la Exposición de Motivos [literalmente, «reducir la temporalidad»] y que como tal ha de ser entendido como decisivo principio interpretativo de las dudas que en la aplicación de la Ley se susciten.

b).- La habilitación concedida a la negociación colectiva por el legislador -en tal precepto- no es para excepcionar o limitar la aplicación de la citada norma, sino muy

contrariamente para adoptar las previsiones -ajustadas al sector y al «puesto de trabajo»- que sean necesarias en orden a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal;

c).- En todo caso es inargumentable que la normativa estatutaria no estaba vigente a la fecha en que el Convenio Colectivo fue suscrito [lo fue con anterioridad a la calendada Ley 43/2006], pues tal circunstancia no excluye la posible nulidad sobrevinida de las previsiones colectivamente pactadas, siendo así -con carácter general- que el derecho constitucional a la negociación colectiva únicamente puede ser ejercitado con «respeto a las leyes» y observando sus disposiciones de derecho necesario, como claramente se infiere del art. 85.1 ET (SSTS SG 17/12/01 -rco 66/01 -; SG 17/12/01 -rco 68/01 -; ... 23/04/09 -rco 44/07 -; 14/06/10 -rcud 361/09 -; y 19/01/11 -rco 85/10 -); y -más específicamente- teniendo en cuenta que el Convenio es instrumento inhábil para alterar los términos legales de la contratación para obra o servicio determinado (SSTS 26/10/99 -rcud 818/99 -; y 04/10/07 -rcud 1505/06 -), de forma que las previsiones del Convenio que se opongan a un posterior mandato legal de derecho necesario no pueden disciplinar las relaciones laborales desde la fecha de entrada en vigor de la respectiva ley, y aunque esta circunstancia pueda alterar el «equilibrio interno del convenio», tal ruptura no puede suponer la inaplicación de la normativa legal (STC 210/1990, de 20/Diciembre , FJ 3).

2.- Sentado ello, la fundamental duda que el precepto plantea -en la redacción precedente a la Ley 35/2010 - es la relativa a qué ha de entenderse por «puesto de trabajo», concepto que el art. 15.5 ET no define, pero que el art. 12 del Convenio Colectivo de que tratamos describe en función -entre otros factores- de la obra concreta en que se prestan servicios. Concepto de «puesto de trabajo» que no se ajusta a los mandatos del art. 15.5 ET , máxime cuando a la par se admite -en la disposición colectiva- la variación de específica obra sin que la contratación pierda la cualidad de serlo para obra determinada, con lo que se extralimita la misión encomendada a la negociación colectiva por el citado precepto estatutario y se contraría claramente la citada finalidad de la Ley 43/2006 , hasta el punto de consentir -conforme a sus previsiones y al planteamiento de la sentencia recurrida- una situación de temporalidad que persistiría sin solución de continuidad durante los doce años del supuesto de autos,

lo que en la práctica equivaldría a inaplicar -que no matizar- en el sector de la construcción toda la normativa legal de que tratamos.

CUARTO.-1.- Tal como se ha adelantado, el art. 15.5 ET no define qué entiende por «puesto de trabajo», pero hay razones para considerar que el concepto únicamente puede determinarse -casuísticamente- utilizando aspectos funcionales y locativos, que han de obtenerse combinando el poder de dirección [art. 20 ET], la movilidad funcional [art. 39 ET] y la modificación sustancial de condiciones [art.- 41 ET]. Y en apoyo de esta afirmación puede aducirse:

a).- Que el Estatuto de los Trabajadores no ofrece un concepto unívoco del «puesto de trabajo», pues en su polivalente utilización -no necesariamente antitética- atiende unas veces al criterio funcional [arts. 5.a), 19.4, 39 y 52 .c)], en otras al locativo [arts. 6.2 y 34.5] y al geográfico en algunas más [arts. 40.3, 46 y 52 .b)], sin que falten referencias difusas de difícil encuadramiento [art. 22.5];

b).- Que se presenta decisivo argumento que la norma básica en materia de cambio de «puesto de trabajo» -el citado art. 39 ET - se estructure en torno al elemento funcional y deje en segundo plano al locativo;

c).- Que el art. 15.5 ET se refiera al «mismo puesto de trabajo con la misma empresa», pues si para el legislador el concepto hubiese tenido exclusiva significación geográfica [identificar el puesto con el centro de trabajo, que es lo que hace la norma sectorial], la referencia a la «misma empresa» sería del todo redundante [serían dos referencias locativas seguidas], en tanto que cobra sentido la utilización del sintagma -misma empresa- si la expresión «puesto de trabajo» se desliga de su ubicación geográfica y se atiende a la igualdad de funciones, pues con ello vendría a significarse que la diversidad de centro de trabajo, pero con igual función, no es óbice para la aplicación del mandato legal, por tratarse justamente- de «la misma empresa»; y

d).- No deja de ser significativo que la reforma operada por la Ley 35/2010 introduzca como «ajustes» -término empleado en Preámbulo- para hacer «más eficiente» la Ley 43/2006 [la aplicable al caso sometido a debate], los consistentes en ampliar la contratación encadenada prohibida no sólo al mismo sino a «diferente puesto de trabajo» y tanto a la misma empresa como a un «grupo de empresas», con lo que

claramente se apunta a que el criterio del legislador fue siempre -también en la Ley 43/2006 - el opuesto al que manifiesta la regulación del «puesto de trabajo» que hace el art. 12 del Convenio de que tratamos. Y no hay que olvidar que las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, cumplen una evidente función orientadora, pudiendo «influir» el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior (entre las últimas, SSTS 09/12/09 -rcud 339/09 -; 25/05/10 -rcud 3077/09 -; y 25/01/11 -rcud 1219/10 -).

2.- La aplicación de tales conclusiones nos lleva a estimar el recurso formulado, por cuanto que -con independencia de las múltiples contrataciones para obra determinada suscritas desde 07/05/97 y sin solución de continuidad entre ellas- el actor prestó servicios para las demandadas como Oficial 1ª Encofrador en los periodos 01/03/05 a 28/06/06 [en Barakaldo y con «varias modificaciones en su objeto] y 02/08/06 a 02/03/09 [en Erandio]. Con lo que nos hallamos ante una prestación de servicios en régimen de temporalidad, con dos contratos y para el mismo puesto de trabajo -en la interpretación que hemos dado al concepto- por más de 24 meses en un periodo de 30 meses, por lo que nos hallamos ante el supuesto que específicamente contempla el art. 15.5 ET y al que anuda la adquisición de la cualidad de trabajador fijo, de forma que la comunicación de su cese por fin de obra comporta el despido improcedente que ha sido declarado por el Juzgado de lo Social y de cuyo pronunciamiento ha discrepado la sentencia recurrida. Y huelga tratar -en el caso, sería justificar- los temas relativos al cómputo del contrato ya en ejecución a la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/2006 [SSTS 19/07/10 -rcud 3655/09 -; 09/12/10 -rcud 321/10 -; y 15/02/11 -rcud 1804/10 -], a la antigüedad computable a efectos indemnizatorios [recientemente, SSTS 17/01/08 -rcud 1176/07 -; 18/02/09 -rcud 3256/07 -; y 19/02/09 -rcud 2973/07 -] y a la ineficacia rupturista de los recibos de finiquito [próximas en el tiempo, SSTS 18/02/09 -rcud 3256/07 -; 02/11/09 -rcud 3524/08 -; y 17/03/11 -rcud 2732/10 -], que ni han sido objeto de debate en trámite de suplicación ni en el presente de casación.

QUINTO.-Las precedentes consideraciones llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho era la mantenida por la sentencia de contraste

y que -en consecuencia- la recurrida debería ser casada y anulada con los correspondientes pronunciamientos. Con imposición de costas en el trámite de Suplicación [art. 233.1 LPL].

Madrid, a 15 de junio de 2011.

PUBLICACIÓN.-En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE DICIEMBRE DE 2010

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Don Ángel Martín Aguado, Letrado de la "Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras" (FECOHT-CC.OO.), formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre proceso de conflicto colectivo, 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 la nulidad del Acuerdo impugnado por su carácter ilegal y contrario a derecho. Que con carácter subsidiario se declare la nulidad de los siguientes contenidos materiales del Acuerdo: - Horarios ampliados de referencia recogidos en los modelos relacionados en al apartado 7.2 del Acuerdo bajo el Título 'Contenido de los Modelos'. - Descansos diarios recogidos en los modelos relacionados en el apartado 7.2 del Acuerdo bajo el Título 'Contenido de los Modelos'. - Párrafos 1º, 2º, 4º y 5º del apartado 3 'ámbito personal' del acuerdo. -Ordinal 2º de la Disposición Final Tercera, párrafos primero y segundo". En el mismo escrito también se solicitó la acumulación de autos por haber tenido conocimiento esa parte que se había presentado demanda por la "Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores".

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda de conflicto 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 25 de noviembre de 2009 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: " Que desestimando las excepciones de falta de agotamiento de las vías previas y de acumulación indebida, propuestas por El Corte Inglés S.A., desestimamos la demanda de impugnación de convenio, interpuesta por CCOO y UGT y absolvemos a El Corte Inglés S.A., Comité Intercentros, FASGA y FETICO de los pedimentos de la demanda".

CUARTO.-En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " Primero.- El Corte Ingles SA rige sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, publicado en el BOE de 5-10-2009. El art. 32 del convenio antes dicho, que regula la distribución de jornada, dice lo que sigue: 'Artículo 32. Distribución de la jornada 1. Durante el primer trimestre del año natural, las empresas facilitarán a los representantes legales de los trabajadores los cuadros horarios laborales generales y, en caso de cambio sobre el año anterior, la adscripción de los trabajadores a los cuadros horarios, a fin de que, con periodicidad anual, los trabajadores conozcan el momento en que deben prestar el trabajo. La distribución de la jornada podrá tener en cuenta la mayor intensidad en la actividad comercial en determinados días de la semana y momentos del año. En las contrataciones que se realicen a lo largo del año, deberá constar el horario en el que el trabajador prestará sus servicios. En aquellas Comunidades Autónomas donde el calendario de festivos de apertura comercial autorizada se retrase más allá de la primera quincena del mes de marzo, las empresas cumplirán el presente compromiso en el plazo de quince días desde el siguiente a la publicación del calendario en el periódico oficial. 2. Si la empresa, en la planificación anual, introduce cambios en los cuadros horarios, las modificaciones en los turnos horarios en el calendario anual no podrán suponer variaciones en la jornada diaria ordinaria superiores a una hora sobre la que regularmente venga efectuando cada trabajador con respecto a la del año anterior y sin que esta facultad pueda ser utilizada para transformar una jornada de mañana en una de tarde o viceversa, o de continuada a partida. Cualquier variación que exceda de lo previsto en el párrafo anterior deberá sujetarse a lo dispuesto en la normativa laboral general vigente en cada momento. 3. La

distribución y ejecución de la jornada anual, salvo pacto en contrario o lo previsto en el final del párrafo del punto 1 anterior, tendrá lugar entre el 1 de marzo y el último día de febrero del año siguiente. 4. La verificación y control de la ejecución de la jornada se efectuará, con carácter individual y anualmente. 5. Los tiempos de exceso que se produzcan sobre el cuadro horario del apartado 1 anterior son de prestación voluntaria, salvo causa legal, y, en consecuencia, tienen una de las notas características de las horas extraordinarias, la voluntariedad, pero sin que puedan calificarse como tales si se compensan debidamente con descanso conforme a lo previsto en el art. 34 del presente Convenio colectivo. A fin de facilitar la actualización de tales descansos compensatorios, e independientemente de la verificación y liquidación anual, con carácter cuatrimestral, las empresas procederán a la liquidación de los tiempos de exceso que se hayan podido producir sobre el horario del art 32.1 mediante su compensación con igual tiempo de descanso, salvo acuerdo para su acumulación y disfrute en días completos. 6. Los excesos en el tiempo de prestación efectiva de trabajo sobre la jornada planificada, se compensarán mediante descanso en el importe de una hora de descanso por cada hora que exceda la jornada efectiva de la jornada planificada, a fijar de mutuo acuerdo entre el trabajador afectado y la Dirección de la Empresa, dentro de los tres meses desde la finalización del cómputo, procurando ambas partes que no coincidan tales descansos con los períodos punta de producción. Las empresas entregarán al comité de centro la relación nominal de las horas de exceso. 7. Cuando por cualquier causa superara la jornada máxima en cómputo anual, la suma de las horas trabajadas efectivamente y aquéllas en las que la obligación de trabajar estuvo legalmente suspendida, manteniendo el derecho a retribución de la Empresa, bien a su cargo, o en pago delegado, las horas de exceso que resultaren, transcurrido el período antes referido, se compensarán al trabajador en proporción al tiempo efectivamente trabajado, como horas ordinarias o en tiempo libre equivalente. 8. Los trabajadores encuadrados en el Grupo de mandos podrán flexibilizar su horario de forma que, respetando el máximo establecido en el artículo anterior, puedan modificar sus tiempos de trabajo y descanso atendiendo a los ciclos y necesidades específicos del puesto o coordinándolos con otros trabajadores de su misma responsabilidad en el área o división, siempre que quede garantizada una correcta atención a los objetivos del puesto. 9. La interrupción en jornadas partidas, salvo pacto entre las partes, será al

menos de dos horas, y, en todo caso como máximo de cuatro horas. El descanso durante las jornadas continuadas no podrá ser inferior a quince minutos ni superior a una hora.

10. Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido. De conformidad con el art. 6 del Real Decreto 1561 /1995 el descanso del medio día semanal podrá acumularse en períodos de hasta cuatro semanas o separarse del día completo para su disfrute en otro día de la semana, y el día completo de descanso semanal podrá acumularse dentro de un ciclo no superior a catorce días. En todo caso, a lo más tardar, la planificación anual de jornada del año 2010, se efectuará de manera que el descanso semanal no se solape con el descanso entre jornadas, computándose ambos de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo que, calculado sobre la base de un descanso entre jornadas de doce horas, resulta de la siguiente manera en los casos que se indican: Si se trata de un día completo, o de dos medios días acumulados, entre el final de la jornada y el principio de la siguiente deberá mediar un mínimo de 36 horas. Si se trata de un día y medio, entre el final de la jornada y el principio de la siguiente deberá mediar un mínimo de 48 horas. Si se trata de un día completo y dos medios días acumulados, entre el final de la jornada y el principio de la siguiente deberá mediar un mínimo de 60 horas. A título orientativo se recogen los siguientes sistemas de disfrute del descanso semanal que podrían utilizarse bien en exclusiva o entremezclados entre sí, o con cualquier otro que cumpla lo previsto en los párrafos anteriores para trabajadores que prestan habitualmente su trabajo durante seis días a la semana: En el régimen de trabajo a turnos de mañana, tarde, o de mañana y tarde el medio día de descanso podrá separarse para acumularse cada dos, tres o cuatro semanas, unirse o separarse del día completo para su disfrute en otro día de la semana o en otro momento dentro de un ciclo no superior a las cuatro semanas. En este caso el sistema deberá garantizar, además del descanso de un día completo a la semana, el descanso de otro día completo por acumulación de medios días en períodos de cuatro semanas, y el respeto, en el establecimiento de los cuadros horarios, del descanso entre jornadas de conformidad con la legislación vigente al respecto. Aquellas empresas que tengan establecido un sistema distinto de disfrute del descanso semanal en el que se haya tenido en cuenta tanto el descanso semanal como el respeto al descanso entre jornadas de conformidad con la interpretación dada por pronunciamiento judicial, lo podrán mantener en sus propios términos. La distribución

de la jornada y el descanso se efectuará garantizando a cada trabajador en el calendario anual el disfrute, al menos, de 5 fines de semana que comprendan el sábado y el domingo, sin que computen como tales los correspondientes a vacaciones. Los trabajadores con cinco días de trabajo de promedio a la semana que lo tuvieran mantendrán su sistema de disfrute del descanso semanal, bien en un día fijo a la semana o bien en turnos rotativos. 11. La jornada correspondiente a los trabajadores a tiempo parcial que no exceda de 4 horas, se realizará de forma continuada. Por acuerdo con la representación de los trabajadores en el ámbito de la empresa podrá excepcionarse a los trabajadores, a tiempo parcial que presten su servicio en las líneas de caja de la adscripción a los cuadros horarios anuales a que se refiere el punto 1 de este artículo, si bien en todo caso deberán conocer los horarios mensuales al menos con diez días naturales de antelación al inicio del mes. El presente sistema no afectará a aquellos trabajadores que ya tuvieran establecido un turno fijo regular de trabajo en la parte ya fijada. 12. La jornada laboral en los centros comerciales se entiende con carácter general de lunes a domingo inclusive. Cuando la empresa organice el trabajo en domingos o festivos la distribución de la jornada prevista en el número 1 de este artículo, deberá realizarse a lo largo de toda la semana mediante un sistema de turnos de trabajo y descansos, conforme a las siguientes reglas: Se excluyen del sistema y, en consecuencia, de los importes que lo retribuyen, aquellos trabajadores que no trabajan más de tres días de la semana de manera regular o en promedio anual, siendo uno de ellos los domingos o festivos, toda vez que en su contratación resulta condición básica la prestación de trabajo en domingos y festivos. El sistema de turnos garantizará que el trabajador, cada ocho semanas, sólo trabaje un máximo de seis domingos. En tal caso a uno de los domingos de descanso se le acumulará como mínimo el sábado anterior y al otro el lunes posterior. Cada trabajador sujeto a este sistema tendrá derecho a no trabajar más del 70% de los domingos o festivos de apertura comercial autorizada anualmente, salvo que el número resultante sea inferior a seis al año. Si resultare fracción en el porcentaje se redondearán los decimales al alza al entero. 13. El sistema de turnos previsto en el apartado 12 anterior tendrá una retribución funcional anual de 186 euros. El pago se efectuará, salvo pacto en contrario, prorrateado en doce mensualidades iguales. En el caso de que aumentara el número de domingos o festivos efectivamente trabajados por trabajador por encima de seis anuales, los trabajadores afectos a este sistema percibirán

36 euros adicionales por domingo o festivo trabajado que exceda de seis anuales, y 40 euros por cada domingo que exceda de trece anuales. Los trabajadores sin jornada planificada desde principio de año, conforme a lo previsto en el punto 3 anterior, y que trabajen regularmente más de tres días de promedio a la semana con el sistema aquí previsto, percibirán 31 euros por cada uno de los seis primeros domingos del año trabajados. Si trabajaran en el año calendario por encima de seis en la misma empresa, percibirán las cifras previstas en el párrafo anterior por domingo o festivo efectivamente trabajado que exceda de seis anuales. Las cantidades remuneran la modalidad de prestación de trabajo por tiempo igual o superior a seis horas. Las jornadas inferiores las percibirán en su parte proporcional a seis horas. El señalamiento de los domingos/festivos a trabajar por cada trabajador se efectuará con el calendario anual. En los casos en los que, por no estar previsto, conforme al número 1 anterior, desde principio de año la apertura del domingo/festivo por falta de conocimiento de su posibilidad, no fuera posible su programación con tal antelación, se comunicará al trabajador con la mayor antelación posible y se acumulará en este caso de manera necesaria el descanso compensatorio a vacaciones o descanso semanal dentro de las tres siguientes semanas siempre a elección del trabajador. El régimen aquí establecido será de aplicación a los centros con actividad comercial, con excepción de aquellos trabajadores cuya prestación en día festivo sea independiente de la actividad comercial o se realice con carácter especial en régimen de guardias. En estos casos y en el resto de centros se mantendrán los regímenes existentes. Aquellos trabajadores contratados con anterioridad al año 2001 que no tuvieran prevista en contrato o pacto posterior la obligación de trabajo en domingo mantendrán tal derecho como condición personal más beneficiosa'. Segundo.- EITS dictó sentencia el 25-09-2008 (RJ 2009, 111), en cuyo fallo dijo lo siguiente: 'Desestima el TS el rec. de casación interpuesto por el centro comercial demandado contra sentencia que declaró el derecho de los trabajadores que prestan servicios durante seis días a la semana a que el descanso semanal no se solape con el diario. Considera la Sala que la empresa pretende omitir el descanso del medio día adicional al del día entero, mediante el artificio de hacer el cómputo por horas del día y medio día de descanso semanales, de modo que, descansando la noche del sábado y el domingo, habría que entrar a trabajar en la mañana del lunes, pero no es éste el mandato legal que exige el cumplimiento de un día y medio día más de descanso

semanal, y que ese medio día haya de detraerse de lo que constituye la jornada ordinaria'. Tercero.- En la Disposición Transitoria del Convenio de Grandes Almacenes, que regula el régimen para la aplicación del nuevo sistema de cómputo del descanso derivado de las sentencias del Tribunal Supremo se dijo lo siguiente: 'Para la aplicación del nuevo sistema de cómputo del descanso, y para poder cumplir con lo previsto en el presente convenio y en los criterios emanados de las sentencias del Tribunal Supremo es necesaria una redistribución ordenada de la jornada anual, por lo que, por una sola vez, para llevarla a cabo sin pérdida de jornada anual y de la debida atención al cliente, las empresas, teniendo en cuenta los períodos del año y/o días de la semana donde se produce una mayor actividad, habrán de acometer los cambios necesarios en los cuadros horarios de los trabajadores afectados, conforme la tramitación prevista en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores , en el caso de que los cambios excedieran de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 2 del art. 32 de este Convenio . En orden a esta tramitación, será competencia del Comité Intercentros el conocimiento tratamiento, negociación y aprobación en su caso de los criterios generales para el establecimiento de las modificaciones necesarias para el cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo a nivel de empresa. La concreción práctica de los criterios generales tras el proceso de consultas con el comité Intercentros y el alcance de tales modificaciones a nivel de centro serán objeto de informe y consulta con la representación legal de los trabajadores en el mismo, previamente a su aplicación. Los cambios producidos en los horarios de trabajo en base a la aplicación de los criterios de la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cómputo de descansos serán comunicados con treinta días de antelación a los trabajadores afectados. En todo caso se establece al efecto de facilitar y homogeneizar dicho procedimiento: a) que, por el necesario respeto al criterio establecido por el Tribunal Supremo y al sistema de cómputo pactado concurre probada razón organizativa para ello; b) que estas modificaciones contribuyen a mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores del sector y a mejorar la situación de las empresas a través de una más adecuada organización de sus recursos; y c) que las empresas respetarán los siguientes límites para estas modificaciones que se realicen por vía del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, dando con ello cumplimiento a la atenuación de las consecuencias para los trabajadores afectados a que se refiere párrafo 4 del citado art. 41 del Estatuto de los Trabajadores : Esta modificación

no podrá suponer la transformación de jornadas continuadas en jornadas partidas. Por motivo de esta modificación no se podrá alcanzar la jornada máxima diaria más días al año de los que resulte de multiplicar por 3 el número de jornadas anuales en las que se vea reducida la prestación de trabajo del trabajador con motivo de la aplicación del nuevo sistema de cómputo del descanso. Por motivo de esta modificación tampoco se podrá alcanzar la jornada máxima diaria o bien más de tres días a la semana, o bien más de 12 días al mes. La distribución de la jornada establecida en esta transitoria y los nuevos criterios de distribución de la jornada no afectarán a los trabajadores con jornadas reducidas por maternidad, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente y/o por cuidado de familiar, salvo pacto expreso entre la Empresa y el trabajador o salvo cuando así venga exigido por la Autoridad laboral o judicial. Cuando el trabajador se reincorpore a la anterior jornada le será de aplicación lo dispuesto en esta transitoria. Dados los plazos previstos en el presente Convenio para la confección de los calendarios anuales y de la necesidad de los preceptivos preavisos, los calendarios efectuados y comunicados conforme al anterior sistema se podrán mantener hasta tanto sean sustituidos por los nuevos, lo que deberá efectuarse en todo caso con motivo de la planificación de jornada correspondiente a 2010'.

Cuarto. - Al concluir el tercer trimestre de 2009 la economía española ha decrecido un 4% en términos interanuales y el consumo familiar, constituido en motor del crecimiento excepcional del período 2000-2007, decayó interanualmente en - 5, 9% en 2008-2009. El comercio al por menor decayó un 7, 8% en mayo pasado; 3, 0% en junio; 4, 6% en julio; 4, 0% en agosto y 3, 4% en septiembre. - Las Grandes Superficies decrecieron en dicho período - 3, 3%.

Quinto.- El período de mayor actividad comercial diaria se produce de 11, 30 a 14, 30 y de 17, 30 a 21, 30. - El 33% de las compras de la semana se realizan en viernes y sábados en nuestro país, siendo más elevadas las compras realizadas en sábados. - Los meses, en los que se desarrolla una mayor actividad comercial a lo largo del año son julio, diciembre y enero. En la empresa demandada se han producido solapamientos y excesos de jornadas, producidos por una deficiente planificación de la distribución de jornada y una ineficiente relación entre plantilla presente y los períodos de máxima actividad relacionados anteriormente. EL Corte Ingles SA ha disminuido sensiblemente su cifra de negocio en el período 2008/2009. En el año 2008 y en los primeros meses de 2009 la empresa demandada ha introducido una marca blanca, denominada "Aliada", así

como múltiples medidas de contención de gasto, que se han proyectado esencialmente en la contención de contrataciones de refuerzo. Sexto. - En el Comité Intercentros del Corte Ingles SA la representación de Fasga y la de Fetico, conjuntamente, es mayoritaria. Séptimo.- El Corte Ingles SA convocó al Comité Intercentros con la finalidad de debatir sobre la aplicación de la Disposición Transitoria del Convenio de Grandes Almacenes, reproducida más arriba. No obstante, al comenzar la reunión, la empresa manifestó a los representantes de los trabajadores su intención de producir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, fundada en causas económicas y organizativas, que afectaba a los turnos y horarios del personal adscrito a sus establecimientos comerciales. - La empresa realizó una extensa exposición de sus razones, que se reflejan en el Acta y se tienen por reproducidas, aportando los documentos siguientes: 'Anexo 1.- Memoria del ejercicio 2008/2009 del Grupo El Corte Inglés SA. -Anexo 2.- Evolución de la afluencia de público a los centros comerciales de El Corte Ingles SA en el periodo comprendido entre marzo de 2009 y agosto del 2009 en comparación con el del 2008 en el mismo periodo de referencia. -Anexo 3.- Índice de afluencia de público por horas a los centros comerciales de El Corte Ingles SA en el periodo comprendido entre marzo de 2009 y agosto del 2009 en comparación con el del 2008 en el mismo periodo de referencia. -Anexo 4.- Operaciones y plantilla (tomada en base 100) de los centros comerciales de El Corte Ingles SA en el periodo comprendido entre marzo de 2008 y febrero de 2009. -Anexo 5.- Operaciones Medias por vendedor en los centros comerciales de El Corte Ingles SA en el periodo comprendido entre marzo de 2008 y febrero de 2009. -Anexo 6.- Operaciones medias por vendedor de los centros comerciales de El Corte Ingles SA analizadas por día de la semana en el periodo comprendido entre marzo de 2008 y febrero de 2009. -Anexo 7.- Operaciones medias en los centros comerciales urbanos del El Corte Ingles SA en el periodo comprendido entre marzo de 2008 y febrero de 2009. - Operaciones medias en los centros comerciales periféricos del El Corte Ingles SA en el periodo comprendido entre marzo de 2008 y febrero de 2009. - Operaciones medias en los centros comerciales urbanos del El Corte Ingles SA por días de la semana en el periodo comprendido entre marzo de 2008 y febrero de 2009. - Operaciones medias en los centros comerciales periféricos de El Corte Ingles SA por días de la semana en el periodo comprendido entre marzo de 2008 y febrero de 2009. - Anexo 8.- Planificación actual de turnos horarios existentes en los

centros comerciales de El Corte Ingles SA. - Anexo 9.- Cobertura por intervalo horario de plantilla y operaciones de venta de Lunes a Viernes y Sábados en los centros comerciales de El Corte Ingles SA. Se produjeron nuevas reunión sobre la materia entre empresa y el comité, levantándose las correspondientes Actas, cuyo contenido se tiene por reproducido. - El 23-09-2009 se alcanzó un acuerdo definitivo, que se suscribió exclusivamente por los representantes de FASGA y FETICO en el comité intercentros y que se tiene por reproducido. Octavo.- Los trabajadores de la empresa demandada continúan realizando el número de horas, pactado en el convenio aplicable, en cómputo anual, sin que se haya producido incremento alguno al desplegarse el acuerdo impugnado. Se ha incrementado, no obstante, la jornada ordinaria diaria, realizada el año anterior, en más de una hora diaria en determinados cuadros horarios (8 nuevos cuadros horarios), de conformidad con lo pactado, pero sin superar nunca el número máximo de 9 horas diarias de trabajo efectivo. Los trabajadores, a los que se ha fijado una jornada máxima de 9 horas diarias, no superan nunca más del número de jornadas anuales, en las que se ve reducida su prestación de trabajo con causa en la aplicación del nuevo sistema de descansos multiplicado por tres. El acuerdo de 24-09-2009 no ha supuesto que algún trabajador con jornada continua haya pasado a realizar jornada partida, entendiéndose como tales aquellas jornadas en las que la interrupción sea al menos de dos horas, tal y como define el propio Convenio Colectivo. Los trabajadores, que realizaban jornadas continuas de menos de seis horas, venían disfrutando de 15 minutos de descanso, habiéndose suprimido dicho descanso a iniciativa de los representantes de los trabajadores, con la finalidad de asegurar una menor presencia en la empresa, sin que dicha supresión haya supuesto un aumento de la jornada anual de tiempo de trabajo efectivo. Los trabajadores, encuadrados en el grupo de mandos, han continuado trabajando con sus condiciones anteriores, sin que se les haya aplicado el acuerdo impugnado, al igual que a los trabajadores, que prestan servicios en centros abiertos todos los días del año. Desde la aplicación del Acuerdo se ha equilibrado la curva entre tiempo de presencia y tiempo de mayor actividad, reduciéndose solapamientos y excesos improductivos de jornada. Los trabajadores, que han querido modificar su horario, han llegado a acuerdos individuales con la empresa, quien autorizó los cambios cuando eran compatibles con el funcionamiento del servicio. Se han cumplido las previsiones legales".

QUINTO.-Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación por el Letrado Don Ángel Martín Aguado, en nombre y representación de la "Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras" (FECOHT-CC.OO.), al que se adhirió la "Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores", representada y defendida por el Letrado Don Javier Jiménez de Eugenio y recibidos y admitidos los autos en esta Sala se personaron como recurridos la "Empresa El Corte Inglés, S.A.", representada por el Procurador Don César Berlanga Torres, la "Federación de Asociaciones Sindicales" (FASGA), representada y defendida por el Letrado Don Justo Caballero Ramos y la "Federación de Trabajadores Independientes de Comercio" (FETICO), representada por el Letrado Don Enrique Pascual García, formalizándose el correspondiente recurso mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2010, autorizándolo y basándose en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) relativo a la " infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", alega que la sentencia de instancia incurre en infracción de lo dispuesto en los arts. 3 y 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 32.9 del Convenio colectivo de Grandes Almacenes (CcGRALM) en relación con el art. 37 de la Constitución (CE). Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 205.e) de la LPL por infracción de lo dispuesto en el art. 32.6 y de la Disposición Transitoria del Convenio de Grandes Almacenes (CcGRALM), en relación con los arts. 3, 41, 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 37 de la Constitución Española (CE). Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 205.e) de la LPL por infracción de lo dispuesto en los arts. 4, 17, 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con lo dispuesto en el art. 14 y 37 de la Constitución (CE).

SEXTO.-Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 21 de diciembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Los Sindicatos CC.OO. y UGT presentaron sendas demandas, que fueron acumuladas, frente a la empresa " El Cortes Inglés, S.A.", los Sindicatos FASGA y FETICO y el Ministerio Fiscal, instando, con carácter principal, la nulidad del Acuerdo suscrito entre la empresa y el Comité Intercentros en fecha 24-septiembre-2009, denominado " Acuerdo de modificación de los turnos y horarios laborales existentes en los centros comerciales de la empresa El Corte Inglés, S.A."; y, subsidiariamente, la nulidad de determinados extremos del mismo, que se detallan en los antecedentes de la presente resolución.

2.-La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia (SAN 25-noviembre-2009 -autos nº 220/2009 y 222/2009 acumulados) desestimando íntegramente las demandas, interponiendo contra la misma recurso de casación ordinario la parte demandante, al que se opusieron tanto la parte empresarial como los Sindicatos codemandados; y siendo el informe del Ministerio Fiscal favorable a la declaración de improcedencia del recurso.

SEGUNDO.- 1.-La empresa demandada se opone, con carácter previo, a que se tenga por formalizado el recurso por parte de UGT, que se adhirió al recurso presentado por CC.OO., por entender que no es posible en el proceso laboral la fórmula de adhesión al recurso presentado por otra parte.

2.-Es doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en la STS/IV 13-abril-1998 (rco 2985/1997), que no se puede a través de la figura de adhesión al recurso articular un recurso de casación con motivos propios y distintos a los de la parte que recurrió en tiempo y forma, destacando que, en el caso enjuiciado, " esta codemandada no recurrió, en tiempo y forma, la sentencia de instancia y, por ello, no es dable que la intervención de la misma en el recurso de casación se configure con entidad propia e independiente, puesto que no puede una vez transcurrido el plazo preclusivo para recurrir aprovechar la oportunidad del recurso interpuesto adecuadamente por otra parte para efectuar el suyo propio, tanto más cuanto los pronunciamientos de la sentencia impugnada independientes de los oportunamente recurridos habrían devenido firmes (arg.ex art. 240 LPL) y no sería competente el tribunal que conociera del recurso para revisar tales

extremos, que, además, resultarían inmodificables por la mera aplicación de la prohibición de la *Žreformatio in peiusŽ* (en esta línea STS/IV 24-VI-1997 -recurso 2620/1996)", así como que " Cuestión distinta, no prohibida legalmente ... sería la de que, en vez de oponerse a que prospere el recurso interpuesto por la otra parte, pueda adherirse al mismo asumiendo sus motivos y argumentaciones o incluso hasta completar las argumentaciones jurídicas de aquel con la finalidad de que el recurso de la contraparte prospere, pero lo que no puede es articular un recurso con motivos propios y distintos a los de la única parte que recurrió en tiempo y forma". Siendo, por otra parte, esta doctrina concordante con la contenida en la STS/IV 22-diciembre-2000 (rcud 4069/1999), pues en dicho caso se inadmite también la adhesión a un recurso de casación unificadora pretendida por una de las empresas condenadas que no preparó el recurso de casación y que en trámite de impugnación del recurso se adhirió a determinados extremos al recurso de otra empresa condenada, interpuesto en tiempo y forma, solicitando su absolución, en base a los mismos argumentos de la recurrente para pedir la suya, y subsidiariamente que se confirmara la sentencia de instancia, argumentándose por la Sala para su rechazo, entre otros, que " estando sometida ... la interposición del recurso, al cumplimiento de una serie de requisitos de previstos en el art. 222 y 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , que siempre faltaría en una adhesión al recurso planteado en trámite de impugnación del recurso".

3.-En aplicación de la doctrina expuesta, la referida excepción opuesta exclusivamente por la empresa en su impugnación debe ser desestimada, pues por parte de UGT se han cumplido todos los requisitos formales para recurrir y, únicamente, al presentar en tiempo oportuno el escrito de formalización de recurso manifiesta conocer el contenido del escrito de recurso presentado por CC.OO. y que se le tenga por formalizado su recurso con los motivos sostenidos por la referida parte recurrente, en vez de reproducir literal e íntegramente el contenido del escrito de formalización presentado por la otra parte con la comparte, desde la acumulación de las demandas, su posición procesal. Razones de economía procesal y flexibilización de los requisitos formales, unido al hecho de que tal forma de actuación no genera indefensión para las partes impugnantes, obligan a desestimar en este caso la excepción formulada.

TERCERO.- 1.- Entrado en el fondo de los recursos, como primer motivo de casación, la parte recurrente, por el invocado cauce del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), relativo a la " infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", alega que la sentencia de instancia incurre en infracción de lo dispuesto en los arts. 3 y 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 32.9 del Convenio colectivo de Grandes Almacenes (CcGRALM) en relación con el art. 37 de la Constitución (CE).

2.-Con carácter previo debe hacerse referencia a lo preceptuado en los esenciales preceptos invocados como infringidos y a los alegados en los escritos de impugnación, y así:

a)Dispone el Convenio colectivo de grandes almacenes, para el periodo 2009-2012 (BOE 5-octubre-2009), -- suscrito, como figura en su Preámbulo, por " la Asociación Nacional de Grandes empresas de Distribución (ANGED), en representación de las empresas del sector, y, de otra, por las organizaciones sindicales FETICO y FASGA, en representación del colectivo laboral afectado" --, en su art. 32.9, relativo a la " Distribución de la jornada ", que " 9 . La interrupción en jornadas partidas, salvo pacto entre las partes, será al menos de dos horas, y, en todo caso como máximo de cuatro horas.- El descanso durante las jornadas continuadas no podrá ser inferior a quince minutos ni superior a una hora".

b) El ET, en su art. 34.4.I, regulador de la jornada de trabajo, preceptúa que " 4 . Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo".

c) Establece el art. 41.2.I y III ET que "2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán ser de carácter individual o colectivo.-... Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutado por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la

presente Ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párrafos b), c), d) y e) del apartado anterior". Es decir, se posibilitan tales acuerdos respecto a las materias de " b) Horario", " c) Régimen de trabajo a turnos", " d) Sistema de remuneración" y " e) Sistema de trabajo y rendimiento", pero se excluyen las materias afectantes a " a) Jornada de trabajo" y " f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley”.

3.-No cabe entender cometidas por la sentencia de instancia las infracciones normativas denunciadas, pues, como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe, debe tenerse en cuenta que la aplicación conjunta de los arts. 34.4. I ET y 32.9 CcGRALM determina que el descanso de quince minutos cuestionado solamente afecta, por imperativo legal, a los trabajadores con esa jornada continuada que exceda de seis horas, pero no a aquellos con jornada inferior.

4.-Por otra parte, -- aun siendo cierto, como se refleja en la sentencia de instancia, que a modo de condición más beneficiosa con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo impugnado los trabajadores que prestaban servicio entre cinco y seis horas disfrutaban de quince minutos de descanso --, resulta que el citado art. 41.2.II ET permite la modificación de las condiciones reconocidas a los trabajadores " en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos", entre las que es dable incluir las posibles condiciones más beneficiosas de carácter colectivo, siempre y " cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción" (art. 41.1.I ET , en su interpretación, entre otras, por las SSTS/IV 9-abril-2001 -rcd 4166/2000 , 3-diciembre-2008 -rcud 4114/2007 y 28-octubre-2010 -rcud 4416/2009) y sin que la norma estatutaria establezca que lo deba ser en este supuesto a cambio de una compensación, como alegan los recurrentes; y, además, la concurrencia de estas circunstancias, en concreto las organizativas, se ha declarado probada y jurídicamente adecuada, -- por haberse seguido el procedimiento ex art. 41.4 ET y por su razonabilidad y proporcionalidad al fin propuesto --, en la sentencia que ahora se recurre.

5.-Debiendo añadirse que las modificaciones de condiciones de trabajo de carácter colectivo efectuadas por el acuerdo entre la empresa y los representantes de los

trabajadores, cabe encuadrarlas en las letras b) (" horario") y c) (" régimen de trabajo a turnos") del art. 41.1.I ET y se declara probado en la sentencia en cuando al alcance de esta modificación que " sin que dicha supresión haya supuesto un aumento de la jornada anual de tiempo de trabajo efectivo" (hecho octavo) y no consta que tal descanso tuviera la consideración de tiempo de trabajo efectivo, por lo que el cuestionado Acuerdo podía extenderse a las condiciones ahora debatidas, conforme posibilita el art. 41.2.III ET y sin que con ello se vulnere el art. 3.1.c) ET en cuanto a los límites de la voluntad de las partes en la relación laboral (" 1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: ... c- Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados") ni tampoco el art. 37 CE (" 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") cuyo desarrollo a través del ET posibilita las referidas modificaciones de lo acordado en negociación colectiva en la forma y con los límites legalmente establecido en el art. 41 de la citada norma ordinaria de desarrollo.

6.-Además, y por último, la referida sentencia de instancia resulta que en este recurso no ha sido cuestionada por ninguno de los dos Sindicatos recurrentes en tal concreto extremo relativo a la concurrencia de causas organizativas para la modificación colectiva de condiciones de trabajo; tampoco se ha pretendido la modificación del hecho probado en el que se declara que " Los trabajadores, que realizaban jornadas continuas de menos de seis horas, venían disfrutando de 15 minutos de descanso, habiéndose suprimido dicho descanso a iniciativa de los representantes de los trabajadores, con la finalidad de asegurar una menor presencia en la empresa, sin que dicha supresión haya supuesto un aumento de la jornada anual de tiempo de trabajo efectivo" (hecho octavo, párrafo quinto) ni la complementaria afirmación fáctica contenida en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho cuarto en el sentido de que intervinieron en una fase de negociación del referido Acuerdo todos los Sindicatos, incluidos los ahora recurrentes, y que parte de las propuestas sindicales se asumieron por la empresa, entre otras, " se suprimió el descanso de 15 minutos de bocadillo para

las jornadas desde 5 hasta 6 horas sin incrementar el tiempo de presencia en la empresa".

7.-Procede, por lo expuesto, desestimar el primer motivo del recurso de casación.

CUARTO.- 1.-Como segundo motivo del recurso de casación y, asimismo, al invocado amparo del art. 205.e) LPL, se alega por la parte recurrente infracción de lo dispuesto en el art. 32.6 y de la Disposición Transitoria del CcGRALM, en relación con los arts. 3, 41, 82 y 85 ET y 37 CE.

2.-Igualmente, con carácter previo debe hacerse referencia a lo preceptuado en los esenciales preceptos invocados como infringidos y a los alegados en los escritos de impugnación, y así:

a) En el antes citado art. 32, pero ahora en su nº 6, del CcGRALM se dispone que " 6 . Los excesos en el tiempo de prestación efectiva de trabajo sobre la jornada planificada, se compensarán mediante descanso en el importe de una hora de descanso por cada hora que exceda la jornada efectiva de la jornada planificada, a fijar de mutuo acuerdo entre el trabajador afectado y la Dirección de la Empresa, dentro de los tres meses desde la finalización del cómputo, procurando ambas partes que no coincidan tales descansos con los períodos punta de producción. Las empresas entregarán al comité de centro la relación nominal de las horas de exceso".

b)En la denominada en el CcGRALM "Disposición transitoria para la aplicación del nuevo sistema de cómputo del descanso derivado de las sentencias del Tribunal Supremo", se preceptúa, en lo esencial, que " Para la aplicación del nuevo sistema de cómputo del descanso, y para poder cumplir con lo previsto en el presente convenio y en los criterios emanados de las sentencias del Tribunal Supremo es necesaria una redistribución ordenada de la jornada anual, por lo que, por una sola vez, para llevarla a cabo sin pérdida de jornada anual y de la debida atención al cliente, las empresas, teniendo en cuenta los períodos del año y/o días de la semana donde se produce una mayor actividad, habrán de acometer los cambios necesarios en los cuadros horarios de los trabajadores afectados, conforme la tramitación prevista en el art. 41 ET, en el caso de que los cambios excedieran de lo dispuesto en el párrafo primero del

apartado 2 del art. 32 de este Convenio .- En orden a esta tramitación, será competencia del Comité Intercentros el conocimiento tratamiento, negociación y aprobación en su caso de los criterios generales para el establecimiento de las modificaciones necesarias para el cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo a nivel de empresa.- La concreción práctica de los criterios generales tras el proceso de consultas con el comité intercentros y el alcance de tales modificaciones a nivel de centro serán objeto de informe y consulta con la representación legal de los trabajadores en el mismo, previamente a su aplicación.- Los cambios producidos en los horarios de trabajo en base a la aplicación de los criterios de la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cómputo de descansos serán comunicados con treinta días de antelación a los trabajadores afectados.- En todo caso se establece al efecto de facilitar y homogeneizar dicho procedimiento: a) que, por el necesario respeto al criterio establecido por el Tribunal Supremo y al sistema de cómputo pactado concurre probada razón organizativa para ello; b) que estas modificaciones contribuyen a mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores del sector y a mejorar la situación de las empresas a través de una más adecuada organización de sus recursos; y c) que las empresas respetarán los siguientes límites para estas modificaciones que se realicen por vía del art. 41 ET , dando con ello cumplimiento a la atenuación de las consecuencias para los trabajadores afectados a que se refiere párrafo 4 del citado art. 41 ET: Esta modificación no podrá suponer la transformación de jornadas continuadas en jornadas partidas.- Por motivo de esta modificación no se podrá alcanzar la jornada máxima diaria más días al año de los que resulte de multiplicar por 3 el número de jornadas anuales en las que se vea reducida la prestación de trabajo del trabajador con motivo de la aplicación del nuevo sistema de cómputo del descanso.- Por motivo de esta modificación tampoco se podrá alcanzar la jornada máxima diaria o bien más de tres días a la semana, o bien más de 12 días al mes ...".

3.-Por su parte en el último párrafo de la disposición final tercera del Acuerdo de fecha 24-septiembre-2009 impugnado, se establece que " para los trabajadores con distribución de jornada partida en cinco días a la semana con día libre rotativo, el ajuste de su jornada para no generar excesos anuales, se realizará posibilitando que cuando el

trabajador libre un sábado-lunes, descansará la tarde del viernes anterior o la mañana del martes posterior alternativamente".

4.-Este segundo motivo debe ser también desestimado por análogos argumentos a los anteriormente expuestos para denegar el primero y aun dejando aparte su no exacta coincidencia con las argumentaciones jurídicas de la parte recurrente en instancia, al no generar indefensión a la empresa impugnante, y dado el principio flexibilizador que inspira el art. 218.1.II de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil , en el sentido de que "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".

5.-La desestimación se fundamenta, además, en que: a)El Acuerdo alcanzado entre la empresa y el Comité Intercentros en este extremo está dentro de los límites del art. 41 ET citado, en cuanto no afecta a la " jornada de trabajo" (art. 41.1.I a en relación art. 41.2.III) y únicamente, en su caso, a " horario" o " régimen de trabajo a turnos", los que pueden ser objeto de modificación ex art. 41 ET , como se ha indicado; b)la cuestionada disposición final tercera del Acuerdo de fecha 24-septiembre-2009 no se extiende a todos los posibles supuestos de " excesos en el tiempo de prestación efectiva de trabajo sobre la jornada planificada" (art. 32.6 CcGRALM), sino únicamente al concreto caso, previsible y de razonable regulación para planificar el trabajo conjunto, afectante a " los trabajadores con distribución de jornada partida en cinco días a la semana con día libre rotativo"; y c)que, como se declara probado en la sentencia de instancia en extremos no impugnados, y sin acreditarse haberse infringido la disposición transitoria invocada, " Los trabajadores ... continúan realizando el número de horas, pactado en el convenio aplicable, en cómputo anual, sin que se haya producido incremento alguno al desplegarse el acuerdo impugnado", que " Se ha incrementado ... la jornada ordinaria diaria, realizada el año anterior, en más de una hora diaria en determinados cuadros horarios (8 nuevos cuadros horarios), de conformidad con lo pactado, pero sin superar nunca el número máximo de 9 horas diarias de trabajo efectivo", que " Los trabajadores, a los que se ha fijado una jornada máxima de 9 horas diarias, no superan nunca más del número de jornadas anuales, en las que se ve reducida

su prestación de trabajo con causa en la aplicación del nuevo sistema de descansos multiplicado por tres" y, finalmente, que " El acuerdo de 24-09-2009 no ha supuesto que algún trabajador con jornada continua haya pasado a realizar jornada partida, entendiéndose como tales aquellas jornadas en las que la interrupción sea al menos de dos horas, tal y como define el propio Convenio Colectivo " (hecho probado octavo).

QUINTO.- 1.-Finalmente, como motivo tercero del recurso, al amparo del art. 205.e) LPL , se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia incurre en infracción de los arts. 4, 17, 82 y 85 ET en relación con lo dispuesto en los arts. 14 y 37 CE , argumentando que la exclusión de los trabajadores integrantes del denominado " Grupo de Mandos" de las medidas recogidas en el Acuerdo impugnado supone un tratamiento desigual desprovisto de una justificación razonable.

2.-Con carácter general, la jurisprudencia constitucional ha analizado la naturaleza de norma jurídica de los convenios colectivos, que se inscriben en el sistema de fuentes, debiendo someterse a las normas de mayor rango jerárquico y, en consecuencia, han de respetar el cuadro de derechos fundamentales recogido en la CE y, en concreto, los de igualdad y no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio colectivo sea " per se" contraria al art. 14 CE. Destacando la STC 27/2004 de 4-marzo , -- al abordar la problemática de la ordenación jurídica de la igualdad de tratamiento en las condiciones de trabajo en nuestro sistema jurídico y su concreción a través de la negociación colectiva --, la que jurisprudencialmente se ha calificado como aplicación matizada de los derechos fundamentales en el ámbito del convenio colectivo para hacerlos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad; señalando que: a)" En el convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, éstas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1988 ...;171/1989 ...; o2/1998 ..., entre otras) ...";y b)que " En consecuencia, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un

régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles".

3.-Más específicamente, debe tenerse en cuenta, a los efectos de la determinación del ámbito personal de aplicación de un convenio colectivo y la posible incidencia del principio de igualdad y no discriminación, que la jurisprudencia constitucional ha distinguido: a) los grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora para pactar por separado sus condiciones de empleo, de considerar que, por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, ser esa la mejor vía para la defensa de sus intereses; y b) los grupos de trabajadores que por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo carecen de poder negociador por sí solos y se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente, lo que puede comportarles la imposición de unas condiciones de trabajo peyorativas.

4.-En el referido sentido, es dable destacar la doctrina contenida en la STC 136/1987 de 22-julio (en análogo sentido STC 52/1987 de 7-mayo), en la que, -- en un supuesto en el que se cuestionaba la legalidad de un precepto del convenio colectivo en el que se excluía de su campo de aplicación a cierto tipo de trabajadores temporales, dispensándoles, en consecuencia, un régimen salarial distinto y menos favorable que el atribuido a los trabajadores fijos --, se parte de que el principio de igualdad impide que se discrimine a trabajadores que por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo carecen de poder negociador por sí solos y se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente. Argumentándose que " las partes negociadoras de un convenio colectivo no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación. Antes al contrario, la negociación colectiva de eficacia general... está sujeta a muy diversos límites y requisitos legales... limitaciones que tienen su fundamento constitucional en el art. 37.1 de la norma suprema... y que, como ya declarara la Sentencia de este Tribunal 73/1984..., a propósito de los sujetos legitimados para negociar, «escapan al poder de disposición de las partes negociadoras». Esos límites alcanzan también a la

determinación del ámbito de aplicación del convenio colectivo, aspecto este que debe ser resuelto por las partes negociadoras respetando en todo caso los imperativos legales. De todo ello se desprende que la anulación en vía judicial de las cláusulas que excluyen a los trabajadores temporales... se ha basado en las limitaciones que el principio de igualdad y no discriminación -reconocido en el art. 14 de la CE y en el art. 17.1 del ET - impone a la negociación colectiva". Concluyendo que " El principio de igualdad no obliga ... a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una Empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado y, por lo mismo, no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que, por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses. Pero a esa exclusión, que generalmente tiene su origen en una preferencia de los afectados, no puede asimilarse la de aquellos otros grupos de trabajadores que, por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos y, al mismo tiempo, se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente. En este último supuesto, la exclusión puede no ser el fruto de una mera ordenación de la negociación colectiva en virtud de la facultad concedida a las partes por el ordenamiento, sino más bien una vía para imponer injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores afectados".

5.-La aplicación de la doctrina expuesta obliga también a desestimar el tercer motivo del recurso de casación, pues la previsión contenida al regularse el " ámbito personal" en el Acuerdo impugnado, -- en el sentido de que " los trabajadores encuadrados en el Grupo de Mandos mantendrán su actual régimen horario, atendiendo a lo establecido en el art. 32.8 del Convenio colectivo" y relacionándolo con este último precepto convencional en el que se establece que " Los trabajadores encuadrados en el Grupo de mandos podrán flexibilizar su horario de forma que, respetando el máximo establecido en el artículo anterior, puedan modificar sus tiempos de trabajo y descanso atendiendo a los ciclos y necesidades específicos del puesto o coordinándolos con otros trabajadores de su misma responsabilidad en el área o división, siempre que quede garantizada una correcta atención a los objetivos del puesto" --, resulta que, de una

parte, existen datos para entender que concurren circunstancias objetivas justificativas, en último extremo, de las diferencias de trato al deberse atender las distintas funciones realizadas y sin que se deduzca la posible existencia de discriminación, y, por otra parte, no cabe afirmar que los trabajadores encuadrados en el Grupo de mandos constituyan por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo u colectivo que carezca de poder negociador por sí solo.

SEXTO.- Por todo lo expuesto, desestimados los tres motivos de casación formulados por la parte recurrente, procede la desestimación del recurso; sin imposición de costas (art. 233.2 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la "FEDERACIÓN DE COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE COMISIONES OBRERAS" (FECOHT-CC.OO.), al que se adhirió la "FEDERACIÓN ESTATAL DE TRABAJADORES DE COMERCIO, HOSTELERÍA-TURISMO Y JUEGO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 25-noviembre-2009 (autos nº 220/2009 y 222/2009 acumulados), instado por los ahora recurrentes contra la empresa "EL CORTE INGLÉS, S.A.", la "FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES" (FASGA), y la "FEDERACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO" (FETICO); sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose

celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2010

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-La CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJADORES formuló ante la Sala de lo Social de lo Social de la Audiencia Nacional, demanda de CONFLICTO COLECTIVO, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare: "el derecho de los representantes de los trabajadores a obtener el listado de plazas vacantes existentes en el Banco Bilbao Vizcaya, indicando denominación de la plaza, categoría profesional, ubicación, destino, oficina y tipo de contratación a efectuar."

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 las demandas comparecidas, según consta en acta. Y recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.-Con fecha 26 de noviembre de 2007, se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: "Que estimando parcialmente la demanda en conflicto colectivo interpuesta por CGT a la que se adhirieron CCOO, UGT, CIG y LAB contra la empresa BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, ELA y CONFEDERACION DE CUADROS PROFESIONALES debemos declarar y declaramos la existencia de obligación legal de la empresa a facilitar a las secciones sindicales de dichos sindicatos mencionados información consistente en la existencia o inexistencia de vacantes, en su totalidad y en todo el ámbito empresarial con expresión de la categoría del puesto y su ubicación territorial, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración y desestimamos la

pretensión actora respecto de las demás pretensiones de información que la demanda contiene."

CUARTO.-En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1.- La empresa demandada BANCO DE BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA que tiene diversos centros de trabajo, en varias Comunidades Autónomas de España se rige por el XX Convenio Colectivo de Banca publicado en el BOE de 2 de agosto de 2005. 2 .- En Madrid y con fecha 25 de abril de 2006 la Empresa y los representantes de CCOO, UGT, Confederación de Cuadros, CGT, CIG, ATEXBANK y FITC suscribieron un pacto de consolidación de los contratos en prácticas con los siguientes acuerdos: PRIMERO.- El Banco adoptará la decisión de incorporar a la plantilla del Banco con contrato indefinido a los trabajadores con contratos en prácticas, una vez transcurrido un años desde su contratación, siempre que sus informes resulten favorables y a satisfacción de la Empresa. SEGUNDO.- En relación con el personal contratado en prácticas que a la fecha de este Acuerdo lleve 1 año o más de prestación de servicios, el Banco, en el plazo de meses, adoptará la decisión de incorporarlos a la plantilla con contrato indefinido, a un porcentaje no inferior al 85%. Cuando la decisión sea de no conversión en fijo, el contrato se mantendrá en sus propios términos hasta la fecha de finalización fijada en el mismo, pudiendo, excepcionalmente, prorrogarse hasta la fecha de finalización fijada en el mismo, pudiendo, excepcionalmente, prorrogarse hasta el plazo máximo legalmente previsto. TERCERO.- Igualmente y con respecto al personal que a la fecha de firma del presente Acuerdo lleve contratado en prácticas más de 9 meses y menos de 1 año, el Banco se compromete a adoptar una decisión respecto a su incorporación o no al Banco con carácter indefinido, en un plazo de 3 meses desde la firma del presente Acuerdo. Cuando la decisión sea de no conversión en indefinido, el contrato se mantendrá en sus propios términos hasta la fecha de finalización fijada en el mismo. CUARTO.- Este acuerdo entrará en vigor el mismo día de su firma y etará vigente durante dos años prorrogables por periodos anuales, y en tanto se mantenga la regulación antes citada. TERCERO.- Mediante escrito de 20-4-06 la CGT (Sección Sindical Estatal del BBVA) solicitó de la empresa información precisa sobre las vacantes existentes en todo el ámbito de la empresa. CUARTO.- El anterior escrito fue respondido por el BBVA contestando lo siguiente: "En contestación a su carta de 18 de

abril, les informamos que periódicamente les venimos comunicando a Vds. aquellas plazas o ámbitos en los que se abre un proceso de selección para cubrir puestos de trabajo y el último ha sido enviado con fecha 18 de abril, cuya copia les adjuntamos".

QUINTO.- No consta se haya dado respuesta directa a la petición efectuada por la CGT y se infiere que no ha sido dada habida cuenta de la tesis de la parte demandada que sostiene que no tiene obligación legal de hacerlo. SEXTO.- Se ha agotado el perceptivo intento conciliatorio ante la Dirección General de Trabajo con resultado de sin avenencia respecto de los comparecientes y sin efecto respecto de los ausentes.

Preparado el recurso de Casación por BANCO DE BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 8 de abril de 2009; en él se consignan los siguientes Motivos: los dos primeros amparados en el artículo 205.d) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) sobre error en la apreciación de la prueba y los dos restantes en la letra d) del mismo precepto procesal laboral sobre infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable.

El recurso preparado por CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJADORES formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 2008 , al amparo del artículo 205.e) LPL en el que se alega globalmente "la infracción de los artículos 14, 28 y 37 CE , la de los arts. 4, 15.7 y 64 ETT y de la Cláusula 6 de la Directiva Europea 1999/70-C del Consejo de 28 de junio de 1999 , relativa al trabajo de duración determinada.

SEXTO.-Evacuado el traslado de impugnación a las partes recurridas personadas, y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de declarar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo, que ha tenido lugar el 18 de mayo de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- La Confederación General del Trabajo (CGT) en el suplico de su escrito de demanda pretende obtener una declaración judicial expresiva del "derecho de los trabajadores a obtener el listado de plazas existentes en el Banco Bilbao Vizcaya, indicando denominación de la plaza, categoría profesional, ubicación, destino, oficina, y tipo de contratación a efectuar". Dicha pretensión -que fue aclarada por la parte

demandante, con aceptación de la parte demandada en el acto del juicio oral, en el sentido de "añadir el derecho de los representantes de los trabajadores", y que concreta la sentencia impugnada en su fundamento de derecho segundo, -siguiendo una cierta imprecisión terminológica-, cuando "centra" el conflicto en "determinar si la empresa demandada está o no obligada en derecho a dar a las secciones sindicales de CGT (y las adheridas a su demanda) en la empresa la información precisa sobre las vacantes existentes en todo el ámbito de la empresa"-, ha sido estimada parcialmente por la sentencia de la Audiencia Nacional, que, de una parte, ha declarado: "la existencia de obligación legal de la empresa a facilitar a las secciones sindicales de dichos sindicatos mencionados información consistente en la existencia o inexistencia de vacantes en su totalidad y en todo el ámbito empresarial con la expresión de la categoría y el puesto, y su ubicación territorial"; y, de otra, ha desestimado "la pretensión actora respecto de las demás pretensiones de información que la demanda contiene", con fundamento en "exceder del planteamiento inicial del conflicto colectivo y de lo inherente a lo pactado en el acuerdo referido" (se refiere al pacto colectivo de 25 de abril de 2006 sobre consolidación del contrato en prácticas). La posterior petición de aclaración solicitada por la parte demandante con la finalidad de que se concretara la sentencia, en el sentido de que se extienda la misma a la indicación del municipio en el que está ubicada la vacante fue desestimada en razón a que "la expresión ubicación territorial es precisamente la utilizada en el propio escrito de demanda de manera que lo que ahora se pretende es introducir una cuestión nueva".

2.- La demanda, que terminó con la sentencia antes citada, se promovió (hecho tercero) "ante la negativa empresarial de facilitar a los representantes de los trabajadores el listado de puesto de trabajo vacantes en la empresa en aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.7 del Estatuto de los Trabajadores", indicando, a la vez, (hecho cuarto) "que dicha información ha sido solicitada reiteradamente tanto por la representación unitaria como por la sección sindical estatal de la Confederación General de Trabajadores". La demanda bajo el epígrafe "Fundamentos Jurídicos de la Pretensión", expone que "en cuanto al fondo" dicha práctica empresarial "vulnera de forma grave y directa el derecho de libertad sindical recogido en el artículo 28.1 de la Constitución Española en relación con la obligación de facilitar dicha información", así como "la obligación

empresarial asumida mediante el convenio colectivo en su artículo 28 ", consistente en "favorecer el conocimiento de las vacantes que se pretendan cubrir al amparo de lo establecido anteriormente", y que tal deber de información no debe entenderse "satisfecha con una mera comunicación de convocatoria de plazas, que no hace referencia al número de plazas, características, destino y demás circunstancias definidoras del puesto."

3.- Argumenta en síntesis la sentencia impugnada que "el artículo 64.1 del ET en conexión sistemática clara con lo preceptuado en el artículo 15.7 del ET sobre el deber empresarial de informar a los trabajadores sobre..... la existencia de puesto vacante en la empresa impone el deber explícito de información al comité de empresa y por extensión a las Secciones Sindicales y otro aún más concreto y contundente a los trabajadores con contratos temporales", que "nada tiene que ver con las propias de los traslados de trabajadores a lo que se refiere la sentencia de 27-02-03 del Tribunal Supremo invocado por la empresa".

4.- Frente a la sentencia mencionada han interpuesto recurso de casación ordinaria la Sección Sindical de CGT y la propia empresa demandada, habiendo de ser examinado, lógicamente, en primer lugar el recurso del BBVA, dado que la estimación de este, en su caso, daría lugar a vaciar de contenido el recurso interpuesto por la Confederación General de Trabajo, que, como antes se ha dicho y ahora se repite, tiene por objeto obtener una información más precisa y detallada que la acogida en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.-La entidad mercantil demandada ha interpuesto recurso de casación ordinario, que articula en cuatro motivos, amparados los dos primeros en el artículo 205.d) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) sobre error en la apreciación de la prueba y los dos restantes en la letra d) del mismo precepto procesal laboral sobre infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable.

1.- La revisión de hechos solicitada en el primer motivo del recurso trata de que se incorpore un nuevo hecho probado, con el ordinal quinto bis, del siguiente tenor literal: "Existe en el Banco un elemento de difusión informático a todos los trabajadores mediante una página web y un medio intranet a través del cual se publican y difunden

los puestos a cubrir y pueden concurrir los empleados (sic) del banco". El motivo debe ser estimado dado que así se desprende de los documentos obrantes a los folios 84 a 93 y 94 a 95, del ramo de prueba de la parte actora. Aparte de que esta configuración del hecho se deduce igualmente de la propia demanda, cuando, bajo el epígrafe "Fundamentos Jurídicos de la Pretensión" señala que "llegados a este punto, es necesario destacar que esta información sobre la existencia de puestos de trabajo permanente, la empleadora entiende satisfecha con una mera comunicación de convocatorias de plazas que no hace referencia al número de plazas, características, destino y demás circunstancias definidoras del puesto. Esta parte entiende que dicha comunicación carece de la información necesaria para garantizar los principios previstos en el artículo 15.7 del Estatuto de los Trabajadores " y también "el contenido del artículo 28 del Convenio Colectivo", que "establece la obligación empresarial de favorecer el conocimiento de las vacantes para garantizar el cumplimiento de los criterios y orden de prioridades en materia de traslados".

2.- El segundo motivo sobre error de hecho pretende adicionar un nuevo hecho declarado probado, con el ordinal segundo bis, del siguiente tenor literal: "Obra en autos documento número 2 (folios 38 a 83) la relación de solicitudes de traslados voluntarios y los traslados voluntarios en el banco". Este motivo debe ser rechazado pues carece de trascendencia, toda vez que el hecho que se pretende añadir referente a los traslados voluntarios en el banco no encaja en el objeto del proceso, tal como ha sido configurado por la pretensión colectiva demandante.

TERCERO.-El motivo tercero denuncia "la infracción por interpretación errónea de los artículos 15.7 y 64 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 28.1 de la Constitución Española."

El recurso debe estimarse en virtud de las consideraciones que se pasan a exponer:

1.- Ante todo debe partirse de la doctrina, ya pacífica en el seno del Tribunal Constitucional, (por todas STC 251/2005) expresiva de que si bien el derecho de libertad sindical incorpora derechos de la actividad del sindicato, no obstante cuando estos derechos imponen cargas u obligaciones para el empresario es necesaria la

existencia de una cobertura legal. Por ello habrá que examinar, en primer lugar, si el artículo 15.7 ET tutela "ex lege" la pretensión colectiva actora. Esta norma, en su configuración actual, tiene su origen en una de las modificaciones establecidas por la Ley 12/2001 de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de trabajo para el Incremento del empleo y la Mejora de su calidad, y su finalidad no fue otra que la de facilitar la conversión de contratos temporales en indefinidos, constituyendo, por tanto, esta norma una pieza más en la lucha contra la precariedad en el empleo.

Si bien se observa, el mencionado precepto no tiene como destinatario a los comités de empresa (o en su caso, por extensión a las secciones sindicales) sino a "los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales, incluidos los contratos formativos sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores. El deber pues de información en su proyección normativa ampara únicamente al trabajador, sin que ninguno de los términos de la disposición legal permita extender la obligación empresarial de comunicación de las vacantes al comité de empresa o secciones sindicales, y, antes al contrario, el precepto señala claramente que esta información -exclusiva a los trabajadores, se repite- "podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información". Y, en el supuesto debatido, ninguna norma paccionada y ni siquiera el pacto colectivo de 25 de abril de 2006 -transcrito en el hecho probado segundo, al que se refiere la sentencia recurrida, para apoyar su pronunciamiento cuando dice (fundamento de derecho tercero) "B) pero es que además incide en la presente litis una concreta circunstancia diferencial cuál es la existencia de pacto al que se refiere el ordinal segundo de los hechos probados- establece la debatida y pretendida obligación de información de la empresa a los representantes de los trabajadores, pues dicho pacto se refiere, únicamente, en los tres supuestos que regula, a la consolidación de los contratos en prácticas, - distinguiendo, en sus tres primeras cláusulas: "los trabajadores con contratos en práctica una vez transcurrido un año desde su contratación" (primero); "personal contratado en prácticas, que a la fecha de este acuerdo lleve un año más" (segundo) y, finalmente, el personal que "lleve contratado en prácticas más de nueve

meses y menos de un año". Y parece evidente, según el primer canon interpretativo del artículo 1221 del Código Civil, que "habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas" y que, de otra parte, conforme el artículo 1283 del propio código sustantivo "no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar".

2.- En relación al artículo 64.1 ET en el que, también, (fundamento de derecho tercero) la sentencia impugnada basa su decisión, al afirmar ya "muy concretamente" el derecho del comité de empresa a "recibir información.... sobre la celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos y de las modalidades y tipos de contrato que serán utilizados", debe indicarse que dicha norma, en su literalidad, preceptúa el derecho del representante de los trabajadores "a recibir información que les será proporcionada trimestralmente, al menos sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de producción y ventas. Así como las previsiones del empresario sobre la celebración de nuevos contratos con indicación del número de estos y las modalidades de contratación y tipos de contrato que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial.....". Con claridad se deduce de este artículo que la competencia que, en materia de información, atribuye el artículo 64.1º ET al comité de empresa no es un deber de información sobre vacantes como el que se pretende en la demanda y se recoge, parcialmente, en la sentencia recurrida en relación con la existencia de vacantes en su totalidad y en todo el ámbito empresarial, con la expresión de la categoría, el puesto y de su ubicación territorial; no teniendo, por tanto, encaje la pretensión estimada parcialmente en el derecho tutelado por el repetido artículo 64.1 relativo al derecho del comité de empresa a recibir información sobre la celebración de nuevos contratos, la indicación de estos, y las modalidades y tipos de contratos a realizar o en relación con la evolución probable de empleo en la empresa.

CUARTO.-El motivo cuarto del recurso del empleador se articula, al igual que el anterior, por la vía del artículo 205.e) LPL y en el mismo "se denuncia la infracción por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 28 y 30 del convenio colectivo aplicable". El examen de este motivo exige hacer las siguientes precisiones:

1.- Ninguno de los dos artículos, que se dicen infringidos, aparecen como aplicados en la sentencia recurrida y por lo tanto mal pueden haber sido aplicados indebidamente o interpretados erróneamente. Esta conclusión se desprende de la propia sentencia recurrida, que, en su fundamento de derecho segundo, apartado segundo, dice literalmente: "así la parte actora residencia la fuente obligacional en el artículo 15.7 y 64 -en relación con el artículo 4- del Estatuto de los Trabajadores en conexión con lo dispuesto en el artículo 28-1 de la Constitución Española".

2.- Es cierto que la demanda, después de citar como fundamento de su pretensión, "el artículo 28.1 de la Constitución Española en relación con la obligación de facilitar dicha información (a) los trabajadores prevista en el artículo 15.7 y artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores " (este último sobre derecho a la ocupación efectiva y promoción profesional) añade que: "este momento se debe destacar la obligación empresarial asumida mediante el convenio colectivo en su artículo 28, consistente en favorecer "el conocimiento de las vacantes que se pretendan cubrir al amparo de lo establecido anteriormente", pero esta indicación escueta del precepto no ha sido objeto de un examen mínimamente considerado ni por la parte actora, ni por la Sala de instancia.

3.- En todo caso, como afirma el Ministerio Fiscal, el artículo 28, con el que se inicia el capítulo V del convenio regula, conforme su propio epígrafe, los "Traslados" y el artículo 30 , encuadrado en el mismo capítulo, sobre "Movimientos de personal" se refiere al modo de cubrir las "Vacantes en la misma plaza o próximas", materia diferente a la debatida en el actual proceso, cuyo objeto es determinar si el empleador tiene la obligación de facilitar a los representantes de los trabajadores (representación unitaria o sección sindical, recordando la imprecisión a que antes se ha hecho referencia) la existencia de vacantes con todas precisiones y circunstancias que se especifican en el suplico de la demanda.

QUINTO.-La estimación del recurso interpuesto por la parte empresarial implica, como acto mecánico y reflejo, la desestimación del recurso formulado por el sindicato demandante, al amparo del artículo 205.e) LPL en el que se alega globalmente "la infracción de los artículos 14, 28 y 37 CE, la de los arts. 4, 15.7 y 64 ETT y de la

Cláusula 6 de la Directiva Europea 1999/70-C del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al trabajo de duración determinada.

El recurrente alega, en primer lugar, que el objeto del recurso es extender la obligación del empresario de dar conocimiento a las secciones sindicales de las vacantes relativas al destino, oficina y tipo de contratación a efectuar, ya que el resto de los pedimentos le han sido reconocidos. Entiende, como así lo hizo en la demanda, que el derecho a la ocupación efectiva y promoción profesional del personal con contratos de duración determinada así lo exige, puesto que, si el trabajador desconoce estos extremos no puede optar a las mencionadas vacantes, que no pueden ser identificadas con suficiente claridad.

Dejando aparte -como se ha afirmado en el fundamento segundo de la presente sentencia, al admitir el primer motivo de revisión de hecho de la empresa recurrente-, que, existe en el banco un elemento de difusión informática accesible a todos los trabajadores mediante una página web y un medio intranet a través del cual se publican y difunden los puestos a cubrir y al que igualmente pueden concurrir los empleados del banco, conviene, no obstante, insistir en que los artículos 4, 15.7 y 64.1 ET , y tampoco la Directiva Europea 1999/70 amparan una información tan extensa como la solicitada en la demanda, limitándose la norma a reconocer al comité de empresa (y, al mismo nivel, a la Sección Sindical según las reglas del artículo 103.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical) un derecho "a recibir información que le será facilitada trimestralmente" sobre los puntos expuestos en el fundamento de derecho tercero. Esto quiere decir que un derecho mayor de información, como la pretendida en el presente litigio, debe tener como base una norma legal, paccionada o pactada, y no constando acreditado su existencia debe decaer el motivo.

SEXTO.-En virtud de lo expuesto se impone la estimación del recurso interpuesto por la parte empresarial, y la desestimación del formulado por la organización sindical demandante. Ello implica la casación y anulación de la sentencia recurrida y la absolución de la parte demandada de la pretensión frente a la misma formulada. Sin costas en ambos recursos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 233.2 LPL.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

1º.- Estimamos el recurso de casación interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y absolvemos a la empresa demandada de la pretensión frente a la misma formulada. Sin costas.

2º.- Desestimamos el recurso interpuesto por la Organización Sindical CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJADORES frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional antes mencionada. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MAYO DE 2009

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Con fecha 21 de mayo de 2004, el Juzgado de lo Social número 4 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Leonardo contra INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, condenándose al INE a abonar al actor la suma de 2.653,02 ?en concepto de diferencias salariales devengadas entre el 15/10/01 y el 02/04/02, desestimándose las demás pretensiones de la demanda, de las que se absuelve al demandado".

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

"1º.- El demandante ha venido prestando servicios para el I.N.E. desde el

15/10/01, con categoría profesional de Encargado de Grupo, percibiendo un salario de 3.681,18 en el período comprendido entre el 15/10/01 y el 02/04/02. 2º.- Fue contratado con tal categoría profesional mediante contrato de trabajo de duración determinada para obra o servicio, siendo la misma la realización del Censo demográfico 2001-2002, a jornada de 37,5 horas semanales y con un sistema retributivo que consta en la cláusula 3ª de dicho contrato, que se da por reproducido íntegramente, así como la cláusula adicional del mismo, descriptiva de las funciones y tareas a realizar por el demandante. En el contrato se pactó que el mismo quedaba fuera de Convenio a los efectos del art. 1.6 del mismo. 3º .- De aplicarse al actor las condiciones retributivas del Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, hubiera debido percibir en el período trabajado la suma de 6.334,20 . 4º.- Se agotó la vía previa".

TERCERO.-La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de Estadística ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), la cual dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 2007 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso interpuesto por Instituto Nacional De Estadística, contra la sentencia de fecha 21.5.2004, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de esta Provincia, que confirmamos. Se condena en costas a la parte recurrente incluyendo los honorarios del letrado que impugna el recurso que se calculan en 600 ?uros".

CUARTO.-Por el Abogado del estado, en nombre y representación del Instituto Nacional de Estadística, mediante escrito de fecha 3 de junio de 2008, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de fecha 14 de marzo de 2006.

QUINTO.-Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado al no personarse la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon

conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de abril de 2008, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- El demandante en las presentes actuaciones ha prestado servicios para el INE como Encargado de Grupo desde el 15/10/01, mediante contrato para obra o servicio consistente en la elaboración del Censo Demográfico 2001/2002, habiéndose pactado expresamente que quedaba fuera del Convenio Colectivo y una retribución específica que en el periodo 15/10/01 a 02/04/02 alcanzó los 3.681,18 euros, en tanto que la que le hubiese correspondido con arreglo a aquél hubiese sido de 6.334, 20 euros.

2.- Presentada reclamación por diferencias salariales, le fue estimada en cuantía de 2.653,03 euros por la sentencia que en 21/05/04 pronunció el Juzgado de lo Social nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria [autos 781/02]; decisión confirmada por la STSJ Canarias 19/12/07 [rec. 1379/04], que es objeto del presente recurso y que fundamenta su criterio -rechazando la exclusión pactada- en diversos argumentos de índole constitucional, muy singularmente el principio de igualdad y su influencia en el ámbito personal de los Convenios Colectivos [SSTC 52/1987, de 7/Mayo; y 136/1987, de 22 /Julio].

3.- Se recurre por la Abogacía del Estado en casación para la unidad de la doctrina, acusando la infracción de los arts. 26 ET [apartados 1 y 3], en relación con el art. 1255 CC , así como el CCU; y señalando como contradictoria la STSJ Canarias/Las Palmas de Gran Canaria 14/03/06 [rec. 1019/03], que en idéntico supuesto de trabajadora contratada por el INE para obra o servicio consistente en el mismo Censo Demográfico 2001/2002, con -también- exclusión aplicativa del Convenio Colectivo, llegó a la opuesta conclusión de que la trabajadora había percibido las retribuciones que como Agente censal le correspondían. Con lo que el cumplimiento de la exigencia de contradicción que impone el art. 217 LPL para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina, puesto las partes dispositivas de la sentencia que se impugna y la que se invoca como referencial contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (entre las últimas, SSTS 24/02/09 -rcud 1365/08-; 24/02/09 -rcud 1995/08-; y 03/03/09 -rcud 4424/07 -).

4.- Aunque fundamentación de la denuncia resulte ciertamente mejorable, en tanto que efectúa unas primeras argumentaciones que no guardan conexión ni con la pretensión ejercitada [reclamación de cantidad] ni con el planteamiento de la sentencia recurrida [desigualdad injustificada], sino que más bien parecen propias de un procedimiento por despido en el que se discutiese la validez de la figura contractual elegida, lo cierto es que el correspondiente apartado se ciñen al verdadero objeto del proceso, cuando sostiene que «no es posible obviar la literalidad de la cláusula de exclusión del CCU, que fue válidamente pactada entre las partes y que en sí misma no implica criterio peyorativo para el trabajador», con lo que -sin la deseable precisión- la recurrente centra el debate en la autonomía de la libertad contractual [art. 1255 CC] y en la licitud de la cláusula de exclusión del Convenio Colectivo [art. 1.4.6 CCU].

SEGUNDO.-1.- Como cuestión previa -no aludida en el recurso, aunque sí en la sentencia del Tribunal Superior- hemos de tratar la relativa a la trascendencia que para la presente litis pueda tener la STS 26/12/02 [-rco 73/02 -], en la que se resolvió Conflicto Colectivo formulado por la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CCOO y se confirmó sentencia de la Audiencia Nacional [a la que sí se alude en la preparación del recurso], desestimando la pretensión colectiva y afirmando en su fundamentación -la sentencia de esta Sala- que «la cláusula del art. 1.4.6 del convenio único no establece condicionamiento expreso alguno para la contratación "fuera de convenio" ... En fin, como apunta la sentencia recurrida, el régimen de contratación para obra o servicio determinado no parece inadecuado para atender a las exigencias de recursos humanos de una actividad censal de tales características».

2.- Traemos a colación esta sentencia porque no hay que olvidar que: a) que el art. 158.3 LPL dispone que la sentencia firme dictada en proceso de conflicto colectivo «producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto»; b) que este efecto positivo [de cosa juzgada] que atribuye el citado art. 158.3 LPL deriva igualmente del art. 222.4 de la LECiv cuando dispone que "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 en ambos procesos sean los mismos o la cosa

juzgada se extienda a ellos por disposición legal"» (STS 20/02/02 -rcud 2235/01 -); c) que a pesar de haberse rectificado criterio anterior y se afirme actualmente por la Sala que la apreciación de oficio de la cosa juzgada no es posible en el RCUD, sino que debe invocarse expresamente en el mismo, concurriendo los presupuestos de contradicción y siempre que no se trate de una cuestión nueva traída al recurso (STS 16/06/98 -rcud 5062/97 -), de todas formas se han excepcionado de tal regla general los supuestos en que el Ministerio Fiscal la alegue en su informe y su existencia no hubiera podido ser planteada en Suplicación por razones cronológicas (STS 23/07/99 -rcud 4817/98 -) y también el caso de que hubiese sido la propia Sala Cuarta la que hubiese resuelto previamente la cuestión litigiosa (SSTS 08/02/00 -rcud 2208/99 -; y 06/03/02 -rcud 1367/01-); y d) que tampoco es ocioso destacar que a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo de la cosa juzgada, en el que es necesaria la concurrencia de las tres identidades [sujetos, objeto y fundamento de la pretensión], el efecto positivo de aquella institución no exige una completa identidad [imposible tratándose de la incidencia del conflicto colectivo en el individual], sino que para el 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 excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado (entre otras, SSTS 20/10/04 -rec. 4058/2003-; 30/09/04 -rcud 1793/03-; y 03/03/09 -rcud 1319/08 -).

3.- Ahora bien estas afirmaciones no pueden desligarse de las concretas pretensiones que el Conflicto Colectivo planteaba y que -según la propia decisión de que tratamos- iban referidas a las «instrucciones para la contratación de los trabajadores mencionados, denominadas Manual de Gestión de Recursos Humanos para los Censos Demográficos 2001-2002» y eran las que siguen: a) «se declare la nulidad de las contrataciones por contravenir el procedimiento convencionalmente establecido»; b) «se declare la nulidad de la denominación de las categorías de los contratos previstas en el Manual y su sustitución por las correspondientes a sus funciones en el Convenio único, en los términos del hecho quinto de la demanda»; y c) «se declare la nulidad de las cláusulas contractuales que fijan las retribuciones fijas mensuales y su sustitución por las establecidas en el Convenio Único».

Con lo que está claro -como con acierto razona la sentencia recurrida- de que en referido Conflicto Colectivo «no se cuestiona con carácter general la ilegalidad del art. 1.4.6º del Convenio Colectivo, sino el acierto de hacer una contratación en masa peyorativa fuera del Convenio Colectivo, que la Sala del Tribunal Supremo resuelve» no teniéndola por acreditada con carácter genérico; en tanto que el concreto litigio de esta litis lo que se debate, según entendemos, es si la retribución del actor -inferior a la que corresponde a funciones de la misma categoría profesional en el CCU- puede ampararse en la cláusula contractual que le deja «fuera» del Convenio Colectivo, con pretendido apoyo en el art. 1.4.6º CCU , y si en todo caso esa inferior retribución es o no ajustada a Derecho. Específica cuestión que en manera alguna puede entenderse comprendida -siquiera guarde indudable conexión- en el marco de las pretensiones ejercitadas por la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CCOO en el Conflicto Colectivo suscitado ante la Audiencia Nacional, cuya decisión por esta Sala no presenta -en nuestro parecer- cualidad condicionante sobre lo que en concreto es objeto de debate en los presentes autos; con independencia de que alguna afirmación -aisladamente considerada- pudiera parecer prejudicial respecto de esta litis [en particular la frase «siendo las circunstancias particulares de una importante actividad de elaboración de censos demográficos decenales motivo suficiente para justificar tal exclusión»], pero que realmente no tiene tal alcance, siendo así que la misma no iba referida a pretensión identificable como el «objeto» del proceso, y por lo mismo tampoco puede comportar efecto positivo de cosa juzgada.

A mayor abundamiento tampoco puede pasarse por alto que para este Tribunal, el art. 158.3 LPL «significa que lo resuelto en la sentencia de conflicto colectivo se impone sobre lo resuelto en una sentencia [individual] [...], a salvo la existencia de otros argumentos de legalidad o constitucionalidad [...], que pudieran hacer reflexionar sobre la posibilidad de una sentencia con contenido diferente» (STS 20/02/02 -rcud 2235/01 -, ya citada). Y no hay que olvidar -con independencia de la ya razonada falta de identidad de la pretensión, excluyente del efecto de cosa juzgada derivable de los arts. 158.3 LPL y 222.4 LECiv- que precisamente en el caso de autos toda la argumentación de la sentencia recurrida -que compartimos plenamente- versa sobre los principios

constitucionales de igualdad y no discriminación, con lo que ello tendría de invitación a reconsiderar la automática aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada.

TERCERO.-1.- Centremos la cuestión de fondo que en la litis se suscita, recordando que el actor fue contratado por el INE como Encargado de Grupo para «obra o servicio» consistente en la elaboración del Censo demográfico 2001/2002, y que en su contrato se pactó expresamente que su relación laboral quedaba «fuera de Convenio a los efectos del art. 1.4. 6 del mismo» [segundo de los hechos declarados probados]. Esta afirmación impone que reproduzcamos -en su íntegra literalidad- el mencionado precepto del Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado [BOE 1 /Diciembre/98], a cuyo tenor «Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Convenio: [...] 6º El personal cuya relación se haya formalizado o formalice expresamente fuera de Convenio». A lo que añadir que conforme al art. 38.1 de la propia regulación convencional, «Las necesidades no permanentes de personal se atenderán mediante la contratación de personal temporal a través de la modalidad más adecuada para la duración y carácter de las tareas a desempeñar».

2.- Ni que decir tiene que el juego combinado de ambos preceptos colectivos no puede amparar que las contrataciones temporales sean excluidas del ámbito del Convenio, porque el art. 38 se refiere exclusivamente a los supuestos -plenamente justificados- en los que se impone la contratación temporal, y el art. 1.4.6º no es admisible en su tautológica generalidad [se excluyen del convenio los trabajadores que sean contratados como excluidos del convenio], sino que -como veremos- está condicionado a una elemental exigencia de legalidad [siempre que la exclusión se ajuste a Derecho], de forma que en manera alguna puede interpretarse en el sentido de que la Administración esté facultada para situar extramuros del ámbito del Convenio - por su exclusiva voluntad- a los colectivos temporales, con la minoración de derechos que ello comporta. Esta última conclusión, no solamente contraría el art. 1256 CC [«tanto en la contratación colectiva como en la individual lo que no está permitido en modo alguno es la aplicación con arreglo a criterios unilaterales y arbitrarios del contenido de los contratos»: STS 17/01/07 -rco 16/05 -], sino que vulnera flagrantemente el art. 15.6 ET [redacción incorporada por el RD- Ley 5/2001, de 2 /Marzo; luego Ley 12/2001, de 9

/Julio] y desconoce la doctrina constitucional y jurisprudencial sentada sobre el tema en cuestión.

3.- Muy resumidamente expuestos, los criterios jurisprudenciales seguidos en orden a la determinación del ámbito de aplicación personal del Convenio Colectivo, son los siguientes: 1) las partes no gozan de libertad absoluta; 2) son limitaciones el principio de igualdad y no discriminación; 3) el principio de igualdad no obliga a que la unidad de negociación comprenda a todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito funcional; 4) tampoco impide que determinados trabajadores pacten por separado; 5) esta exclusión voluntaria no puede asimilarse a la forzosa de los de los trabajadores que carecen de poder de negociación; y 6) la exclusión -forzosa- requiere que se base en singulares características (STC 136/1987, de 22/Julio. Y STS 09/10/03 - rco 103/02 -, que interpreta y aplica aquélla).

Ya más concretamente respecto del colectivo de trabajadores temporales, el Tribunal Constitucional afirma -a propósito de la exclusión del personal eventual del ámbito de un Convenio Colectivo- que el «principio de igualdad no obliga, desde luego, a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una Empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado y, por lo mismo, no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que, por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses. Pero a esa exclusión, que generalmente tiene su origen en una preferencia de los afectados, no puede asimilarse la de aquellos otros grupos de trabajadores que, por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos y, al mismo tiempo, se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente. En este último supuesto, la exclusión puede no ser el fruto de una mera ordenación de la negociación colectiva en virtud de la facultad concedida a las partes por el ordenamiento, sino más bien una vía para imponer injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores afectados» (STC 136/1987, de 22/Julio, FJ 5). Y en aplicación de tal doctrina, esta Sala Cuarta ha sentado el criterio de que aunque no se constate una situación de debilidad contractual, las exclusiones del

ámbito del convenio del personal que está incluido naturalmente en él requieren una especial justificación (SSTS 09/10/03 -rc 103/02-; y 14/03/07 -rc 158/05 -). Por ello se ha declarado válida la cláusula del Convenio que excluye de su ámbito de aplicación a determinados cargos de dirección y «personal que ocupe puestos similares a los enunciados y aquellos otros que, por desempeñar funciones de confianza, sean comunicados a la Comisión Negociadora», pero en el bien entendido de que tanto la similitud como la confianza son conceptos objetivos y no dependientes de la mera voluntad de la empresa, que atienden a la mayor responsabilidad, capacidad de decisión y autonomía laboral (STS 17/01/07 -rc 16/05 -).

4.- Y en cuanto a la minoración retributiva de los trabajadores temporales [es el caso de que tratamos, imponiendo unas condiciones salariales reducidas por la indirecta vía de expulsarles del ámbito personal del Convenio Colectivo y atribuirle diferente nombre a lo que funcionalmente integra la misma categoría profesional], el mandato del art. 15.6 ET no ofrece resquicio a duda interpretativa alguna [«los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida»]. Como tampoco lo ofrecen la doctrina del Tribunal Constitucional y nuestra propia jurisprudencia, expresivas -resumimos- de que si bien la duración del contrato no es un factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias [SSTC 136/1987, de 22/Julio; 177/1993, de 31 /Mayo], las mismas han de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato -en particular en lo relativo a sus causas de extinción- que las expliquen razonablemente [STC 177/1993, de 31 /Mayo], pero no alcanzan al distinto tratamiento sin apoyo en datos objetivos, como es su exclusión del ámbito del Convenio Colectivo, incrementando las dificultades de un conjunto de sujetos sin poder negociador propio [STC 136/1987, de 22 /Julio], o las diferencias retributivas ajenas al contenido y condiciones de la prestación de trabajo [STC 177/1993, de 31/Mayo] (STC 104/2004, de 28/Junio. Por todas, SSTS 13/07/06 -rcud 294/05-; 12/12/06 -rcud 3886/95-; 26/12/06 -rcud 3483/05-; y 26/11/08 -rc 95/06-).

5.- Aparte de que -también nos limitamos a una sucinta referencia sobre este punto- el principio general que rige la materia retributiva es el que representa el aforismo «a igual trabajo, igual salario», al que se refieren -incluso-, la Declaración

Universal de Derechos del Hombre [10/12/48], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [19/12/66], el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea [25/03/57] y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». Y como tal principio, que indudablemente tiene también amparo en el art. 14 CE, ha de inspirar toda interpretación que haya de hacerse respecto de normas o pactos que establezcan diversidad de regímenes en materia salarial (sirvan como cita, las recientes SSTs 21/12/07 -rec 1/07-; 27/02/09 -rcud 955/08-; y 19/02/09 -rcud 425/08 -). Y que el principio de no discriminación en materia salarial entraña el mantenimiento de una concepción de estricta igualdad salarial, no sólo cuando existe identidad de trabajo sino -en consonancia con las reglas interpretativas sobre esta materia emanadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y asumidas, vía art. 10.2 CE , por este Tribunal- cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor (STC 286/1994, de 27/Octubre, FJ 3). Y que «el Convenio Colectivo ... aunque surgido de la autonomía colectiva, tiene en nuestro ordenamiento valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta en el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación [SSTC 52/1987, 136/1987, 177/1993 y 43/2003]. De ahí que haya de someterse a las normas de mayor rango jerárquico, esté obligado a respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad, y le esté vedado el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, a menos que éstas sean razonables de acuerdo con los valores e intereses que deben tenerse en cuenta en este ámbito de la vida social [SSTC 177/1988, 119/2002 y 27/2004]» (con estas o parecidas palabras, por ejemplo, las SSTs 10/10/06 -rco 133/05-; 03/11/08 -rco 20/07-; y 10/03/09 -rco 119/08 -).

CUARTO.-Las precedentes consideraciones determinan que -oído el Ministerio Fiscal- hayamos de rechazar el recurso formulado, aunque sin imposición de costas al no haberse personado la parte recurrida.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA frente a la sentencia dictada por el TSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria en fecha 19/Diciembre/2007 [recurso de Suplicación nº 1379/04], que a su vez había confirmado la resolución -estimatoria de la demanda- que en 21/Mayo/2004 pronunciara el Juzgado de lo Social número 4 de los de Las Palmas de Gran Canaria [autos 781/02], a instancia de Don Leonardo.

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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-RE, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

TALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST OPUS
ET SACRIFICIUM